

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 88

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 2317/2016] DE 27 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contrato de préstamo con garantía hipotecaria: efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo por los que se condena al banco a devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato de préstamo.

«El objeto del presente recurso se reduce a si procede o no limitar en el tiempo los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula suelo.

Los antecedentes relevantes son los siguientes:

1.-El 26 de febrero de 2008 D. José Miguel, D. ^a Emma, D. ^a Estrella y D. ^a Marcelina suscribieron con la entidad Banco Popular Español, S.A. (ahora Banco Santander S.A.) un préstamo con garantía hipotecaria sujeto a interés variable a partir del 4 de junio de ese mismo año que incluía una cláusula suelo (...) en la que se preveía que dicho interés en ningún caso sería inferior al 5,00 %. Esta estipulación fue mantenida tras la novación modificativa del préstamo llevada a cabo en escritura de fecha 9 de octubre de 2009.

2. Con fecha 8 de noviembre de 2013, los prestatarios demandaron al banco pidiendo que se declarase la nulidad, por abusiva, de la referida cláusula, y se les reconociera expresamente su derecho a recibir de la entidad demandada la totalidad de las cantidades pagadas en exceso como consecuencia de su aplicación desde la fecha de celebración del contrato, todo ello con expresa condena en costas de la demandada.

3. La sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda, declaró la nulidad por abusiva de la cláusula suelo y condenó a la entidad demandada a eliminarla del contrato, si bien acordando expresamente que no procedía condenar "al pago de cantidad alguna con carácter retroactivo" ni imponer las costas a ninguna de las partes.

En lo que interesa razonó, en síntesis, que conforme a la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 la nulidad de la cláusula suelo solamente debía operar con efectos ex nunc sin afectar a los pagos ya efectuados hasta la fecha de exclusión de la cláusula.

4. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes impugnados los pronunciamientos relativos a la no devolución de cantidades y a las costas, la sentencia de segunda instancia desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia sin imponer las costas de la segunda instancia a ninguna de las partes.

En lo que interesa razona, en síntesis, que era acertado el criterio de la sentencia de primera instancia de no atribuir efectos retroactivos a la nulidad de la cláusula suelo porque el criterio de limitar en el tiempo esos efectos, inicialmente fijado por la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013, había sido reiterado, eliminando cualquier duda al respecto, por la posterior sentencia de 25 de marzo de 2015 en el sentido de que la restitución solo debía comprender las cantidades indebidamente percibidas por el banco a partir de la fecha de publicación de aquella primera sentencia de 2013.

5. Los demandantes interpusieron recurso de casación por existencia de interés casacional sobre esta cuestión jurídica. Uno de ellos no se personó, continuando el recurso únicamente respecto de los demás. La entidad bancaria recurrida se ha allanado al recurso pidiendo su estimación.

SEGUNDO. -El recurso de casación se compone de tres motivos estrechamente relacionados entre sí. El motivo primero se funda en infracción del art. 1303 CC, en relación con las sentencias de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, y 139/2015, de 25 de marzo. El motivo segundo se funda en infracción de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE y contravención de la jurisprudencia del TJUE que cita. Y el motivo tercero se funda en infracción del art. 1303 CC y en oposición a la jurisprudencia de esta sala que cita sobre los efectos retroactivos de la nulidad de una cláusula suelo. Los recurrentes sostienen la improcedencia de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la

nulidad de una cláusula suelo abusiva y, por tanto, la procedencia de que se condene a la entidad demandada a devolver todas las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de su aplicación.

Por otro sí han solicitado el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE sobre esta cuestión jurídica.

TERCERO.-Allanada la parte recurrida al recurso de casación y correspondiéndose sus tres motivos con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) -lo que determina que no proceda el planteamiento de cuestión prejudicial, p. ej. sentencia 689/2018, de 5 de diciembre -y con la jurisprudencia de esta sala posterior a la misma a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero (entre las más recientes, 14/2019, 16/2019, y 17/2019, las tres de 15 de enero), procede estimar el recurso y, en consecuencia, casar la sentencia recurrida en su pronunciamiento sobre los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo para, en su lugar, estimando el recurso de apelación de los demandantes, estimar íntegramente la demanda y condenar al banco demandado a devolver a los demandantes la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de dicha cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato de préstamo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3333/2016] DE 27 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Sociedad de responsabilidad limitada: autocartera derivativa. La ratio de la norma que rige la adquisición derivativa por la sociedad de sus propias participaciones responde principalmente a la salvaguarda de la efectividad e integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales. Esa ratio se mantiene en el supuesto en el que la adquisición sea meramente instrumental y la tenencia de las participaciones por la sociedad tan fugaz que dura lo esencial para su inmediata transmisión por el mismo contravalor, sin que quede tampoco afectada la tutela de los derechos políticos y económicos de los socios, ya que la autocartera se enmarca en un entramado contractual llevado a cabo por todos los socios con el fin de redistribuir las participaciones de las sociedades patrimoniales dentro del núcleo familiar. En consecuencia, aunque el supuesto no se ajuste a ninguno de los casos legalmente previstos, no puede entenderse infringida la normativa.

«El 2 de junio de 2005, se constituyó la sociedad Barues Zaragoza, S.L. por Ana y sus seis hijos (Amalia, Eusebio, Felicísima, Blanca, Justa y Jesús Manuel), con un capital social de 7.992.000 euros, que fue desembolsado mediante una aportación no dineraria, una nave industrial en Miralbueno. El consejero delegado de Barues Zaragoza era Jesús Manuel.

El 27 de febrero de 2006, se amplió el capital social de Barues Zaragoza, S.L. El capital social pasó a ser de 8.412.000 euros y los seis hermanos (...) aportaron una vivienda situada en la localidad de Coma-ruga.

Posteriormente, Barues Zaragoza, S.L. aportó esta vivienda de Coma-ruga a otra sociedad, Barues Vivienda, S.L., que había constituido el 16 de enero de 2006, con el fin de gestionar esa vivienda familiar.

Más tarde, por diversas razones, Ana y sus seis hijos decidieron redistribuirse los bienes y sus participaciones en las sociedades, para lo que llevaron a cabo las siguientes operaciones.

El 4 de junio de 2007, Barues Zaragoza, S.L. constituyó otra sociedad, Cerrada Biel, S.L.U., a la que aportó 2.744.000 euros. El día 2 de julio de 2007, se otorgaron las siguientes cuatro escrituras públicas:

i) Una de permuta, por la que cinco de los hermanos Eusebio, Felicísima, Blanca, Justa y Jesús Manuel cedían sus participaciones en un piso y plazas de garaje en DIRECCION000 NUM000 a la otra hermana Amalia, quien a su vez cedía a sus hermanos, en contraprestación, parte de las participaciones que tenía en Barues Zaragoza, S.L.

ii) Otra de permuta por la que la madre, Ana, y sus hijas (...) transmitían a Barues Zaragoza, S.L. sus participaciones sociales en esta sociedad, y a cambio recibían, en la misma proporción que tenían en aquella sociedad, el 100% del capital social de Cerrada Biel, S.L.

iii) Otra de compraventa por la que Barues Zaragoza, S.L. vendía las participaciones propias (2.400), que acababa de recibir de la permuta anterior, a Amalia, Felicísima y Jesús Manuel, por un precio de 2.400.000 euros (800.000 euros cada uno de ellos).

iv) Otra de pacto sucesorio, por el que la madre, Ana, legaba sus bienes para después de su muerte a sus hijos: a Justa e Agueda las participaciones en Cerrada Biel, S.L.; a los otros cuatro hermanos las participaciones en Barues Zaragoza, S.L.; y a Amalia la participación que tenía en la vivienda y las plazas de garaje de DIRECCION000 NUM000.

El 16 de julio de 2007, Barues Zaragoza, S.L. vendió a Cerrada Biel, S.L. 340.000 participaciones de la sociedad Barues Vivienda, S.L., que representaban un tercio de su capital social, por un precio de 340.000 euros.

En todos estos negocios en que participó Barues Zaragoza, S.L., actuó en representación suya Jesús Manuel.

2. El 6 de febrero de 2014, Jesús Manuel y su esposa Agueda interpusieron la demanda que dio inicio al presente procedimiento contra Ana, Blanca, Justa, Barues Zaragoza, S.L. y Cerrada Biel, S.L.

En la demanda pedían: la nulidad de la permuta por la que Barues Zaragoza, S.L. adquirió sus propias participaciones, por infracción de la prohibición prevista en el art. 40 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL); la consiguiente nulidad de la venta de parte de estas participaciones de la propia Barues Zaragoza, S.L. a Jesús Manuel; y la condena de Barues Zaragoza, S.L. a devolver a Jesús Manuel el precio pagado por esas participaciones, 800.000 euros.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda respecto de Ana, Blanca, Justa y Barues Zaragoza, S.L.; y la desestimó respecto de Cerrada Biel, S.L.

El juzgado apreció que la adquisición que hizo Barues Zaragoza, S.L. de parte de sus propias participaciones, mediante la permuta concertada el 2 de julio de 2007 con Ana, Blanca y Justa, contravenía la prohibición prevista en el art. 40 LSRL, y declaró la nulidad de la venta de 800 de esas participaciones por parte de Barues Zaragoza, S.L. a Jesús Manuel, realizada el mismo día 2 de julio de 2007, y condenó a Barues Zaragoza, S.L. a devolverle el precio pagado, 800.000 euros.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Barues Zaragoza, S.L. y por Ana, Blanca y Justa. Ambos recursos fueron estimados con el resultado de la revocación de la sentencia de primera instancia y la desestimación íntegra de la demanda.

En cuanto a la nulidad de la adquisición por Barues Zaragoza, S.L. de sus propias participaciones, la Audiencia entiende que se hizo de forma instrumental para inmediatamente transmitir las a los otros hermanos, dentro de la redistribución del patrimonio familiar:

"La adquisición de sus propias participaciones por (...) Barues Zaragoza, S.L. se hizo de forma simplemente instrumental para cumplir las exigencias de un acuerdo previo entre los hermanos y su madre respecto a la mejor distribución de un patrimonio hereditario al que están llamados todos los hijos del matrimonio formado por la recurrente, madre del actor, y su difunto marido. Es decir, que se trataba de una permuta vinculada al reparto del patrimonio de don Raimundo, ya fallecido, y su esposa, la

demandada, doña Ana. El pacto sucesorio aportado por la sociedad mercantil recurrente (...) arroja luz sobre este punto sobre el que doña Amalia declaró que el pacto sucesorio pretendía igualar los riesgos y repartir con equidad entre los seis hermanos. La permuta fue la técnica jurídica empleada para cumplir los acuerdos alcanzados en relación a la salida de dos de las hermanas, doña Camino y doña Blanca, que no querían riesgos ni invertir dinero propio según el parecer común de las declaraciones oídas en la instancia. Es decir, que no fue más que un paso en el procedimiento de reorganización del patrimonio de doña Ana a quien todos sus hijos califican, en rigor, de propietaria. Asimismo, al tiempo de la permuta todos ellos estaban confiados en la legalidad de la operación de cuya nulidad, según refirió el actor, el notario autorizante de la escritura no les dijo nada.

"Decimos esto porque todas las declaraciones prestadas en la instancia inferior coinciden en afirmar que los bienes proceden de donaciones de los padres y de la herencia de su padre (...). Por consiguiente, ha quedado acreditado que, tras cambiar impresiones y consultado el asesor, todas las operaciones realizadas el 2 de julio de 2007 fueron preparadas de común acuerdo por los hermanos (...) junto a su madre (...).

"Como se observa las participaciones estuvieron en poder o tenencia de (...) Barues, Zaragoza, S.L, un instante con lo cual no hubo oportunidad alguna de que, ni siquiera de forma incipiente, se manifestase riesgo patrimonial o político. Fue una fugaz tenencia en tránsito hacia el patrimonio del actor Don Jesús Manuel y dos de sus hermanas sin vocación alguna de permanencia en el patrimonio de Barues Zaragoza, S.L. Por consiguiente, esta Sala piensa que, en este caso concreto, la aplicación del precepto es dispensable ya que su carácter funcional, que se advierte por la finalidad que persigue, no se ha visto vulnerado".

