

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 97

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 1520/2017] DE 16 DE ENERO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

La responsabilidad por deudas de los administradores de la sociedad de capital se anuda al incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución de la sociedad cuando la sociedad se encuentra incurso en causa legal de disolución. Esta responsabilidad tiene por objeto las deudas sociales que hubieran nacido después del acaecimiento de la causa de disolución. En caso de pago del crédito por la fiadora, la deuda social reclamada por la fiadora no nace con el pago al acreedor principal, sino con la póliza de crédito afianzada. El derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado al acreedor no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor.- Del mismo modo, en caso de concurso, el pago por el fiador de un crédito concursal con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de crédito contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito.

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

Lucía y Eulalio estuvieron casados hasta que en el año 2011 se divorciaron.

Eulalio es administrador de la sociedad Proyectos e Instalaciones Hermanos Gutiérrez, S.L. (en adelante, Hermanos Gutiérrez). Las últimas cuentas formuladas, aprobadas y depositadas de la sociedad son las del ejercicio 2006, y el cese en su actividad es posterior a mediados del 2007.

Con anterioridad, en el año 2005, Lucía avaló tres pólizas bancarias de préstamo o crédito concedido a la sociedad Hermanos Gutiérrez. Ante el impago de la

sociedad, uno de los acreedores financieros (BBVA) se dirigió frente a la fiadora Sra. Lucía, quien pagó un total de 10.205,72 euros.

2. En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, Lucía ejercitó dos acciones de responsabilidad frente a Eulalio, en su calidad de administrador de Hermanos Gutiérrez, S.L.: una ex art. 367 LSC, basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa legal de disolución, por la que reclamaba la responsabilidad solidaria respecto de la deuda social de 10.205,72 euros; y otra ex art. 241 LSC, la acción individual basada en que el cierre de hecho de la sociedad frustró el cumplimiento de la reseñada deuda social.

3. El juzgado mercantil, después de distinguir con sumo detalle los dos tipos de acciones, entró a analizar cada una de ellas. En primer lugar, la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, que desestimó por apreciar que la aparición de la causa de disolución (mediados de 2007) era posterior al nacimiento de la deuda social (2005). Para ello, entendió que el crédito de la fiadora, ahora demandante, había nacido al asumir la fianza y no al pagar al acreedor principal el crédito afianzado. En segundo lugar, desestimó la acción individual porque no constaba que una ordenada liquidación hubiera permitido la satisfacción del crédito de la demandante.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. La Audiencia desestima el recurso y ratifica el criterio seguido por el juzgado para desestimar ambas acciones. En lo que ahora interesa, la desestimación de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, la sentencia de apelación ratifica que la obligación de la sociedad de restituir a la fiadora lo satisfecho por esta en virtud de la fianza, nace en el momento de constituirse la póliza de crédito afianzada, en este caso en el 2005, y no cuando más tarde la fiadora pagó el crédito afianzado.

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y recurso de casación, sobre la base de tres motivos.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación de los motivos. Analizamos conjuntamente estos tres motivos porque se refieren a la misma cuestión, el nacimiento del derecho del fiador a reclamar del deudor principal el importe de lo pagado al acreedor principal. Propiamente, sólo son motivos de casación los dos primeros, porque el tercero se limita a justificar el interés casacional por "la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado".

El motivo primero denuncia la infracción del art. 367 LSC y la jurisprudencia que lo interpreta, al no haber apreciado la sentencia recurrida que la deuda social reclamada es posterior a la existencia de la causa de disolución, por considerar que la obligación nace en el momento de la firma de la póliza de crédito afianzada, cuando en realidad nace más tarde, cuando la fiadora pagó al acreedor principal.

En el desarrollo del motivo se cita la sentencia 151/2016, 10 de marzo, según la cual:

"en el caso de una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una facultad resolutoria, tal obligación no nace cuando se celebra el negocio que se pretende resolver, por más que tenga relación directa con el mismo, sino del acaecimiento del hecho resolutorio y del ejercicio por el interesado de la facultad resolutoria derivada del mismo. Es ese el momento temporal que debe tomarse en consideración para determinar si la obligación es o no posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución".