La Audiencia también aprecia un retraso desleal en el ejercicio del derecho, pues no encuentra justificado el tiempo transcurrido desde julio de 2007, en que se verificaron la permuta y la compraventa impugnadas, y enero de 2014, en que se presentó la demanda.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación de los motivos primero y segundo. Estos dos primeros motivos son analizados conjuntamente por su estrecha vinculación.

El motivo primero denuncia la infracción del art. 40 LSRL, por cuanto no se ha justificado la concurrencia de los requisitos para que la adquisición derivativa fuera válida, y en ese caso se prescribe la nulidad del negocio de adquisición.

El motivo segundo denuncia la infracción del art. 6.3 CC. En el desarrollo del motivo aduce que "es indudable el carácter imperativo del artículo 40 de la LSRL, puesto que (...), al contener expresamente la consecuencia de su inobservancia, veta de forma total y absoluta la disponibilidad de otras tantas normas integradas en el ámbito del derecho civil y que sí que pueden encontrar cobijo dentro de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad".

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

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. Por la fecha en que se realizó la adquisición derivativa de las propias participaciones por parte de Barues Zaragoza, S.L., el 2 de julio de 2007, resulta de aplicación la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL).

El art. 40.1 de esta Ley restringía la posibilidad de que la sociedad de responsabilidad limitada pudiera adquirir de forma derivativa sus propias participaciones a tres supuestos:

"a) Cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas.

"b) Cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la Junta General.

"c) Cuando las participaciones propias se adquieran en el caso previsto en el artículo 31.3 de esta Ley – adquisición preferente de la sociedad en caso de transmisión forzosa de sus participaciones”.

Fuera de estos casos, aunque no lo dispusiera expresamente la Ley, se entendía que la transmisión era nula de pleno derecho, por aplicación del art. 6.3 CC.

Este efecto es el que prevé ahora expresamente la norma que ha sucedido al reseñado art. 40 LSRL, en concreto, el apartado 2 del art. 140 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que derogó la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Si analizáramos aisladamente la permuta instrumentada en una de las escrituras de 2 de julio de 2007, por la que Ana, Justa y Blanca transmitieron a Barues Zaragoza, S.L. sus participaciones sociales en esta sociedad, a cambio del 100% del capital social de Cerrada Biel, S.L., deberíamos concluir que se trataba de una adquisición derivativa por parte de Barues Zaragoza, S.L. de sus propias participaciones, que no

estaba incluida en ninguno de las excepciones del art. 40.1 LSRL. Por lo que podría declararse nula.

Pero, en el presente caso, este negocio de transmisión (la permuta de participaciones), no puede analizarse aisladamente, sino en el conjunto del entramado negocial. En la misma notaría y el mismo día (2 de julio de 2007), los componentes de la familia Jesús Manuel, Justa, Eusebio Amalia, Blanca, Camino (la madre y los seis hermanos) y las sociedades familiares, llevaron a cabo una redistribución de sus derechos sobre el patrimonio familiar, proveniente principalmente de la herencia del padre.

Para redistribuirse las participaciones sobre las sociedades familiares (Barues Zaragoza, S.L., Cerrada Biel, S.L. y Barues Vivienda, S.L.), el mismo día se firmaron cuatro escrituras públicas, que forman un entramado contractual, que responde a esa causa.

Una de ellas era la permuta por la que Ana, Justa y Blanca transmitían a Barues Zaragoza, S.L. sus participaciones sociales en esta sociedad, a cambio de todas las participaciones de Cerrada Biel, S.L., que hasta ese momento eran titularidad de Barues Zaragoza, S.L.

Esta permuta, que suponía la adquisición derivativa por Barues Zaragoza, S.L. de sus propias participaciones, era un paso intermedio e instrumental para transmitir estas mismas participaciones a otros miembros de la familia por un precio equivalente al valor de lo permutado. Esta transmisión se documentó en otra escritura otorgada a continuación, ese mismo día 2 de julio de 2007, por la que Barues Zaragoza, S.L. vendía dichas participaciones propias (2.400) a Amalia, Felicísima y Jesús Manuel (800 a cada uno de ellos), por un precio 2.400.000 euros. De tal forma que, como subraya la sentencia recurrida, la sociedad apenas llegó a ostentar la titularidad de sus propias participaciones, pues las transmitió inmediatamente, en cumplimiento del acuerdo de redistribución de participaciones sociales entre los miembros de la familia. Esto impidió que se llegara a generar el riesgo que se pretende evitar con la prohibición, que es la merma de la integridad del capital social.

La ratio de la norma (art. 40.1 LSRL) responde principalmente a la salvaguarda de la efectividad e integridad patrimonial del capital social como garantía de los acreedores sociales, que no se ha visto afectada en un caso como el presente, en que la adquisición fue meramente instrumental y la tenencia tan fugaz que duró lo esencial para su inmediata transmisión por el mismo contravalor.

La tutela de los derechos políticos y económicos de los socios que también suele tenerse en cuenta al analizar el régimen jurídico de la autocartera, tampoco queda

afectada en este caso, pues el entramado contractual en el que se enmarca la permuta cuya nulidad se pide, responde al acuerdo al que habían llegado todos los socios para redistribuirse la tenencia de las participaciones de las sociedades patrimoniales de la familia.

3. Formulación y desestimación del motivo tercero. El motivo denuncia la infracción del art. 7.1 del Código Civil y el art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el valor que se pretende dar a los actos propios y la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de la acción.

Una vez desestimados los dos primeros motivos, resulta irrelevante el análisis de este tercer motivo. La argumentación contenida en la sentencia recurrida sobre el retraso desleal en el ejercicio de la acción y el abuso de derecho fue una fundamentación añadida a la principal, que es a la que se impugnaba en los dos primeros motivos. Confirmada la primera razón de la decisión de no declarar la nulidad de la adquisición derivativa, no es necesario entrar a confirmar si también resultaba procedente la segunda razón».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1120/2015] DE 27 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Compraventa de empresa: incumplimiento por la parte vendedora. En esta compraventa, el precio pactado toma en consideración no solo el valor neto de las empresas que se adquieren, reflejado en el valor de las acciones, sino sobre todo la capacidad de dichas empresas para generar beneficios, por lo que el valor de los proyectos en curso resulta decisivo. Por tanto, el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información por las vendedoras no queda limitado al precio de venta, sino que incluye el daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que traen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. Precisamente, el incumplimiento de estas obligaciones de información constituye el presupuesto que justifica la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

«La entidad Isastur S.L. (en la actualidad, Ingeniería y Suministros Asturiana S.A.U.), interpuso una demanda contra la entidad Valcapital Inversiones I S.C.R, S.A. y contra la entidad Grupo Valcapital S.L. En dicha demanda se solicitaba que se declarase el incumplimiento de las demandadas con relación al

contrato suscrito por las partes de compraventa de las participaciones societarias de las compañías Asas Corporate S.L. y Asas Systems S.L., así como su condena a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados que, por razones prácticas se cuantificaban en 8.807.702 euros. En síntesis, la demandante argumentó que el objeto de la compra realizada respondió a una operación empresarial de adquisición de las referidas empresas, y no a una mera operación financiera de adquisición de sus participaciones sociales, por lo que el conocimiento de la situación financiera de dichas empresas para generar beneficios resultaba esencial a la hora de adoptar dicha decisión de compra. Por lo que las demandadas, al actuar de mala fe, y ocultar la existencia de los gastos reales y maquillar la contabilidad de las empresas incumplieron su obligación de proporcionar a la compradora los datos necesarios para conocer la situación real de las empresas objeto de la venta.

Las demandadas se opusieron a la demanda.

2. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró que las demandadas habían incumplido el contrato de compraventa al haber suministrado a la compradora una deficiente información financiera de las compañías objeto de venta. De modo que condenó a las demandadas, según sus respectivos porcentajes de participación en las sociedades vendidas, al pago de 5.123.583,78 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios y al pago de los intereses legales desde la resolución judicial.

3. Interpuesto recurso de apelación por Valcapital Inversiones IS.C.R. S.A. y por Grupo Valcapital S.L., la sentencia de la Audiencia lo estimó en parte. En este sentido, conforme a lo declarado en su fundamento de derecho tercero, redujo la indemnización inicialmente concedida por la sentencia de primera instancia. Dicha reducción se declaró con relación a una compensación no contemplada en los informes periciales de la demandante, por importe de 300.881 US\$; con relación a la imputación de proyectos ya cerrados, por importe de 700.000€; con relación al ajuste de obra en curso del proyecto 081026, por importe de 428.379€; con relación a reconocimiento de la deuda de Asas Systems S.L., con la hacienda portuguesa, por importe de 233.619€; y con relación al ajuste de los gastos derivados de la reestructuración laboral de la anterior empresa, por importe de 112.860,38€, sin modificar el resto de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, pero con la condena al pago de los intereses legales desde la presentación de la demanda.

Las demandadas apelantes solicitaron la aclaración de la sentencia y la corrección de errores materiales. La demandante se opuso y también solicitó la aclaración de ciertos extremos. Por Auto de 19 de enero de 2015, la Audiencia estimó en parte la solicitud de las demandadas, sustituyendo la referencia que en la sentencia se hace a la cantidad de 700.000€, por la de 819.075\$. Y denegó la aclaración solicitada por la demandante apelada por no tratarse de la corrección de simples errores materiales.

4. Frente a la sentencia de apelación, la demandada Valcapital Inversiones I S.C.R. S.A. interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en seis motivos, de los que han sido admitidos el primero, tercero, quinto y sexto.

Por su parte la demandante Isastur Servicios S.L. interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en diez motivos, de los que han sido admitidos el cuarto, noveno y décimo.

La demandada Valcapital Inversiones I S.C.R. S.A. también interpone recurso de casación que ha resultado admitido.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Valcapital Inversiones I.S.C.R. S.A.

SEGUNDO. -1. En el motivo primero la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 218 de la LEC y del art. 24 CE, por incongruencia interna de la sentencia recurrida.

En síntesis, argumenta que la sentencia de la Audiencia incurre en un error patente cuando acuerda la indemnización con base en el apunte del proyecto 081026 en la cantidad de 428.379€ y no en la de 1.832.984€ que declara la sentencia de primera instancia con base en el informe pericial de PKF.

2. El motivo debe ser desestimado, dado que no se aprecia la incongruencia interna señalada, pues la fundamentación que desarrolla la sentencia recurrida no entra en contradicción con lo que posteriormente se refleja en el fallo. Extremo que resulta motivado en el auto de 19 de enero de 2015, en donde la sentencia recurrida aclara expresamente que:

"[...] La suma de 428.379€ que se deduce del principal a cuyo pago se condena a la parte demandada no resulta del informe del perito PKF según el cual, ciertamente, la variación era de 1.832.984€, sino del informe de la contraparte que, tras valorar la obra en curso en 1.326.861€, restar el valor de la obra en curso real (898.482 €), alcanzándose el importe del margen de 428.379€ al que se refiere la sentencia precedente".

3. En el motivo tercero la recurrente, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 24.2 CE y de los arts. 281.1, 289.1, 299.1.6,

360, 435.1-2.º y 460.2-2.º LEC, en relación con la imposibilidad, no imputable a las demandadas, de practicar pruebas admitidas en la instancia como útiles y pertinentes.

En síntesis, argumenta que la no realización de la testifical propuesta consistente en la declaración de D. Francisco, director financiero de Asas Systems S.L. en el momento de la referida compraventa, ha menoscabado su derecho de defensa causando indefensión.

4. El motivo debe ser desestimado. El que se haya solicitado la práctica de una prueba, y se haya admitido, no comporta que necesariamente deba practicarse. En el presente caso, la prueba de la declaración testifical solicitada no llegó a practicarse porque el testigo no compareció en las actuaciones judiciales y, aunque la demandada interesó de nuevo su declaración como diligencia final, el juez de primera instancia, conforme a la prueba ya realizada, no consideró necesaria su práctica. Prueba cuya solicitud fue reiterada en segunda instancia por medio del recurso de apelación, con la oposición de la demandante, y que la Audiencia inadmitió por auto de 1 de septiembre de 2014, y desestimó el posterior recurso de reposición interpuesto, por auto de 2 de octubre de 2014.

En todo caso, en atención a la prueba practicada y a la falta de relevancia de la testifical solicitada, no cabe apreciar la indefensión alegada por la demandada.

En efecto, respecto de las cuestiones o hechos sobre los que la demandada considera imprescindible la práctica de la prueba solicitada, tales como las divergencias con relación a los ajustes de la obra en curso, situación financiera de la empresa, sistemas de registro e imputación de facturas y la caída de los pedidos, tal y como considera la sentencia recurrida, ha habido una prueba suficiente desarrollada por las propias periciales aportadas por ambas partes y las testificales practicadas, todo ello sin contar con la due diligence realizada y la auditoría previa a la suscripción del contrato.

5. En el motivo quinto del recurso la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción de los arts. 216, 218.1 y 2 y del art. 24.1 CE, por la incongruencia de la sentencia recurrida al obviar la pretensión deducida por la parte actora en su demanda.

En síntesis, argumenta que la sentencia recurrida se aparta del pedimento expreso de la demandante que centró su pretensión de condena al pago de 8.807.702€ por el perjuicio derivado de una supuesta liquidación de la empresa (precio, préstamo y avales) y no por otros conceptos indemnizatorios.

6. El motivo debe ser desestimado por carencia de fundamento. Como expresamente se contiene en la demanda interpuesta, apartado 173, la demandante limita la reclamación al importe citado, pero aclara que: "La limitación es por cantidad, no por conceptos, no decimos que el coste de liquidación es el que tengamos que pedir, como quantum del daño: pedimos el importe de los activos que faltan en la empresa más los daños causados por el estado en que se encuentra el objeto vendido. O sea, cumplimiento del contrato, que estipula la reposición del patrimonio que falta, e indemnización de otros años".

7. Por último, en el motivo sexto del recurso la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC y del art. 24.1 CE, por incongruencia de la sentencia recurrida al pronunciarse sobre cuestiones que no constituían el objeto del recurso de apelación.

Argumenta que dicha infracción se produce porque la sentencia recurrida concede a la demandante los intereses legales desde la interposición de la demanda, cuando la sentencia de primera instancia, en contra de lo solicitado por la demandante, no los había concedido, pues concedió los intereses procesales desde la resolución judicial, extremo que no fue objeto de recurso alguno, ni de impugnación.

8. El motivo debe ser estimado. La sentencia de primera instancia concretó el quantum indemnizatorio en el presente caso y condenó a las demandas al pago de los intereses procesales desde la fecha de la resolución judicial. Extremo que no fue impugnado por la demandante, que se aquietó al respecto. Por lo que debe concluirse que la sentencia recurrida debió confirmar dicho pronunciamiento.

9. En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal de Valcapital Inversiones I. S.C.R. S.A. debe estimarse en parte en lo que respecta a lo planteado en el motivo sexto del recurso. Por lo que procede anular este pronunciamiento de la sentencia recurrida en el sentido de declarar la condena de los demandados al pago de los intereses procesales de la indemnización concedida, desde la fecha de la resolución de la sentencia de primera instancia.

Recurso extraordinario de infracción procesal de Isastur Servicios S.L.

TERCERO. -1. En el motivo cuarto la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del art. 218.1 LEC, por incongruencia interna de la sentencia.

En el desarrollo del motivo argumenta que la infracción afecta a la reducción de la partida de 300.881\$, incluida dentro de los ajustes por valor de obra en curso (proyecto 61017), ya que la sentencia ha

incurrido en falta de claridad y precisión porque ha dictado dos pronunciamientos diferentes sobre la misma cuestión, pues primero rechaza la partida y luego la admite. La Audiencia primero reconoce la pertinencia de incluir la partida de 151.057€ reclamada, al haberse probado que no se facilitó a la demandante la información pertinente, y, posteriormente, reduce la indemnización de 300.881\$, con base en otros argumentos, sin darse cuenta de que se trata de la misma cantidad, pero utilizando el cambio euro/dólar vigente en ese momento.

2. El motivo debe ser desestimado. Esta sala no aprecia la incongruencia interna de la sentencia recurrida que alega la recurrente que, de forma clara en el desarrollo del motivo, pretende una revisión de la prueba practicada, improcedente en este recurso extraordinario.

Por el contrario, la sentencia recurrida, en el fundamento de derecho tercero, apartado 2.2.1, expresamente diferencia ambos conceptos y las cantidades resultantes. Mientras que los 151.457€ responden a una modificación de un contrato en donde se rebajó la facturación prevista, los 300.881\$ responden a una compensación no contemplada en los informes periciales de la demandante.

3. En el motivo noveno la recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1, denuncia la infracción del art. 216 LEC que sólo faculta a los tribunales a conceder hasta el límite de lo solicitado por las partes (incongruencia ultra petita).

En el desarrollo del motivo, que se plantea de forma subsidiaria, se argumenta que la sentencia recurrida incurre en incongruencia ultra petita por haber concedido más de lo pedido en el recurso de apelación interpuesto por Valcapital Inversiones I S.C.R. SA. En este sentido, se alega que en los conceptos en los que la sentencia recurrida aplica un ajuste debió producirse una minoración de este con reducción al 75% de las cantidades resultantes, pues dicho porcentaje es el que consideró la sentencia de primera instancia, y no sobre el 100% del ajuste. Argumenta la recurrente que dicha corrección no procede por la vía de los errores aritméticos del cálculo en sí mismo considerado, por lo que debe distinguirse tres fases en el razonamiento, a saber: "primera, el razonamiento de si procede o no purgar el concepto; a continuación la Sala tiene que razonar por qué motivo no se puede restar su importe entero de la indemnización, sino sólo el 75% que la sentencia recurrida había imputado; y tercero y por último, el cómputo o cálculo del 75% en sí".

4. El motivo debe ser desestimado. La sentencia recurrida no incurre en incongruencia ultra petita

dado que en el suplico del recurso de apelación se solicitó la revocación de la sentencia de primera instancia, en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por la recurrente, por lo que la estimación en parte del recurso de apelación, por definición, rebajando la indemnización inicialmente concedida en la primera instancia, no comporta conceder más de lo pedido, sino menos. Cuestión distinta es si la minoración de la indemnización concedida es o no es procedente. Pero dicha cuestión, como la propia recurrente reconoce, comporta el planteamiento de una cuestión de naturaleza sustantiva ajena a este recurso extraordinario.

5. En el motivo décimo la recurrente, esta vez al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia la infracción del derecho a la tutela efectiva, art. 24 CE, con relación al derecho a una resolución con fundamento lógico y no arbitrario.

En el desarrollo del motivo, sobre los mismos aspectos del anterior motivo, denuncia que la sentencia recurrida incurre en un error material al no aplicar el citado porcentaje en los ajustes realizados.

6. El motivo debe ser desestimado. La recurrente plantea la misma infracción con los mismos argumentos que ya ha desarrollado en el motivo anterior, por lo que debe ser desestimado por los fundamentos ya expuestos en el examen del motivo noveno.

Recurso de casación de Valcapital Inversiones I, S.C.R. S.A.

CUARTO. -1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en siete motivos.

2. En el motivo primero la recurrente denuncia la infracción, por indebida aplicación, de las normas sobre interpretación de los contratos. En particular de la infracción de los arts. 1281, 1282 y 1285 CC y de la doctrina jurisprudencial de esta sala respecto de la determinación del objeto del contrato de compraventa.

En el desarrollo del motivo argumenta que se ha infringido el art. 1281 CC, ya que de la literalidad de los términos del contrato se desprende que el objeto del mismo eran sólo las participaciones sociales de las referidas empresas.

3. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que señalar que la recurrente denuncia, con carácter general, la infracción de distintas normas relativas a la interpretación de los contratos (arts. 1281, 1281 y 1285 CC). Dicha denuncia se realiza de forma acumulada y sin especificar su concreta infracción por la sentencia recurrida, por lo que, en el fondo, más que denunciar auténticas infracciones, lo

que plantea la recurrente es su disconformidad con la interpretación contractual realizada por la sentencia recurrida.

En segundo lugar, tampoco puede estimarse la alegada infracción del art. 1281 CC pues, precisamente en aplicación del criterio gramatical que contempla el citado artículo, el objeto de la venta quedó concretado literalmente con relación a las "propias compañías, o sociedades" que constituían el objeto de la compra realizada y no sólo las referidas acciones o participaciones sociales. Conclusión que resulta evidenciada en el contenido del contrato suscrito, en donde en materias como el acaecimiento de contingencias, garantías otorgadas y condiciones del negocio, la referencia al objeto del contrato se vuelve a hacer literalmente con relación a las "empresas o compañías objeto de compraventa".

4. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción por inaplicación del art. 1484 CC y por incorrecta aplicación de la doctrina jurisprudencial del aliud pro alio con relación a los arts. 1101, 1124, 1484, 1485, 1486 y 1489 CC, en cuanto a la inhabilidad del objeto entregado.

Argumenta que no se ha entregado ningún bien inhábil a Isastur Servicios S.L., sino que ha obtenido lo que pretendía con la compraventa, que era el 75% de las participaciones sociales de Asas Corporative S.L. Únicamente resultarían de aplicación las acciones edilicias, referidas al saneamiento por vicios ocultos, pero la acción se encontraría caducada, pues desde el momento de la adquisición de las participaciones sociales, hasta el momento de ejercitarse la acción, habrían transcurrido los plazos previstos en el CC y en el CCom. En todo caso, el ejercicio de la actio quanti minoris impediría exigir la condena al pago de los daños y perjuicios, al no haberse optado por la rescisión de la compra con base en el art. 1486 CC.

5. El motivo debe ser desestimado. En primer lugar, hay que precisar, que si bien es cierto que la sentencia de la Audiencia, fundamento de derecho tercero, apartados 5 y 6, declara que comparte la valoración de la prueba realizada en la primera instancia que llevó a apreciar, dada la gravedad del incumplimiento, que se entregó una cosa distinta a la pactada e inhábil para el uso a que se destina, no obstante, a continuación de forma expresa señala "que dicha valoración no tiene otra finalidad que la meramente dialéctica". Para puntualizar dicha sentencia, más adelante, que lo que realmente ejercita la demandante es una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, razón por la cual la demandante no viene constreñida sólo a lo previsto

para el caso de las acciones edilicias, tal y como pretende la recurrente.

6. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 1281 CC con relación a la garantía convencional pactada por las partes.

En el desarrollo del motivo argumenta que dicha garantía se había pactado con relación a la situación de las empresas existente a fecha de 31 de julio de 2009 o, en su caso, a octubre de 2009, pero no con relación a hechos o situaciones que pudieran nacer con posterioridad a dichas fechas.

7. El motivo debe ser desestimado. La sentencia recurrida interpreta correctamente la garantía convencional pactada por las partes, conforme al criterio gramatical del citado artículo 1281 CC, pues en realidad no concede indemnización alguna por contingencias generadas con posterioridad a octubre de 2009, sino con relación a contingencias que se generan con anterioridad a dicha fecha, pero cuya advertencia es necesariamente posterior a la fecha o momento de su generación.

8. En el motivo cuarto, numerado por error como tercero, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1106 CC y de la doctrina jurisprudencial del daño indemnizable por incumplimiento.

En el desarrollo del motivo argumenta que la demandante, de acuerdo a lo pactado, concretó o delimitó el daño indemnizable sólo respecto del beneficio dejado de percibir derivado del incumplimiento contractual y del coste de la reestructuración laboral llevada a cabo. Sin embargo, la sentencia recurrida condena a las compañías vendedoras a satisfacer la variación en el activo como consecuencia de las diferencias en los márgenes de los proyectos en curso, es decir, por meras contingencias que no pueden asimilarse a daños patrimoniales.

9. El motivo debe ser desestimado. Las partes, en la cláusula segunda del contrato de compraventa, expresamente pactaron que los vendedores responderían del daño patrimonial que se causare a la compradora "por cualquier variación de valores de activos y pasivos, o por la aparición de cualquier contingencia que traigan su origen en hechos de fecha anterior a la de esta escritura y que no se hayan reflejado en la información escrita facilitada a la adquirente".

Por lo que la condena a las compañías vendedoras, a satisfacer la variación en el activo que se ha producido como consecuencia de la diferencia en los márgenes de los proyectos en curso, que no fue reflejada en la información facilitada al adquirente, resulta correcta,

pues dicha variación fue un elemento integrante del daño indemnizable pactado por las partes.