El motivo segundo insiste en la misma cuestión y solicita que se establezca "jurisprudencia sobre la fecha en que se considera existente el crédito del fiador contra la sociedad de capital que es deudora principal afianzada a efectos de determinar si el mismo es posterior a la concurrencia de una causa de disolución forzosa de dicha sociedad de capital y, por tanto, obligación posterior a la misma de la que debe responder su administrador social en los términos del artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital".

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

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital prevista en el art. 367 LSC, que se anuda al incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa legal de disolución, lo es respecto de las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución. Como hemos recordado en otras ocasiones, "se entiende por deudas posteriores, las que hubieran nacido después del acaecimiento de la

causa de disolución" (sentencia 716/2018, de 19 de diciembre).

En nuestro caso, la causa de disolución surgió con posterioridad a mediados de 2007. La póliza de crédito concedida a la sociedad y afianzada por la Sra. Lucía es de enero de 2005, por lo tanto anterior a la aparición de la causa de disolución. El pago al acreedor principal hecho por la fiadora (Sra. Lucía), como consecuencia del incumplimiento de la sociedad, es posterior a la aparición de la causa de disolución.

La cuestión controvertida gira en torno a la determinación de cuándo se entiende que nació la deuda social reclamada por la fiadora: con la póliza de crédito afianzada o con el pago del fiador al acreedor principal.

Para su resolución no cabe, como pretende la recurrente, aplicar la misma solución adoptada por la sentencia 151/2016, 10 de marzo, respecto de la obligación de indemnización de daños y perjuicios consiguiente a la resolución por incumplimiento contractual, pues no existe una identidad de razón. En ese caso, es claro que la obligación de resarcimiento nacía de la resolución de un contrato por incumplimiento, era una deuda social nueva y no una modificación o transformación dineraria de una obligación anterior de distinta naturaleza.

De ahí que tengamos que atender a la singularidad propia de la fianza y, más en concreto, a las relaciones entre el deudor y el fiador, para proyectar las consecuencias del pago por el fiador sobre este régimen de responsabilidad ex art. 367 LSC.

3. En la sentencia 601/2019, de 8 de noviembre, declaramos que "el reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del art. 367 LSC se funda en el incumplimiento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incurso en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago".

Esta justificación no se cumple en un supuesto como el presente. La fiadora asumió sus obligaciones de garante cuando no había causa de disolución. Si la deuda social afianzada es anterior a la aparición de la causa de disolución, el posterior pago por el fiador no supone contraer una nueva deuda por la sociedad estando ya incurso en causa de disolución que

justifique la responsabilidad solidaria del administrador que incumple el deber legal de disolver. A estos efectos, el derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del art. 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC).

4. Como recuerda la sentencia 761/2015, de 30 de diciembre, el fiador que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC): "el Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir.

"(...) tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó".

Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal, como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 367 LSC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sea el fiador el legitimado para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso.

5. La solución alcanzada guarda relación lógica con el tratamiento concursal del crédito garantizado con fianza en el concurso del deudor, previsto en el art. 87.6 LC, primer inciso:

"Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin

limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador".

El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal.

Si a los efectos del concurso del deudor, donde resulta relevante la fecha del nacimiento del crédito para considerarlo concursal o contra la masa, el pago del fiador, de un crédito concursal, con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito; en el caso de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, en que también es relevante la fecha del nacimiento de una deuda social para determinar si queda cubierta por esta responsabilidad, el pago por el fiador de una deuda social con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución tampoco supone el nacimiento de una nueva deuda social para hacer responsable de ella al administrador que incumplió los deberes de disolución, sino, en su caso, la legitimación del fiador para reclamar frente a la sociedad la deuda social satisfecha y sus intereses».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2830/2017] DE 4 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

Extensión del pacto comisorio a un negocio simulado de compraventa con pacto de recompra. Los negocios que infringen la prohibición del pacto comisorio son nulos radical y absolutamente, ya que se trata de una prohibición imperativa y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en las que están involucrados tanto los intereses del deudor, como los de sus acreedores. Entra dentro del ámbito de la prohibición, el negocio de transmisión de la propiedad con función de garantía, instrumentado a través de la celebración de una compraventa simulada. En este sentido, hay que tener presente que la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de

garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía.