10. En el motivo quinto, numerado por error como cuarto, la recurrente denuncia la infracción del art. 1101 CC y de la doctrina jurisprudencial relativa al enriquecimiento injustificado. En el desarrollo del motivo argumenta que dicha infracción se produce cuando la sentencia de la Audiencia concede una indemnización de 3.000.000€, pese a que el precio de compra de las acciones sólo fue de 1.000.000€.

En el motivo sexto, numerado como quinto, y en la línea del anterior motivo, la recurrente reitera la infracción del art. 1101 CC y de la doctrina del enriquecimiento injustificado al considerar que la indemnización no puede ir más allá del precio pagado por la compraventa.

11. Se procede al examen conjunto de los motivos quinto y sexto que deben ser desestimados. El argumento que sustenta la recurrente, con relación a que la extensión o concreción de la indemnización no puede ser superior al precio de venta de las acciones, carece de fundamento. En efecto, ambas instancias, contrariamente a lo sustentado por la recurrente, declaran que el precio pactado no lo fue sólo en atención al valor neto de las compañías, reflejado en el valor de las acciones, sino sobre todo en consideración a la capacidad de dichas compañías para generar beneficios, por lo que el valor de la obra en curso resultaba decisivo. Consecuentemente, conforme a lo pactado por las partes, cláusula tercera del contrato, el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente.

Precisamente, el incumplimiento de estas obligaciones de información constituye el presupuesto que justifica la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, por lo que no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado.

12. Por último, en el motivo séptimo del recurso, numerado por error como sexto, la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1101 y 1108 del CC, en cuanto al devengo de los intereses de demora y su obligación de pago, que desde entenderse desde el momento de dictarse la sentencia de apelación y no desde la interpelación judicial.

En el desarrollo del motivo argumenta que la cantidad objeto de la reclamación judicial no ha de ser tenida

como líquida por existir una controversia acerca de su quantum, por lo que la situación de iliquidez de la deuda impide la constitución en mora de las demandadas y la aplicación del art. 1101 del CC en relación con el art. 1108 del mismo texto legal. De forma que, en todo caso, sólo podrían ser condenadas al pago de los intereses moratorios desde la sentencia del tribunal de apelación.

13. El motivo debe ser desestimado. El motivo carece de base al haberse ya estimado el motivo sexto del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Valcapital Inversiones I.S.C.R. S.A».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2785/2016] DE 27 DE MARZO DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Contrato de préstamo: nulidad del préstamo por usurario. El préstamo no puede tenerse por usurario solo en atención a los intereses moratorios aisladamente considerados, ya que estos solo pueden tomarse en consideración para calificar el préstamo como usurario si se trata de un dato más entre un conjunto de circunstancias tales como: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios o el tipo de tales intereses remuneratorios, entre otras.

«El 14 de noviembre de 2007, Juan Miguel concertó con Aureliano un préstamo hipotecario. El primero era el prestatario que hipotecó una finca en garantía de la devolución del préstamo y el segundo era el prestamista y beneficiario de la garantía. En la escritura de préstamo se preveía un interés remuneratorio del 10% y otro de demora del 30%.

El 17 de noviembre de 2009, Aureliano cedió el crédito hipotecario a Salvadora.

El 1 de julio de 2010, Juan Miguel vendió el inmueble hipotecado y con lo obtenido devolvió la cantidad adeudada por el préstamo.

2. El 25 de septiembre de 2014, Juan Miguel interpuso una demanda contra Aureliano y Salvadora en la que pedía la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario y de la posterior cesión del crédito hipotecario. La razón de la nulidad radicaba en que el préstamo era usurario, en la medida en que no se le entregó todo el dinero que se afirmaba en la escritura que se le entregaba, y además los intereses remuneratorios (10%) y moratorios (30%) son claramente desproporcionados.

3. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda al entender caducada la acción de nulidad, porque cuando se presentó la demanda habían transcurrido más de cuatro años desde la finalización de los efectos del contrato, el día 1 de julio de 2010.

4. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestima el recurso. No obstante, primero aprecia que la acción de nulidad ejercitada, basada en el carácter usurario del préstamo, no caducaba ni cabía la convalidación del contrato. A continuación, entra a analizar el contrato y concluye que no era usurario. Respecto de las cantidades entregadas, analiza la prueba y entiende acreditado que las cantidades reseñadas en la escritura fueron entregadas al prestatario. Entiende que los intereses remuneratorios no son desproporcionados en atención a que no superan el doble del interés normal del dinero en ese momento. Y respecto de los intereses moratorios, aunque admite que son más elevados que la media en el sector financiero, entiende que no existe prueba de circunstancias que rodearan a la contratación, como podía ser la situación angustiosa del prestatario, que justificaran el carácter usurario.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por el demandante, sobre la base de un único motivo. SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1 y 3 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, así como la jurisprudencia que lo interpreta.

En el desarrollo del motivo se centra la contravención denunciada en que no se haya apreciado usurario un interés remuneratorio del 10% y un interés moratorio del 30%. El recurrente entiende que se trata de un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

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

2. Desestimación del motivo. Hemos de partir de la jurisprudencia sobre préstamos usurarios y distinguir entre el interés remuneratorio y el de demora.

Como recordamos en la sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, conforme al art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, "para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser "notablemente superior al normal del dinero", el interés estipulado sea "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

En el presente supuesto, según refiere el propio recurrente, en el año en que se pactó (2008), en operaciones hipotecarias a un año el interés medio

estaba situado en el 5,99% y en operaciones hipotecarias a más de 10 años en el 5,76% (TAE 6,18%). El interés pactado, del 10% anual, con ser superior al medio, no entra dentro de la consideración de "notablemente superior" y "manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso".

3. La jurisprudencia sobre la aplicabilidad de la Ley de Usura a los intereses moratorios se encuentra compendiada en la reciente sentencia 132/2019, de 5 de marzo:

"Como regla general, la jurisprudencia de esta sala, representada, verbigracia, por las sentencias 869/2001, de 2 de octubre; 430/2009, de 4 de junio; y 709/2011, de 26 de octubre, considera que, dada la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios y los moratorios, a éstos últimos no se les debe aplicar la Ley de Usura, pues cuando en ella se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, en la que el interés remuneratorio es el precio del préstamo (sentencia 44/2019, de 23 de enero). Mientras que los intereses moratorios sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable, y su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirían el impago o la mora.

"No obstante, en algún caso (sentencias 422/2002, de 7 de mayo, y 677/2014, de 2 de diciembre), también se han reputado usurarios los intereses moratorios, pero no aisladamente considerados, sino como un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios, el tipo de tales intereses remuneratorios, etc".

En nuestro caso, al igual que en el precedente que acabamos de citar, el carácter usurario del préstamo no se hacía depender sólo o principalmente del interés de demora, sino que se fundaba sobre todo en otros datos como son: que se recibió una suma inferior a la que aparecía en la escritura de préstamo, lo que no se acreditó; que el interés remuneratorio del 10% era notablemente superior al normal del dinero, que en aquel momento para los préstamos hipotecarios era del 5,99%; y que cuando se firmó el préstamo el prestatario se encontraba en una situación de angustia

económica, lo que la sentencia de apelación declara no acreditado. La mención a los intereses moratorios se utilizaba como un dato más para reforzar la argumentación.

Por eso, después de que el tribunal de apelación rechaza que el prestatario hubiera dejado de recibir parte de la suma objeto del préstamo y de que hubiera contratado el préstamo por padecer una situación de angustia económica, descartado que el interés remuneratorio sea usurario, el dato del interés moratorio, en sí mismo y aisladamente considerado, no es suficiente para declarar la nulidad de la totalidad del préstamo como usurario».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2182/2016] DE 5 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Aval a primer requerimiento: esta forma de garantía carece de accesoriedad, por lo que para hacerla efectiva no es preciso probar el incumplimiento de la obligación garantizada, y el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la misma garantía. Dada su autonomía, los términos en los que se redacte el contrato de aval son fundamentales y la regla de la interpretación literal resulta prevalente. Solo cuando esta regla sea insuficiente para averiguar la voluntad de las partes, entrará en juego el llamado "canon de la totalidad". En este sentido, cuando los avales prestados no se limitan a establecer la exigibilidad abstracta y autónoma de la garantía, sino que la "causalizan" al vincularla expresamente a un contrato, estamos ante una garantía accesorio a un contrato principal, que se asemeja más a una fianza ordinaria que a un aval a primer requerimiento.

«La compañía mercantil Aurigacrown Car Hire S.L. (en adelante, ACCH), dedicada al alquiler de vehículos sin conductor, fue declarada en concurso voluntario por auto de 2 de octubre de 2009, bajo el régimen de intervención de facultades del deudor.

2.-El 29 de diciembre de 2010, con la finalidad de renovar su flota de vehículos, ACCH, asistida por la administración concursal, suscribió un contrato de arrendamiento de vehículos con la sociedad Marcoplán S.L., por el que obtuvo el arrendamiento de 1.450 vehículos. En dicho contrato se incluyó la siguiente cláusula:

"Además, a efectos de garantizar el fiel cumplimiento del contrato se fija una fianza de tres millones ochocientos veinte mil euros (3.820.000 €), distribuida

en dos importes de ochocientos veinte mil y tres millones de euros, para los contratos primero y segundo, respectivamente, correspondiendo la primera de ellas a transferencia bancaria y la segunda a entrega de aval bancario de entidad de primer orden y a primer requerimiento, que se entregarán respectivamente por parte del arrendatario y arrendador de la siguiente forma y calendario:

"a.-La cantidad de 820.000 euros antes del día 30 de diciembre de 2010.

"b.-La cantidad de 3.000.000 de euros antes del 31 de enero de 2011, mediante la entrega del correspondiente aval bancario, por dicho importe.

"La aportación de esta fianza (transferencia y aval) constituye un elemento sustancial de cada uno de los contratos para el arrendador, de modo que su ausencia determinará la resolución de los mismos, de forma autónoma e independiente con los efectos que se prevean.

"Para el caso de que se confirmen y realicen los dos contratos de que consta este contrato general, la referida fianza se mantendrá en vigor por la totalidad de su importe hasta la finalización de ambos contratos y devolución de todas las unidades, y por el importe de ochocientos veinte mil (820.000) euros hasta la peritación de los daños de los vehículos de ambos contratos; por tanto, la referida fianza se devolverá en un importe de tres millones (3.000.000), concretamente el aval de dicho importe, con la entrega a su propietario del último vehículo y el resto, es decir, ochocientos veinte mil (820.000) euros, una vez cumplidas íntegramente todas las condiciones de este contrato, incluidos, en su caso, rentas impagadas, cualquier tipo de daño (sobvenido a los vehículos, siniestro total, faltantes, etc.), penalizaciones contractualmente establecidas, intereses de demora, falta de entrega o demora en la devolución de los vehículos requeridos, y en general, todo incumplimiento susceptible de valoración económica derivado del presente contrato. Dicho importe además cumplirá la función de valor acordado de forfait de 300 euros por unidad hasta un máximo de 600 euros de daños por vehículo".

3.-En ejecución de dicha cláusula, Caja Duero emitió sendos avales a primer requerimiento por importe de un millón de euros (1.000.000 €) y dos millones de euros (2.000.000 €), de los que era beneficiaria Marcoplán.

En ambos documentos se hace constar expresamente que se avala a ACHH frente a Marcoplán, "en garantía de las obligaciones asumidas por Aurigacrown Car Hire S.L. en base al contrato de arrendamiento de vehículos firmado por las partes el 29/12/10, del que se adjunta

copia al presente aval, incluidos todos los gastos, tanto extrajudiciales como judiciales que se originen para el cobro de las cantidades pendientes de pago, todo ello contra el simple y previo requerimiento dirigido a la Caja por parte del beneficiario".

4.-Tras acordarse judicialmente la liquidación de ACCH, ésta devolvió todos los coches a Marcoplán, salvo ocho que estaban en reparación y que Marcoplán se negó a recibir.

5.-La administración concursal formuló demanda contra Marcoplán y contra Caja Duero en la que solicitó que se declarase que el aval prestado por Caja Duero solo responde de los coches arrendados, por lo que una vez devueltos todos ellos, debe ordenarse su liberación.