«El día 10 de marzo de 2009, D. Sabino y D.ª Olga, como prestatarios, y D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, como prestamistas, suscribieron una escritura de préstamo con garantía de hipoteca sobre determinado inmueble (finca registral NUM005 del Registro de la Propiedad de Marchena núm. 1), vivienda habitual de los prestatarios, por importe de 51.346,14 euros, que confiesan recibidos en metálico, con un único plazo de amortización que vencía el día 10 de septiembre de 2009. En la estipulación decimotercera tasaron la finca para que sirviera de tipo para subasta en la suma de 600.000 euros.

2.- El día 15 de septiembre de 2009, las mismas partes otorgaron una escritura de novación del anterior préstamo hipotecario con un doble objeto: ampliaban el capital del préstamo en 17.176,48 euros y también su plazo de duración, prorrogando la fecha del vencimiento previsto para su amortización en tres meses. Como consecuencia de la ampliación del capital quedó fijada la cantidad total pendiente de amortizar en 70.920 euros.

3.- El día 9 de diciembre de 2009 las mismas partes, esto es, los Sres. Sabino y Olga, como vendedores, y los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, como compradores, otorgaron escritura de compraventa de la misma finca hipotecada. El precio de dicha compraventa se fijó en 165.920 euros, especificando la escritura en cuanto a su modo de pago lo siguiente:

"Dicha cantidad se integra: 1. Por la suma de 70.920 euros, importe actual de la hipoteca que a favor de los aquí compradores grava la finca transmitida, suma esta que es retenida por los compradores para cancelar dicha deuda, (...) y el resto, o sea 95.000 euros, confiesa la parte vendedora haberlos recibido a día de hoy".

En dicha escritura manifiesta la parte transmitente que la finca "está libre de arrendamientos y no ocupada".

4.- El día 8 de febrero de 2010 los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, adquirentes del inmueble en virtud de la compraventa antes reseñada, venden la misma finca a favor de los codemandados Sres. Juan Luis, Olga, Luis Pedro y Rafaela, que la adquieren por el precio de 200.000 euros. Dicho precio consta en la escritura pagado en la siguiente forma:

"la cantidad de 100.000 euros han sido satisfechas mediante transferencia ... con fecha el 4 de enero de 2010 ... la cantidad de 40.000 han sido satisfechas mediante transferencia ... con fecha 4 de enero de 2010 ... la cantidad de 60.000 han sido satisfechas

mediante transferencia bancaria ... con fecha 28 de enero de 2010".

En la indicada escritura, entre otras manifestaciones relativas a la finca vendida, se incluye la siguiente:

"ARRENDAMIENTOS.- Según manifiesta la parte vendedora bajo pena de falsedad en documento público, libre de ellos, así como de ocupantes o precaristas de ningún tipo".

Y en la estipulación cuarta se pacta lo siguiente:

"La parte vendedora transmite la posesión en este acto, conforme al artículo 1462 del Código civil; pero la parte vendedora continuará en el uso de la vivienda hasta el día nueve de agosto de dos mil diez, en concepto de precario".

5.- Los Sres. Sabino y Olga interpusieron demanda contra los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, y también contra los Sres. Juan Luis, Olga, Luis Pedro y Rafaela, compradores en la primera y segunda compraventa reseñadas, solicitando, en lo que ahora interesa, la declaración de existencia de un contrato de préstamo garantizado mediante la compraventa formal o aparente del inmueble antes referido, la declaración de nulidad de las escrituras por las que se elevaron a documento público las dos citadas compraventas, la declaración de nulidad de las inscripciones registrales a que dichas escrituras dieron lugar, así como la condena a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa para transmitir la titularidad formal de la vivienda a los demandantes en el mismo momento en el que se les restituya por los prestatarios de la cantidad adeudada, y al abono de las costas procesales causadas".