6.-La sentencia de primera instancia, tras allanarse Caja Duero y oponerse Marcoplán, estimó la demanda. Recurrída dicha sentencia por Marcoplán, la Audiencia Provincial la confirmó, al considerar, resumidamente, que el aval no tenía autonomía propia, al ser parte de un conjunto contractual celebrado por una sociedad en concurso, asistida por su administración concursal.

SEGUNDO. -Único motivo de casación. Interpretación contractual. Aval a primer requerimiento Planteamiento:

1.-El único motivo de casación denuncia la infracción del art. 1281.1 CC, en cuanto que la Audiencia Provincial, al interpretar los avales de los que Marcoplán era beneficiaria, se aparta de su tenor literal.

2.-En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que los términos en que están redactados los avales no ofrecen lugar a duda y de su mera lectura se deduce que, a requerimiento de Marcoplán, debieron ejecutarse los avales sin requisito adicional alguno. Lo contrario supone desnaturalizar el aval a primer requerimiento.

Decisión de la Sala:

1.-La denominada garantía o aval a primera demanda o primer requerimiento es un contrato autónomo de garantía que, según la sentencia 937/1999, de 10 de noviembre, "cumple una función garantizadora tendente a conseguir la indemnidad del acreedor beneficiario frente al incumplimiento de su obligación contractual por el deudor ordenante".

En esta modalidad contractual, el garante asume una obligación abstracta e independiente de pagar la obligación del sujeto garantizado, desde el mismo momento en que sea requerido por el acreedor y sin oponer excepciones de ningún tipo, ni siquiera la nulidad de la obligación garantizada (véanse, al efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías

Independientes y Cartas de crédito contingentes, de 11 de diciembre de 1995; y las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para las Garantías a Primera Demanda, de 1992).

2.-A diferencia de lo que sucede con la fianza ordinaria (según la sentencia 81/2014, de 4 de marzo, el aval a primer requerimiento es una fianza con determinadas especialidades), no se requiere el incumplimiento de la obligación principal, ya que estas garantías pueden ser hechas efectivas a simple requerimiento. En las sentencias 81/2014, de 4 de marzo, 330/2016, de 19 de mayo, y 679/2016, de 21 de noviembre, hemos resaltado que una de las notas características que diferencian el aval a primer requerimiento de la fianza regulada en el Código Civil es su no accesoriedad, por lo que para la efectividad de la garantía no es preciso demostrar el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que para hacer efectivo el cumplimiento de esta bastará con la reclamación del deudor. Así como que el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta obligación.

La característica del aval a primer requerimiento es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata, que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, en el que la obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial (sentencias 735/205, de 27 de septiembre; 979/2007, de 1 de octubre; y 671/2010, de 26 de octubre). Pero sin que impida el ejercicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (sentencias 1057/2001, de 14 de noviembre; y 697/2002, de 5 de julio) o para determinar el grado de cumplimiento de la obligación principal garantizada.

3.-En consecuencia, los términos en que esté redactado este tipo de aval son de capital importancia, dada su autonomía, por lo que la interpretación conforme al art. 1281.1 CC se revela prácticamente imprescindible. Como recuerda la sentencia 438/2012, de 13 de julio, con cita de otras muchas, la regla de interpretación literal es prevalente y solo cuando resulte insuficiente para averiguar la voluntad de las partes contratantes, entra en juego el llamado canon de la totalidad, es decir, el conjunto de reglas complementario y subordinado previsto en los arts. 1281.2 a 1289 CC.

4.-La sentencia recurrida ni infringe el art. 1281.1 CC ni desnaturaliza el aval a primer requerimiento. Al contrario, el problema estriba, en su caso, en que es el propio tenor literal de los documentos de aval objeto

de litigio el que se aparta de las características del aval a primer requerimiento que antes hemos expuesto, hasta el punto de que impiden que puedan ser calificados como tales.

En efecto, los avales prestados por Caja Duero no se limitan a establecer la exigibilidad abstracta y autónoma propia de un aval a primer requerimiento, sino que "causalizan" la garantía, al vincularla expresamente al contrato de 29 de diciembre de 2010, que se incorpora mediante copia a los avales. De esta manera, nos encontramos ante una garantía accesoria a un contrato principal, que se asemeja más a una fianza ordinaria que a un aval a primer requerimiento. Fueron los propios términos de los avales los que excluyeron la independencia de la relación fideiusoria respecto de la relación contractual garantizada.

Como consecuencia de ello, la interpretación que hace la Audiencia Provincial sobre la efectividad de los avales, en relación con las previsiones contractuales subyacentes, son acordes con el propio tenor de los contratos de garantía y no infringen el precepto invocado.

5.-En su virtud, el recurso de casación debe ser desestimado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 230/2017] DE 9 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Sociedad anónima: convocatoria de la junta general. En el supuesto de que la petición de convocatoria judicial de junta general instada por el cauce de la jurisdicción voluntaria fuese incorrectamente rechazada por el juzgado por existir "oposición de la parte demandada" y, por lo tanto, sin entrar a analizar la procedencia de la pretensión, no cabe negar a los socios la posibilidad de hacer valer su pretensión mediante un juicio declarativo ordinario. Al acudir al declarativo ordinario ante la anómala actuación del juzgado y como único cauce que restaba a los socios para hacer valer su pretensión de convocatoria judicial de la junta, la demanda se interpone contra la sociedad, que se persona representada por sus administradores, sin perjuicio de que tuvieran el cargo caducado. De ahí que deba entenderse cumplida la finalidad pretendida por la ley con la exigencia de la previa audiencia a los administradores. La previsión legal de la audiencia de los administradores tiene sentido cuando el trámite para la convocatoria judicial de la junta es un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que propiamente no existe contradicción ni partes, y se hace necesario oír a quienes tienen la

competencia de convocar la junta, para que se pronuncien sobre su procedencia.

«Los demandantes, Rita y sus tres hijos Juan Ignacio, Juan Francisco y Carlos José son accionistas de Inmobiliaria Moure, S.A., de la que tienen el 25% del capital social.

Los últimos administradores de la sociedad, Amelia y Celestino, tienen el cargo caducado por el transcurso del plazo estatutario para el que fueron nombrados.

A principios de 2010, Rita y sus tres hijos (Juan Ignacio, Juan Francisco y Carlos José) solicitaron, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, la convocatoria judicial de la junta general extraordinaria de accionistas con el siguiente orden del día:

"1º Rendición de las cuentas correspondientes a las anualidades 1999 al 2008, al objeto de tener constancia del estado contable de la sociedad.

2º Acordar la disolución de la sociedad, de conformidad con lo establecido en el art. 262.2 de la LSA".

El expediente de jurisdicción voluntaria concluyó con un auto que denegó la petición de convocatoria de la junta por la existencia de "oposición de la parte demandada".

2. Ante esa tesitura, Rita y sus tres hijos Juan Ignacio, Juan Francisco y Carlos José presentaron la demanda de juicio ordinario contra la sociedad, en la que pedían la convocatoria judicial de la junta con el mismo orden del día.

El juzgado de lo mercantil estimó la petición. Entendió que los demandantes estaban legitimados para solicitar, conforme al art. 169 LSC, la convocatoria de la junta general, al detentar el 25% del capital social. Y también apreció que se habían cumplido los requisitos legales, entre ellos los previos requerimientos. Señaló para su celebración el día 30 de julio de 2014, a las 11 horas, y fijó el siguiente orden del día:

"1º Rendición de cuentas de los ejercicios 1999 a 2008.

"2º Acuerdo de disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales".

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la sociedad. La Audiencia ha

desestimado el recurso y confirmado la procedencia de la convocatoria de la junta.

La sentencia de apelación sitúa la controversia en la normativa aplicable, en atención al momento en que se suscitó la petición: el art. 101 de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA) y las normas procesales que regulaban los procedimientos de jurisdicción voluntaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC 1881).

Luego razona que, si bien es cierto que no cabe convertir el procedimiento de jurisdicción voluntaria de convocatoria judicial de junta en un procedimiento contencioso, después de que el juzgado denegara de forma indebida la previa petición de convocatoria instada por ese trámite de jurisdicción voluntaria porque había "oposición de la parte demandada", no cabía a continuación negar la posibilidad de que los socios interesados acudieran a un procedimiento declarativo para hacer valer su derecho.

También niega que exista incongruencia extra petitum por el hecho de que en el segundo punto del orden del día de la convocatoria de junta acordada en el fallo de la sentencia, se hubiera especificado que la causa de disolución era por paralización de los órganos sociales, pues se trata de una mera concreción de la petición originaria.

Y, finalmente, respecto de la objeción relativa a que se había omitido el trámite del informe de los administradores, la Audiencia razona que en el juicio ordinario no está prevista de forma específica esta audiencia, sin perjuicio de que, al contestar la sociedad a través de sus administradores, estos hayan podido manifestar lo que estimaran pertinente.

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

SEGUNDO. Motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación de los motivos. El motivo primero se formula al amparo del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión, en relación al hecho de tramitar la convocatoria judicial por un procedimiento totalmente inadecuado.

El motivo segundo también se ampara en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión, en relación con el hecho de tramitar la convocatoria judicial por un procedimiento totalmente inadecuado y sin la previa audiencia de los administradores.

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

2. Desestimación del motivo primero. No se discute que conforme a la normativa aplicable cuando se presentó la demanda (el art. 101 LSA, y el Libro III LEC 1881) y la jurisprudencia que la interpretaba, la facultad de los socios de solicitar la convocatoria judicial de la junta general de accionistas debía realizarse por el trámite del procedimiento de jurisdicción voluntaria. No existía un procedimiento ad hoc y se aplicaban las disposiciones generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio y las propias de los actos de comercio que requieren la intervención judicial específica. Conforme a estas disposiciones, la oposición de los administradores a la petición de convocatoria no debía tornar contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria.

Bajo esta normativa, en un supuesto como este en que la petición de convocatoria judicial de junta general instada por el cauce de la jurisdicción voluntaria fue incorrectamente rechazada por el juzgado por existir "oposición de la parte demandada", y por lo tanto sin entrar a analizar la procedencia de la pretensión, no cabía negar a los socios la posibilidad de hacer valer su pretensión mediante un juicio declarativo ordinario.

La indefensión denunciada se produciría en sentido contrario, si se negara a los socios la vía de la jurisdicción voluntaria porque "existía oposición de la demandada" y la vía del juicio ordinario porque no es el procedimiento legalmente previsto.

En cualquier caso, la admisión de un juicio declarativo ordinario para dilucidar la procedencia de una pretensión, cuyo análisis ha sido denegado por el trámite de la jurisdicción voluntaria por existir contradicción, no puede ocasionar indefensión a nadie, ya que es el cauce procesal más garantista por el cual los interesados pueden hacer valer sus pretensiones en igualdad de armas y con todas las garantías que preservan la efectiva contradicción.

3. Desestimación del motivo segundo. Al margen de la interpretación que merezca el art. 101 LSA, respecto de si es preceptiva o no la audiencia de los administradores en el caso de la convocatoria de una junta extraordinaria, que es objeto del primer motivo de casación, en cualquier caso, en el presente no ha existido indefensión por la ausencia de un trámite formal de audiencia.

La previsión legal de la audiencia de los administradores tiene sentido cuando el trámite para la convocatoria judicial de la junta es un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que propiamente no existe contradicción ni partes, y se hace necesario oír a quienes tienen la competencia de convocar la junta, para que se pronuncien sobre su procedencia. Los administradores son los únicos legitimados para convocar la junta general y, si su inactividad en tal sentido es la que justifica la petición de los socios, resulta lógico que se les dé la oportunidad de alegar lo que estimen oportuno sobre la procedencia de la convocatoria y, en su caso, la legitimación de los instantes.

Conviene advertir que nuestro caso es atípico y anómalo. Es atípico, porque las convocatorias judiciales de junta general se encauzan siempre por el expediente de jurisdicción voluntaria. Aquí se acudió al declarativo ordinario ante la anómala actuación del juzgado y como único cauce que restaba a los socios para hacer valer su pretensión de convocatoria judicial de la junta. La demanda se interpuso contra la sociedad, que se personó representada por sus administradores, sin perjuicio de que tuvieran el cargo caducado. De tal forma que la sociedad ha sido parte y, de hecho, es la que se ha opuesto a la demanda.

Aunque formalmente no se haya cumplido con la previsión legal de que se diera audiencia a los administradores, en cuanto que no han sido convocados a tal efecto, no apreciamos que esto les haya provocado indefensión. En realidad, no son parte interesada, pues en el procedimiento de convocatoria judicial no se está velando por sus propios intereses.

El recurso afirma que el incumplimiento de este trámite de audiencia a los administradores ha generado indefensión para la sociedad al no haber podido el juez atender a las razones y motivos por los que los administradores no habían procedido a la convocatoria de la junta general. Pero en la práctica no se ha producido tal indefensión pues, de un lado, la sociedad ha sido parte y, de otro, al haber intervenido por medio de sus administradores, estos han tenido la

oportunidad de mostrar las razones por las que llevaban tanto tiempo sin convocar la junta general. Además, si realmente fuera relevante para acreditar que estaba justificada la denegación de la convocatoria, la sociedad demandada hubiera podido solicitar como prueba testifical el testimonio de los administradores.

TERCERO. Motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo. El motivo se ampara en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por haber "concedido un extremo en el orden del día de la convocatoria no solicitado por la parte demandante en su escrito de demanda".

En el desarrollo del motivo razona que en la petición de convocatoria, tanto la que instó por el trámite de jurisdicción voluntaria, como la que pidió por el presente juicio ordinario, el punto 2.º del orden del día de la junta que debía convocarse hacía referencia a "acordar la disolución de la sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 262.2 LSA "; pero el fallo que estima la demanda transcribe el punto 2.º del orden del día del siguiente modo: "acuerdo de disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales". Con ello acuerda algo no solicitado, que además no ha podido ser objeto de discusión, esta específica razón o causa de disolución. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. El motivo cuestiona la congruencia de la sentencia, pues sostiene que se ha concedido algo no solicitado. Pero no es así.

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 se hayan sido formalmente formuladas por los litigantes" (STC 182/2000, de 10 de julio). De tal forma que "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" (sentencia 1015/2006, de 13 de octubre).

La sentencia recurrida no se aparta de lo solicitado, que era la convocatoria de la junta de accionistas para decidir sobre la procedencia de la disolución de la sociedad (art. 262.2 LSA). Lo que hace es especificar la causa legal de disolución que justificaba la necesidad de convocatoria de la junta general. Esta especificación no añade nada distinto a lo solicitado, en todo caso lo concreta, pues conforme a lo pedido cabía que en la junta se discutiera la procedencia del acuerdo de disolución por concurrencia de cualquiera de las causas legales previstas en el art. 260.1 LSA, entre las que se encuentra la que finalmente fue objeto de concreción (la núm. 3.º, paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento).

CUARTO. Motivo primero del recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 101 LSA, que prevé "la obligatoriedad de cumplimentar por el juzgado el trámite de audiencia de los administradores de la sociedad, previo a la decisión de acordar o no la convocatoria judicial".

En el desarrollo del motivo se citan tres sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que establecerían la obligatoriedad de esta previa audiencia: sentencias de 1 de abril de 1986, 22 de abril de 1987 y 17 de marzo de 2004.

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

2. Desestimación del motivo. Régimen legal. En primer lugar, hemos de partir de la normativa aplicable al caso. Es el art. 101 LSA, en atención al momento en que se realizó la convocatoria judicial de la junta, el 23 de junio de 2010, antes de que fuera promulgado el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Sociedades de Capital.

El art. 101 LSA, cuya redacción coincide con el art. 57 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (en adelante, LSA 1951), distinguía según la junta general a convocar fuera ordinaria o extraordinaria. Para la junta general ordinaria, preveía los siguiente:

"1. Si la Junta general ordinaria no fuere convocada dentro del plazo legal, podrá serlo, a petición de los socios y con la audiencia de los administradores, por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, quien además designará la persona que habrá de presidirla".

Mientras que, a continuación, para la junta general extraordinaria, preveía lo siguiente:

"2. Esta misma convocatoria habrá de realizarse respecto de la Junta general extraordinaria, cuando lo solicite el número de socios a que se refiere el artículo anterior".

3. Interpretación jurisprudencial. Cabía dudar de si esta distinta regulación para la convocatoria judicial de la junta ordinaria (apartado 1) y de la junta extraordinaria (apartado 2), y, en concreto, que en este segundo caso no se mencionara expresamente la previa audiencia de los administradores, respondía a que en realidad no era preceptiva para la convocatoria de la junta extraordinaria, en consonancia con el carácter imperativo de la mención "habrá de realizarse (la convocatoria)". Pero no ha sido esta la interpretación que en otras ocasiones ha hecho la jurisprudencia.

Como se advierte en el recurso de casación, esta sala en los tres casos en que ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto ha dado por sentado que la audiencia a los administradores era precisa tanto en el caso de la convocatoria judicial de la junta ordinaria como de la extraordinaria.

Así fue en las sentencias de 1 de abril de 1986 y 22 de abril de 1987, dictadas bajo la vigencia del art. 57 LSA 1951, cuya dicción coincide con la del art. 101 LSA. La primera de ellas apreció la infracción del art. 57 LSA 1951 porque la junta general extraordinaria había sido convocada sin que se hubiera dado audiencia a los administradores. Y la segunda, después de considerar preceptiva la audiencia de los administradores antes de la convocatoria de la junta general extraordinaria, entendió que sí se había cumplido con esta exigencia.

Más tarde, bajo la vigencia del art. 101 LSA, la sentencia 198/2004, de 17 de marzo, volvió a reiterar esta doctrina, aunque en un razonamiento obiter dictum.

4. Singularidad del presente caso en que la convocatoria se realizó por un declarativo ordinario. En un supuesto como el presente, en el que por tratarse de un juicio declarativo ordinario la demanda

se dirige contra la sociedad, quien se ha visto representada por sus administradores, y se ha opuesto a la demanda, puede entenderse que la finalidad pretendida por la ley con la exigencia de la previa audiencia a los administradores se ha cumplido.

QUINTO. Motivo segundo del recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 126 LSA y el art. 145.1 RRM, que "se refieren a la limitación de los administradores con cargo caducado a la convocatoria de junta general en la que debe de figurar la designación o reelección de los cargos de administradores".

En el desarrollo del motivo se razona que, en casos de afección del órgano de administración, en este caso por haber caducado los cargos, lo que procedía era convocar la junta única y exclusivamente para el nombramiento de los nuevos administradores.

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

2. Desestimación del motivo segundo. En un caso como el presente, en que lo que se pretende es que la junta adopte el acuerdo de disolución por la concurrencia de una causa legal, aunque los cargos de administrador hubieran caducado, carece de sentido ceñir el objeto de la convocatoria a la renovación del cargo de administrador, y demorar a una posterior junta la deliberación y, en su caso, decisión sobre la disolución de la sociedad.

En la medida en que el acuerdo de disolución conlleva la apertura de la liquidación y el nombramiento de un liquidador, con el consiguiente cese de los administradores, no responde a la lógica de la institución que si se pretende la disolución de la sociedad por la concurrencia de una causa legal (paralización de los órganos sociales), la petición de convocatoria de la junta a tal efecto se tenga necesariamente que posponer al trámite previo de convocatoria y celebración de la junta sólo para el nombramiento de los administradores.

En realidad, si la separación de los administradores puede realizarse por junta en cualquier momento, conforme al art. 131 LSA, lo que supone además el nombramiento de los nuevos administradores, la junta general extraordinaria solicitada podía pronunciarse tanto sobre la disolución, como, en caso de denegarse la disolución, el nombramiento de nuevos administradores».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4146/2016] DE 10 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Sociedad de responsabilidad limitada: responsabilidad de los administradores sociales por el incumplimiento de sus deberes legales ante la concurrencia de causa legal de disolución por pérdidas. Se trata de una responsabilidad solidaria por deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, de modo que, en el caso de un contrato de tracto sucesivo - arrendamiento de local de negocio- celebrado antes de que concurriera la causa legal de disolución, pero incumplido después, la obligación no nace en el momento de la celebración del contrato, sino que han de considerarse obligaciones posteriores las rentas devengadas con posterioridad al acaecimiento de la causa de disolución.

«D. Luis Andrés y D. Carlos Alberto eran administradores solidarios de la compañía mercantil Jemarvi Narcea S.L. (en adelante, Jemarvi) desde el 13 de noviembre de 2008.

2.-Desde enero de 2009, Jemarvi era arrendataria de un local de negocio, sito en Cangas de Narcea, propiedad de Inmobiliaria Gamello S.L. y Dña. Raquel, por una renta mensual de 1350€.

3.-A partir de febrero de 2013 Jemarvi dejó de pagar la renta y las cantidades asimiladas correspondientes al mencionado arrendamiento, por lo que se siguió un juicio de desahucio. La arrendataria adeuda a los arrendadores 38.348,32€, que no ha sido posible cobrar, pese a la reclamación judicial.

4.-En 2011 Jemarvi incurrió en causa de disolución, al sufrir pérdidas que reducían su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Sin que los administradores realizaran ninguna de las actuaciones legalmente exigibles para remediar dicha situación.

5.-Inmobiliaria Gamello y la Sra. Raquel presentaron una demanda contra los Sres. Luis Andrés y Carlos Alberto, en la que ejercitaron las acciones de responsabilidad individual y de responsabilidad por deudas de administradores, y solicitaron que se les condenara solidariamente al pago de la cantidad antes indicada como deuda de la sociedad de la que eran administradores.

6.-La sentencia de primera instancia estimó la pretensión relativa a la responsabilidad por deudas y condenó a los administradores al pago de la cantidad reclamada en la demanda.

7.-La Audiencia Provincial confirmó dicha resolución, si bien redujo la cantidad importe de la condena, al compensar la fianza arrendaticia prestada en su día.

SEGUNDO. -Único motivo de casación. Deudas posteriores a efectos de responsabilidad por deudas de administradores sociales. Obligaciones duraderas o de tracto sucesivo

Planteamiento:

1.-Los dos recursos de casación presentados por los administradores sociales demandados denuncian, en un caso, la infracción del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) y, en el otro, la infracción del art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL).

2.-En el desarrollo de ambos motivos únicos de casación se aduce, resumidamente, que la deuda social de cuyo pago se quiere hacer responsables a los administradores sociales proviene de un contrato de arrendamiento celebrado con anterioridad a que la sociedad incurriera en causa de disolución, por lo que no concurre el supuesto de hecho del art. 367 LSC (anteriormente, art. 105.5 LSRL), que se refiere expresamente a deudas posteriores al acaecimiento de dicha causa.

Decisión de la Sala:

1.-Conforme al art. 367.1 LSC, los administradores "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución". El artículo 367.2 LSC precisa que las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

Como el art. 367 LSC no establece una regla especial sobre la determinación del momento en que nace la obligación, resultan aplicables las reglas generales del Derecho de obligaciones. Y una vez establecido el momento de nacimiento de la obligación, habrá que contrastarlo con el de concurrencia de la causa de disolución, de manera que el administrador sólo responderá de las obligaciones nacidas después.

2.-En la sentencia 151/2016, de 10 de marzo, dijimos que "lo relevante para decidir si la obligación es anterior o posterior sería la fecha de nacimiento de la obligación, no su completo devengo o exigibilidad ni la fecha de la sentencia que la declara". Y aclaramos que, en el caso del incumplimiento de los contratos y el ejercicio de la facultad resolutoria por el contratante cumplidor, la obligación restitutoria no nace en la fecha de celebración del contrato, sino del "acontecimiento del hecho resolutorio y del ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria derivada del mismo".

A su vez, en las sentencias 246/2015, de 14 de mayo, y 144/2017, de 1 de marzo, consideramos que el momento relevante para decidir sobre si la obligación es posterior a la concurrencia de la causa legal de disolución es aquel en que nace la obligación social de la que se pretende hacer responsable solidario a un administrador de la sociedad.

3.-En el caso litigioso se trata de un contrato de tracto sucesivo (un arrendamiento de local de negocio) que se celebró antes de que concurriera la causa de disolución, pero que se incumplió después.