En dicha demanda los actores afirman que con ocasión de la primera compraventa, formalizada el 9 de diciembre de 2009, se estipuló verbalmente entre vendedores y compradores que la vivienda era vendida en garantía de la devolución del préstamo, que se acordaba un plazo de "rescate" del inmueble con un término de nueve meses, con vencimiento el 9 de agosto de 2010, y que la reiterada compraventa fue una compraventa simulada, puesto que nunca se pretendió vender y comprar el derecho de propiedad, sino que la finalidad de esa venta no era otra que la de garantizar el préstamo encubriendo un pacto comisorio prohibido por el art. 1859 del Código Civil.

En cuanto a la segunda compraventa, afirman que los Sres. Luis Pedro y Rafaela son adquirentes a non domino sin buena fe, al realizar la compraventa por un precio vil, sin visitar la propiedad, ni ponerse en contacto con los actores pese a que seguían ocupando la vivienda.

6.- La representación procesal de los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio se opuso a la demanda alegando en

síntesis lo siguiente: (i) el demandante D. Sabino es constructor y no consumidor, sabía perfectamente lo que firmaba, teniendo conocimientos en el sector inmobiliario por dedicarse profesionalmente a ello; (ii) no es cierto que en la compraventa escriturada en fecha 9 de diciembre de 2009 se acordase un pacto de rescate del inmueble con vencimiento el 9 de agosto de 2010, pacto que no se recogió en la escritura pública de venta; (iii) que los citados demandados se limitaron posteriormente a vender el inmueble en cuestión con la intención de recuperar su inversión [en referencia al préstamo concedido y su ampliación].

7.- La representación procesal de los codemandados Sres. Luis Pedro y Rafaela se opuso igualmente a las pretensiones ejercitadas de contrario manifestando que: (i) desconocían los hechos anteriores a la fecha de la adquisición de la finca por parte de los mismos; (ii) que han actuado siempre y en todo momento de buena fe, adquiriendo el inmueble de quiénes eran sus legítimos propietarios por precio satisfecho de 200.000 euros, estando amparados por la buena fe registral; (iii) niegan que de los documentos públicos aportados se desprendiese un pacto comisorio oculto, habiendo afirmado los demandantes en un previo procedimiento penal seguido por razón de estos hechos que vendieron el inmueble con un pacto de retroventa, sin que conste, sin embargo, que se realizara o se intentara realizar esa supuesta devolución del préstamo y retroventa; y (iv) que el precio de 200.000 euros por el que compraron la finca era acorde con la absoluta falta de referencias objetivas en cuanto a la fijación de precios a la vista de la gravísima crisis inmobiliaria existente [en la fecha de la compraventa] y a la imposibilidad de visitar la finca al saber que estaba ocupada.

8.- La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda, en base, en síntesis, a los siguientes argumentos centrados fundamentalmente en el análisis de la prueba practicada, de los que colige que lo acordado entre las partes no fue un contrato de préstamo con pacto comisorio encubierto bajo un contrato simulado de compraventa.

En cuanto a las declaraciones del actor: (i) declaró que le comentó al notario y al oficial [de la notaría] que los compradores le daban un plazo de seis meses para ejercitar la retroventa, pero que no se recogió en la escritura pública porque confiaba y todos estaban de acuerdo; (ii) que el oficial le dijo que la escritura pública era algo simbólico porque se iba a llegar a un acuerdo; (iii) sin embargo, pese a que el actor intenta probar que la voluntad de las partes era otra distinta de la reflejada en el otorgamiento de la escritura pública de venta, no se propuso la testifical ni del

notario ni del oficial, que, según se afirma, tenían conocimiento de un supuesto pacto de retroventa alcanzado verbalmente por las partes al margen de lo escriturado.

En cuanto a la testifical de D. Inocencio: (i) consta que el testigo es pareja sentimental de la hija de los actores; (ii) carece de utilidad para acreditar los hechos en los que se basa la demanda (en particular el pretendido pacto verbal de retroventa) pues manifestó no haber acompañado al Sr. Sabino a la Notaría con ocasión del otorgamiento de la escritura de compraventa que se pretende anular.

En cuanto a la testifical de Don Lucio: (i) afirma ser amigo de los actores desde hace mucho tiempo, así como que acompañó a D. Sabino en dos ocasiones a la notaría, una primera en la que se pactaba la renovación [novación] del préstamo anterior, y una segunda en la que firmaron la venta de la finca; (ii) en relación con esta última operación entiende el Juez de Primera Instancia que dicho testimonio no resultó clarificador en cuanto a lo verdaderamente pactado por las partes, no precisándose si lo que se acordó antes de la firma de la escritura fue un simple pacto de retroventa, válido al amparo de los arts. 1507 y siguientes del Código Civil, o si lo que se acordó supuestamente de manera verbal fue un nuevo préstamo encubierto garantizado con la venta de la finca en cuestión, con posibilidad de recuperarla por el prestatario, que si estaría prohibido al amparo del art. 1859 del Código Civil; (iii) en relación con la manifestación de que en el otorgamiento de la escritura pública de venta de 9 de diciembre de 2009 no se entregó cantidad alguna ni en efectivo ni mediante cheque al vendedor, pese a lo que se recoge en la escritura pública de compraventa, en la que la parte vendedora confiesa haber recibido en el día del otorgamiento 95.000 € del precio de la venta en efectivo metálico de la parte compradora, entiende el juez de instancia que este testimonio nada añade a lo debatido puesto que en la escritura tan solo se recoge que el vendedor reconocía haber recibido en metálico los 95.000 €. en ese mismo día, sin precisar que fuese en el acto del otorgamiento de la escritura.

Otros argumentos de la valoración probatoria del Juzgado de Primera Instancia: (i) por la parte actora se niega la recepción de esa cantidad de 95.000 €, si bien atendiendo al carácter de constructor de D. Sabino y atendiendo a lo declarado por el mismo en el acto del juicio (al exponer que había tenido una sociedad y que había llevado a cabo obras de cierta entidad como la construcción de carreteras y puentes), al que por tanto se le presuponen conocimientos en el sector inmobiliario, resulta difícil entender que firme una

escritura pública de compraventa en la que manifestaba haber recibido una cantidad tan elevada por la venta del inmueble que constituye el domicilio habitual del matrimonio sin ser cierto y sin recogerse mención alguna de un posible pacto de "retrocompra", máximo constando que en las tres operaciones que llevó a cabo notarialmente siempre lo hizo acompañado de otras personas de su confianza, entre ellas un abogado, su yerno y su amigo el Sr. Lucio, careciendo de toda lógica que no hiciera ninguno de los presentes la más mínima referencia a la supuesta discrepancia entre el contenido de la escritura pública de compraventa que se firmaba y lo verdaderamente acordado por las partes; (ii) se aprecian notables contradicciones entre la declaración del testigo Sr. Lucio y la del actor, entre otros extremos en cuanto al plazo del supuesto pacto de retro; contradicciones que, a criterio del juzgador de instancia, restan fuerza probatoria a la declaración de los mismos; (iv) tampoco está fuera de toda duda que con anterioridad al vencimiento del pretendido plazo de seis meses se intentase la supuesta retroventa por el precio convenido; (v) en cuanto al precio pactado de la compraventa del inmueble (165.000 €) y la posterior venta del mismo inmueble a unos terceros (los codemandados Sres. Inocencio y Carmelo) por la cantidad de 200.000 €, consta en las actuaciones un informe de perito judicial en el que se expone que "ha aumentado el tiempo que los inmuebles permanecen en oferta, esto supone la existencia de mayor número de viviendas de estas características disponibles; [...] por lo que se esperan dificultades para la venta debido a la situación actual en la que se encuentra el mercado inmobiliario". De donde se colige una posible disminución del precio de venta del inmueble; (vi) no ha resultado acreditado una previa relación o connivencia entre los codemandados (compradores en la primera y en la segunda compraventa respectivamente).

Con base en todo lo anterior, el Juzgado concluyó que no había quedado probado que la venta escriturada el 9 de diciembre de 2009 ocultase un préstamo con pacto comisorio contrario a la voluntad manifestada por las partes ante notario; no pudiendo declararse la nulidad de la primera venta y, en consecuencia, tampoco la de la posterior venta escriturada el día 8 de febrero de 2010 a favor de los Sres. Luis Pedro y Rafaela, quienes adquirieron válidamente la propiedad.