En este tipo de contratos no cabe considerar que la obligación nazca en el momento de celebración del contrato originario, sino cada vez que se realiza una prestación en el marco de la relación de que se trate. Lo que significa, en el caso del arrendamiento, que las rentas devengadas con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución han de considerarse obligaciones posteriores y, por tanto, susceptibles de generar la responsabilidad solidaria de los administradores ex art. 367 LSC.

4.-En las sentencias 145/2012 y 161/2012, ambas de 21 de marzo, 505/2013, de 24 de julio, y 62/2019, de 31 de enero, caracterizamos los contratos de tracto sucesivo como aquellos en que "un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes".

De este modo, en el contrato de tracto sucesivo las prestaciones son susceptibles de aprovechamiento independiente, en el sentido de que cada prestación singular satisface íntegramente el interés de ambas partes durante el correspondiente periodo, independientemente de las prestaciones pasadas o futuras de ese mismo contrato.

5.-En consecuencia, en el contrato de arrendamiento celebrado por la sociedad con anterioridad a la existencia de la causa de disolución, los administradores sociales responderán por las prestaciones (pago de la renta periódica y cantidades asimiladas) posteriores al momento en que la sociedad incurra en causa de disolución.

Cada período de utilización o disfrute del bien arrendado genera una obligación de pago independiente y con autonomía suficiente para considerar que ese período marca el nacimiento de la obligación, al objeto de establecer si se puede hacer o no responsables solidarios de su cumplimiento a los administradores, en aplicación del art. 367 LSC. Criterio que, además, es coherente con el que se aplica en los casos de declaración de concurso respecto de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, al establecer el art. 61.2 de la Ley Concursal que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa, con independencia de que el origen de la relación se sitúe en un momento anterior a la declaración de concurso.

6.-En consecuencia, los recursos de casación deben ser desestimados».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3649/2016] DE 11 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de préstamo con garantía hipotecaria y fianza solidaria: condición legal de consumidor y cualidad legal de comerciante o empresario. La protección particular que la ley otorga al consumidor no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional. En Derecho español, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos, sino que, con arreglo al Código de Comercio, basta con el

cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad; a los que la jurisprudencia ha añadido el de actuar en nombre propio. La exclusión de la cualidad de consumidor hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos con respecto al contrato de préstamo.

«El 23 de enero de 2007, Dña. Camila, como prestataria, suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Kutxabank, como prestamista, por importe de 40.000€.

En garantía de la devolución del préstamo, la prestataria hipotecó su vivienda y un local comercial de su propiedad. Además, intervino como fiadora solidaria su hermana, Dña. Milagros.

2.-Dña. Camila es traductora y durante algún tiempo ha tenido arrendados diversos inmuebles de su propiedad.

El préstamo concedido iba a servir para financiar el montaje de un negocio de hostelería (una taberna).

3.-El préstamo resultó impagado, por lo que la entidad prestamista instó la ejecución judicial de las fincas hipotecadas.

4.-Dña. Camila presentó una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y del procedimiento de ejecución hipotecaria. El fundamento de la pretensión era la abusividad de determinadas cláusulas del contrato, en concreto: la renuncia de la fiadora a los beneficios de orden, división y exclusión; el pacto de liquidez; el interés de demora (17,5% anual); el vencimiento anticipado; y la cláusula de gastos.

5.-El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que el contrato era de carácter empresarial y la demandante carecía de la cualidad legal de consumidora.

6.-Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y declaró la nulidad de las cláusulas relativas a la fianza, el interés moratorio, el vencimiento anticipado y el pago de los gastos. Desestimó la demanda en el resto de sus pretensiones.

En lo que ahora importa, la Audiencia Provincial consideró que la Sra. Camila tenía la condición legal de

consumidora, porque como su actividad profesional era la de traductora, la obtención del préstamo con una finalidad diferente a ese ejercicio profesional hizo que no perdiera su carácter de consumo. Así como que no consta que la demandante hubiera obtenido las licencias administrativas para ejercer en el ámbito de la hostelería, que estuviera dada de alta en la licencia fiscal o que se hubiera constituido como comerciante en los términos del art. 1 CCom.

SEGUNDO. -Recurso de casación. Planteamiento.

1.-El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2-3.º LEC, en su modalidad de interés casacional por contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se basa en un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1.2 y 1.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU) y el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU).

Cita como infringidas las sentencias de esta sala de 3 de junio de 2016, 18 de junio de 2012 y 30 de abril de 2015.

2.-En el desarrollo del motivo aduce la parte recurrente, resumidamente, que, si la finalidad del préstamo, según la propia Audiencia Provincial, era la instalación de un negocio de bar, no puede considerarse que fuera una operación de consumo, con independencia de que la prestataria tuviera, además, otra actividad profesional.

TERCERO. -Condición legal de consumidor. Legislación comunitaria y nacional. Interpretación jurisprudencial.

1.-En la fecha en que se firmó el contrato de préstamo todavía estaba vigente el art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU), que establecía en su art. 1, apartados 2 y 3:

"2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

"3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

2.-Posteriormente, conforme al art. 3 del TRLGCU, "son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". Este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007. Por ello, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la LGCU de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

No obstante, aunque en la fecha de celebración del contrato litigioso el criterio era el del destino final y no el de la actividad profesional, que se introdujo en el TRLGCU unos meses después, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio (verbigracia, SSTJCE de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95; y de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01).

Por lo que, como dijimos en la sentencia 356/2018, de 13 de junio, el art. 1 LGCU debe ser interpretado a la luz de esa jurisprudencia comunitaria anterior a la promulgación del TRLGCU, conforme al principio de primacía del Derecho de la Unión (sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017, de 19 de junio, que contiene una amplia cita jurisprudencial al respecto, tanto del propio TC, como del TJUE). En concreto, con cita de la STC 145/2012, de 2 de julio, dice:

"[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de estas sentencias sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el

ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto Waterkeyn, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93 , Rec. p. I-1029, apartado 95)".

3.-La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) El concepto de "consumidor" debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(iii) Dado que el concepto de "consumidor" se define por oposición al de "operador económico" y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de "consumidor".

(iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Criterios que han sido reiterados recientemente por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen), que en relación con la materia litigiosa expresa:

"El concepto de "consumidor" [...] debe interpretarse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 29 y jurisprudencia citada).

"Por consiguiente, solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (sentencia de 25 de enero de 2018, Schrems, C-498/16, EU:C:2018:37, apartado 30 y jurisprudencia citada).

"Esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional (sentencia de 3 de julio de 1997, Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 17)".

4.-Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; 594/2017, de 7 de noviembre; y 356/2018, de 13 de junio.

5.-Si aplicamos estos criterios a los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, la valoración jurídica debe ser necesariamente diferente. Aunque la Sra. Camila se dedicara preferentemente a su actividad profesional como traductora, resulta claro

que el préstamo no se solicitó para satisfacer sus necesidades de consumo privado, sino para el ejercicio de una actividad profesional, aunque fuera para el futuro.

En consecuencia, el préstamo litigioso no fue una operación acogida a la legislación de consumidores, sino un negocio jurídico de carácter profesional y empresarial.

CUARTO. -Cualidad legal de comerciante o empresario

1.-La sentencia recurrida, además de considerar que la operación de préstamo se concertó en un marco ajeno a la actividad profesional de la demandada, que era la de traductora, aprecia que tampoco puede considerarse actividad empresarial, porque la Sra. Camila no tenía la cualidad legal de comerciante, conforme al art. 1 CCom. Y razona para ello que no tenía licencia fiscal o administrativa que amparase el ejercicio empresarial.

2.-En primer lugar, ya hemos dicho que, a estos efectos, dicha circunstancia es irrelevante, dado que una misma persona puede ser considerada consumidora respecto de ciertas operaciones y operadora económica respecto de otras.

Y, en segundo lugar, en nuestro Derecho, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos. Al contrario, del art. 1 CCom se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad; a los que la jurisprudencia, desde la conocida sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1922, ha añadido el de actuar en nombre propio (sentencia 353/1989, de 27 de abril, y las que en ella se citan). Como estableció la sentencia 314/1987, de 22 de mayo, "el rol de comerciante [viene delimitado] por el dato puramente objetivo del ejercicio de actos de comercio". Y es claro que la explotación de una taberna o bar supone un acto empresarial.

Es decir, la calificación de una persona como empresario individual no se basa en un dato o requisito formal, sino en la realidad efectiva de los tres requisitos jurídico-materiales antes expuestos.

Que la prestataria tenga la profesión de traductora no impide que, simultáneamente, se dedique a una actividad empresarial, como es la explotación de un negocio de bar. Máxime cuando dicha simultaneidad

no constituye prohibición o impedimento para el ejercicio del comercio, conforme a los arts. 13 y 14 CCom.

3.-Como consecuencia de todo lo cual, el recurso de casación debe ser estimado y, al asumir la instancia, debemos resolver el recurso de apelación formulado por la demandante.

QUINTO. -Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación

1.-La exclusión de la cualidad de consumidora en la demandante hace improcedente la realización de los controles de transparencia y abusividad pretendidos en la demanda, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; y 414/2018, de 3 de julio; entre otras).

2.-En consecuencia, el recurso de apelación debe ser desestimado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3168/2016] DE 11 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: pago de créditos con privilegio especial. Desde el punto de vista del Derecho transitorio, la norma que atribuye al acreedor privilegiado, en caso de realización del bien objeto de la garantía, el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria (art. 155.5 LC) no puede integrarse con las disposiciones legales que introducen la limitación del privilegio especial al valor de la garantía. La "deuda originaria" se refiere a la que estaba cubierta por la garantía, lo que supone excluir expresamente la limitación de la deuda al valor de la garantía (arts. 90.3 y 94.5 LC). La limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio. Respecto de la liquidación, hay que estar a lo previsto en la norma especial para el pago de los créditos con privilegio especial (art. 155 LC). El acreedor hipotecario tiene derecho a que lo obtenido con la realización de los bienes afectos al cobro de su crédito, se destine a su satisfacción hasta el importe cubierto con la garantía. Por lo tanto, también alcanza a los intereses cubiertos por la garantía que se hubieran devengado con posterioridad a la declaración de concurso. Aunque habrá que diferenciar: en el caso de los

remuneratorios, serán no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después (art. 59 LC). Pero en el caso de los intereses moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, ya que la previsión de la Ley Concursal debe entenderse referida sólo a los remuneratorios. Por tanto, la deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado.

«Promotora de Obras y Montajes Ruiz, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 9 de marzo de 2011.

Con anterioridad, Cajamar Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito, luego Cajas Rurales Unidas, S.C.C. (en adelante, Caja Rural) había concedido un préstamo hipotecario a Promotora de Obras y Montajes Ruiz, S.L.

Después de la declaración de concurso de la prestataria, la acreedora hipotecaria comunicó un crédito de 117.174,82 euros, que se correspondía a: 114.839,44 euros de principal, 1.089,29 euros de intereses remuneratorios y 127,16 euros de intereses de demora. En atención a la garantía hipotecaria, se solicitó que el crédito fuera clasificado como crédito con privilegio especial, conforme al art. 90.1-1.º LC. El crédito fue reconocido y clasificado en el concurso conforme a lo solicitado.

Abierta la liquidación, se procedió a la subasta de las dos fincas sobre las que se había constituido la hipoteca en garantía del reseñado crédito. La subasta se celebró el 11 de marzo de 2013. Las fincas fueron adjudicadas a la propia acreedora hipotecaria por un total de 140.000 euros, que fueron depositados. El decreto de adjudicación es de fecha 14 de enero de 2014.

Caja Rural interesó que esa suma de 140.000 euros le fuera pagada para satisfacer el crédito con privilegio especial cubierto por las dos garantías ejecutadas, que en ese momento ascendía a 166.328,73 euros.

Ante la negativa de la administración concursal a hacer pago de esa suma, Caja Rural instó el incidente concursal que dio inicio al presente procedimiento, en el que solicitaba que fuera condenada la administración concursal a poner a disposición de Caja Rural la cantidad de 140.000 euros, producto de la

realización en subasta de las dos fincas hipotecadas en garantía de su crédito.