9.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, a excepción de no hacer especial imposición de las costas procesales de la primera

instancia, al considerar, aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia de primera instancia, que: (i) no existen pruebas que aporten la certeza que exige el artículo 217 de la LEC de que la compraventa es fiduciaria ni de la existencia un pacto verbal comisorio o de uno de retroventa; (ii) todas las conversaciones al respecto fueron verbales, de contenido impreciso; (iii) no han declarado testigos imparciales y objetivos que estuvieran presentes en las mismas y conocieran por ello el alcance concreto de lo que supuestamente se pactó; (iv) los indicios señalados por los demandantes sobre la existencia del pacto comisorio son insuficientes para llevar a la plena convicción de la certeza sobre los hechos alegados en la demanda; (v) dichos indicios aparecen, además, desvirtuados por otras circunstancias tales como la falta de constancia de que se intentara por los actores realmente llevar a cabo el pacto de retroventa antes de la fecha señalada como límite; (vi) fuera cual fuese el valor de tasación del inmueble lo cierto es que se vendió por los actores a un precio no demasiado lejano al que posteriormente revendieron los prestamistas; (vii) no existen pruebas claras del concierto en una operación fraudulenta por parte de los compradores que finalmente quedaron como propietarios del inmueble. SEGUNDO.- Recurso de casación. Prohibición del pacto comisorio. Compraventa con pacto de retroventa simulada en función de garantía.

1.- Formulación del motivo.

De los dos motivos del recurso sólo se ha admitido el segundo que se encabeza del siguiente modo: "Infracción de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo del artículo 1275 del Código civil y en relación con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en cuanto al "pacto comisorio"".

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente concreta la referencia a la jurisprudencia a que se refiere mencionando las sentencias de esta sala 413/2001, de 26 de abril, y 34/2012, de 27 de enero, que considera infringidas por la sentencia recurrida por cuanto no aprecia el pacto comisorio encubierto en la fiducia cum creditore simulada bajo la apariencia de un contrato de compraventa, unido al pacto verbal de retroventa, cuya nulidad se interesa por infringir la prohibición legal del pacto comisorio, en relación con el art. 1275 CC, conforme al cual "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

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

2.- Desestimación del motivo.

Jurisprudencia de esta sala sobre la prohibición del pacto comisorio. Su extensión a los negocios indirectos (simulados o fiduciarios).

Nuestro ordenamiento rechaza frontalmente toda construcción jurídica (denominadas genéricamente "pactos comisorios") por la que el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía (arts. 1.859 y 1.884 CC). Tales pactos no son admisibles al amparo del artículo 1255 CC, y entrarían en el ámbito del fraude de ley del art. 6. 4º CC.

Como resulta de la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2008, el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, a los que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (artículos 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en reiterada jurisprudencia de este Tribunal (vid. sentencias que se citan infra), en la que se ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.

Dentro del ámbito de la prohibición, este Tribunal ha incluido en diversas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, instrumentada a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada. Y ello es así por cuanto la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquélla (cfr. art. 6 núm. 4 CC).

La doctrina jurisprudencial sentada sobre esta cuestión, de directa aplicación a la presente controversia, ha sido recapitulada en la sentencia de esta sala 34/2012, de 27 de enero, citada como

vulnerada en el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida. Doctrina que ahora mantenemos reiterando que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad ipso iure conforme al art. 1859 del Código civil.

Un caso típico, incluso históricamente, es la llamada "venta a carta de gracia": es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en que una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Estructura negocial que integra un clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el sólo incumplimiento de aquella obligación.

Mencionan la nulidad del pacto comisorio la sentencia de 25 de septiembre de 1986 ("tal acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, ... sería nulo porque el artículo 1859 del Código civil declara..."), y la de 29 de enero de 1996 ("... la prohibición del pacto comisorio que establece el artículo 1859..."). Desarrolla la prohibición del mismo, la de 18 de febrero de 1997, al decir:

"entraña un pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 C.C.), porque a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1445 C.C.), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el art. 6º.4 del Código civil".