2. El juzgado mercantil estimó íntegramente la demanda. Consideró que en aplicación del art. 155.1 LC, los créditos con privilegio especial debían ser satisfechos con cargo a los bienes afectos, ya fueran objeto de ejecución separada como colectiva, sin que fuera óbice para ello que hubiera sido el propio acreedor hipotecario el que se hubiera adjudicado los bienes hipotecados. Y en cuanto al importe del crédito que tendría derecho a ser satisfecho con cargo a lo obtenido de la realización de los bienes hipotecados, este no podía ser el que aparece reconocido en la lista de acreedores, porque el art. 59 LC permitía que continuara el devengo de los intereses cubiertos por la garantía.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal, quien se aquietó al pago de la suma de 117.174,82 euros, que es la cantidad reconocida en la lista de acreedores, pero consideró que el acreedor hipotecario no tenía derecho a más, pues resultaba de aplicación el art. 155.5 LC. Según este precepto, el acreedor con privilegio especial, en este caso hipotecario, tiene derecho a hacer suyo el montante resultante de la realización en la cantidad que no exceda de la deuda originaria. Y por deuda originaria, según el recurrente, había que entender la que fuera reconocida en la lista de acreedores.

4. La Audiencia desestima íntegramente el recurso de apelación. En primer lugar, entiende que no resultaba de aplicación el apartado 5 del art. 155 LC, porque conforme a la disposición transitoria de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que lo introdujo, sólo sería de aplicación en los concursos en los que a su entrada en vigor no se hubiera presentado todavía el texto definitivo del informe de la administración concursal, que en este caso es muy anterior.

Después, razona que el devengo de los intereses no se suspende, siempre y cuando queden cubiertos por la garantía. Revisa las liquidaciones aportadas, y concluye que el crédito garantizado con las hipotecas, teniendo en cuenta los intereses de demora cubiertos, era de 166.328,73 euros, que se corresponden con 114.839,44 euros de principal, 1.089 euros de intereses remuneratorios y 50.000 euros de intereses de demora.

Finalmente, la sentencia de apelación rechaza la procedencia de revisar la abusividad de la cláusula de

intereses de demora, porque el prestatario carece de la condición de consumidor.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la administración concursal sobre la base de dos motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación de los motivos. El motivo primero se funda en la infracción del art. 155.5 LC, que, en los supuestos de realización de los bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, dispone que el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en la cantidad que no exceda de la deuda originaria, y el resto, si lo hay, corresponderá a la masa activa del concurso.

El recurrente entiende que el art. 155.5 LC, introducido por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, resulta de aplicación de acuerdo con su disposición transitoria primera, que en lo que afecta a este precepto, dispone que será de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación. Expresamente combate que la transitoria aplicable sea la que se refiere al art. 94.5 LC, en relación con el art. 90.3 LC, que ciñe el privilegio especial al valor de la garantía, y que supedita su aplicación a los concursos en que no se haya aprobado el texto definitivo del informe de la administración concursal.

De tal forma que sólo procedería el pago a la acreedora hipotecaria de la deuda originaria reconocida por la administración concursal, que era 117.174,82 euros.

El motivo segundo denuncia la infracción, por inaplicación, de los arts. 1101 y 1105 CC, en relación con el art. 1124 CC, que exigen concurra la culpabilidad para que sea exigible la indemnización de daños y perjuicios.

El recurrente sostiene que los créditos privilegiados con garantía real no pueden devengar intereses moratorios durante la sustanciación del concurso, sino tan sólo los remuneratorios ordinarios al tipo nominal pactado máximo, al 3,5%, lo que cubre suficientemente el daño real que podría haber padecido el acreedor por la demora el cobro de su crédito.

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

2. Normativa aplicable. El motivo primero denuncia la infracción, por falta de aplicación, del apartado 5 del art. 155 de la Ley Concursal, que dispone lo siguiente:

"5. En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial previstos en este artículo, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso".

Esta norma fue introducida con la reforma realizada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, en concreto en el artículo único, apartado dos, núm. 7, que dio nueva redacción al art. 155 LC.

Ley 9/2015, de 25 de mayo, contiene una prolija previsión de disposiciones transitorias. La disposición transitoria primera, que se refiere al "régimen transitorio aplicable a los procedimientos concursales en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley", en su número 7 establece una disposición transitoria específica para la nueva redacción del art. 155 LC:

"7. Lo previsto en el número 7 del apartado dos será de aplicación a los procedimientos concursales que se encuentren en tramitación".

No resulta procedente integrar esta disposición con otras, en este caso la que se refiere a los preceptos que modificaron los arts. 90.3 y 94.5 LC, que introduce la limitación del privilegio especial al valor de la garantía, porque la regla contenida en el art. 155.5 LC no se ve afectada por la previsión sobre el valor de la garantía.

El art. 155.5 LC dispone que lo obtenido con la realización de un bien o derecho afecto a un privilegio especial, se destinará a satisfacer este crédito privilegiado especial hasta el importe de la "deuda originaria".

La "deuda originaria" se refiere a la que estaba cubierta por la garantía, lo que supone excluir expresamente la limitación de la deuda al valor de la garantía, conforme a lo previsto en los arts. 90.3 y 94.5 LC. La limitación del privilegio especial al valor de la garantía opera esencialmente en relación con el convenio. Respecto de la liquidación, hay que estar a lo previsto en la norma especial, en este caso el art. 155 LC. Si, como es el caso, el apartado 5 del art. 155 LC contiene una previsión sobre lo que tiene derecho a

cobrar el acreedor con privilegio especial con respecto a lo obtenido con la realización del bien afecto a su privilegio, que es ajena al límite del valor de la garantía, pues se refiere a la "deuda originaria", carece de sentido integrar la disposición transitoria especialmente prevista para la norma que introduce la nueva redacción del art. 155 LC, con la que se refiere a la norma que regula la limitación del privilegio especial al valor de la garantía.

3. Visto lo anterior, procedería aplicar al presente caso la disposición transitoria primera, número 7, de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, según la cual la nueva redacción del art. 155 LC se aplicaba a todos los procedimientos que para entonces estaban en tramitación cuando entró en vigor, el 27 de mayo de 2015. Pero, si la cuestión controvertida es qué destino debe darse al montante de lo obtenido con la realización de los bienes o derechos afectos a un privilegio especial, debe resolverse con arreglo a la norma vigente en el momento en que se materializa la realización de los bienes o derechos afectos y la administración concursal obtiene el precio de la adjudicación. En nuestro caso, eso ocurrió cuando menos al tiempo en que se dictó el decreto de adjudicación, que fue el 14 de enero de 2014.

En aquel momento no había sido promulgada la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que introdujo el actual apartado 5 del art. 155 LC, y regía directamente lo previsto en el apartado 3 del art. 155 LC, con la siguiente redacción:

"3. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos".

4. Para determinar lo que entonces podía considerarse crédito con privilegio especial, en un supuesto como este, resulta de aplicación la doctrina contenida en la reciente sentencia 112/2019, de 20 de febrero, con alguna matización.

En esta sentencia declaramos que el privilegio especial en un crédito con garantía real abarca no sólo al

principal, sino también a los intereses remuneratorios o moratorios, ya se hubieran devengado antes o después de la declaración de concurso, siempre que estén cubiertos por el valor de realización de la garantía:

"Los arts. 59 y 92-3.º LC permiten el devengo, sin postergación, de los intereses generados por los créditos con garantía real "hasta donde alcance la respectiva garantía"; lo que supone la afección de la garantía al pago de tales intereses con el límite indicado. El art. 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título.

"Además, conforme a esta regulación, los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo -anterior o posterior a la declaración del concurso-si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía. Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92-3.º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía".

Y, más adelante, advertíamos que el privilegio que le confiere al acreedor la garantía real, no le dispensa, en caso de concurso de acreedores de su deudor, del deber de comunicar su crédito, conforme a lo previsto en el art. 85.3 LC. Con la siguiente advertencia:

"Si (...), cuando se realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haberse comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial".

Cumplidos estos presupuestos, en principio, el acreedor hipotecario tiene derecho a que lo obtenido con la realización de las dos fincas afectadas al cobro de su crédito, se destine a su satisfacción hasta el importe cubierto con la garantía. Por lo tanto, también alcanza a los intereses cubiertos por la garantía que se hubieran devengado con posterioridad a la declaración de concurso.

5. La matización que introducimos se refiere a la clase de intereses que pueden devengarse con posterioridad a la declaración de concurso.

La garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro el límite previsto en el art. 114 LH. En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del art. 59 LC. Pero en el caso de los intereses moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, pues la previsión del art. 59 LC debe entenderse referida sólo a los remuneratorios, por la siguiente razón.

El art. 59.1 LC, cuando prevé que, por regla general, desde la declaración de concurso se suspende el devengo de los intereses, se refiere sólo a los remuneratorios, pero no los que se devengan por la mora del deudor. En principio, declarado el concurso, los créditos concursales que forman parte de la masa pasiva, conforme al art. 49 LC, quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles antes de que se alcancen tales soluciones. Por esta razón, como existe una imposibilidad legal de pago, no tiene sentido que durante el concurso operen instituciones como los intereses y recargos de demora, que incentivan el pago puntual de las obligaciones.

Es lógico que la excepción que el art. 59.1 LC prevé respecto de los intereses "correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía", se refiera también al mismo tipo de interés, el remuneratorio. También el crédito concursal garantizado con hipoteca está sujeto a las mismas restricciones de pago, sin perjuicio de la salvedad contenida en el art. 155.2 LC, que legitima a la administración concursal a pagar las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa. Es una facultad que tiene la administración concursal, en el caso en que le interese mantener la vigencia del préstamo. Y también en ese caso, los únicos intereses de demora que debería pagar serían los que se hubieran devengado por las cuotas vencidas e impagadas antes del concurso y hasta su declaración, pero no los posteriores.

Esta interpretación se acomoda a la ratio del actual art. 155.5 LC, cuando prevé que "en los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (...), el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria". La

deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado.

6. En consecuencia, en el presente caso, el crédito cubierto por la garantía sería aquel respecto del que se aquietó la administración concursal en apelación, que, de la liquidación presentada por el acreedor hipotecario, descontó los intereses de demora posteriores a la declaración de concurso (117.174,82 euros)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3803/2016] DE 24 DE ABRIL DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contratos de adquisición de participaciones preferentes: el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

«Entre los años 2005 y 2009, Dña. Camino y D. Jose Miguel adquirieron participaciones preferentes de la serie A de Caixa Catalunya, por importe total de 34.000€.

2.-Los Sres. Camino y Jose Miguel interpusieron una demanda contra Catalunya Banc (sucesora de Caixa Catalunya), en la que solicitaron la nulidad radical de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes, por falta de consentimiento. Subsidiariamente, la nulidad por vicio del consentimiento. Y subsidiariamente, la resolución de los contratos por incumplimiento contractual de la comercializadora. En todos los casos, con restitución de las prestaciones.

3.-La sentencia de primera instancia desestimó las acciones de nulidad radical y anulabilidad por vicio del consentimiento y estimó la acción de resolución.

4.-Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial la confirmó en cuanto a la resolución del contrato, si bien modificó sus efectos.

5.-Catalunya Banc (actualmente, BBVA), interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO. -Recurso de casación. Consecuencias del incumplimiento del deber de información en la formación del consentimiento. Régimen de ineficacia del contrato. Procedencia de la acción de anulabilidad, o de la de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, pero no de la de resolución contractual.

Planteamiento:

1.-El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 1124 CC y cita como infringidas las sentencias de esta sala 479/2016, de 13 de julio; 654/2015, de 19 de noviembre; 552/1992, de 8 de abril; y 410/2009, de 2 de junio.

2.-En el desarrollo del recurso alega la parte recurrente, de manera resumida, que la única consecuencia jurídica posible que pudiera derivarse de un incumplimiento del deber legal de información en la comercialización de productos financieros complejos sería la anulabilidad del contrato por error vicio del consentimiento, pero no la resolución del contrato.

Decisión de la Sala:

1.-La cuestión jurídica planteada en el recurso de casación fue resuelta por la sentencia del pleno de esta sala 491/2017, de 13 de septiembre; y sirvió como antecedente la sentencia 479/2016, de 13 de julio. Cuya doctrina ha sido reiterada en posteriores sentencias (verbigracia, 172/2018, de 23 de marzo).

2.-Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos, antes y después de la entrada en vigor de la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento.

3.-Es decir, aun cuando se considere que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que el

inversor no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento.

La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.

Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».