Asimismo, la sentencia de 15 de junio de 1999 declara la nulidad del pacto comisorio en contrato de compraventa simulado, en un caso claro de simulación relativa y en sendos casos de contratos simulados de leasing. Las sentencias de 16 de mayo de 2000 ("... la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierten la simulación

relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio") y 10 de febrero de 2005 declaran también la nulidad del pacto comisorio. Las de 26 de abril de 2001 ("también ha de declararse la nulidad absoluta del pacto de retroventa...") y 5 de diciembre de 2001 ("... siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a ... de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió y, a su vencimiento, no puede quedarse como propietario de los bienes; si no pagan, ha de ejecutarlos como cualquier acreedor; de lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio").

Como recuerda la sentencia antes citada, de 16 de mayo de 2000:

"Esta prohibición, con base en la que el acreedor, en caso de impago de su crédito, no puede pretender hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, libro VIII, tít. XXXVI, ley 3, del C.), fue acogida en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del tít. V, y 12 del tít. XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 CC, respectivamente para la prenda e hipoteca, y la anticresis".

Por último, la sentencia de 20 de diciembre de 2007, reiterada por la 34/2012, de 27 de enero, resume la doctrina jurisprudencial del siguiente modo:

"Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo cum creditore (ni mucho menos cum amico) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor [...] hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas".

No obstante, en otras ocasiones la jurisprudencia de esta sala ha enfocado el caso particular de la llamada "venta en garantía", desde la perspectiva de su asimilación o subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios.

Las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, fueron resumidas por nuestra Sentencia 413/2001, de 26 de abril:

"1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia cum creditore. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal

frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

"2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

"3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

"4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

"5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

"6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley (artículo 6.4.º del Código Civil)".

Pero, como se desprende de la sentencia 34/2012, de 27 de enero, que declaró la nulidad no sólo de la compraventa simulada sino también de la titularidad formal (fiduciaria) con ella pretendidamente transmitida, la jurisprudencia de esta sala acude preferentemente a la calificación de la compraventa en los supuestos de "venta en garantía" como negocio simulado, si bien alcanzando resultados prácticos similares en cuanto al efecto de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio.

Se refiere a esta cuestión (distinta calificación jurídica en la jurisprudencia del negocio indirecto de la venta en garantía) la sentencia 542/1999, de 15 de junio,

trayendo a colación las opiniones de la doctrina que cuestionan la autonomía del negocio fiduciario. Decíamos en esta sentencia:

"Ciertamente esta Sala ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada "causa fiduciae" y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez; la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la Sentencia de 6 de abril de 1992 dice que "la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender"; la de 5 de abril de 1993 dice: "lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia"; la de 22 de febrero de 1995 dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que "no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante" y añade: "el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia..."; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la "simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes..."; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara "ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo".

Como antes se dijo, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo no sólo la "venta en garantía" sino cualquier otra construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio. Ejemplos de ello han tenido también presencia reiterada en las Resoluciones de la DGRN, reflejo del tráfico jurídico. En este sentido la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta con pacto de retro se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución

de una simple garantía crediticia. Las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008, concluían que la opción de compra examinada en las mismas se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los arts. 1859 y 1884 del Código Civil. O el caso de la Resolución de 20 de julio de 2012 en un supuesto de una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda a favor de otra, sujeta a un plazo de amortización no vencido, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto en caso de que llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado (vid. la estrecha conexión entre la suerte del crédito garantizado y la efectividad de la transmisión).

Repárese en el dato de que a la fecha de la dación en pago no se trataba de una deuda líquida, vencida y exigible, de donde colige la DGRN que la dación no pudo responder a una finalidad solutoria sino de garantía. De tal manera que el efecto consustancial a toda dación en pago de deuda que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce más que de modo indirecto y sólo para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada.

En definitiva, como señaló la citada Resolución DGRN de 20 de julio de 2012, haciéndose eco de la jurisprudencia de esta sala, no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, "por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e "intervivos" de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1.261-3.º, 1.274 a 1.277 del Código Civil)". En la "venta en garantía" "la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en funciones de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación", propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil, y en consecuencia, conforme a la jurisprudencia

ampliamente reseñada supra, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción.

La tipología del supuesto de hecho objeto de la Litis. Intangibilidad de la base fáctica.

Una vez expuesta la jurisprudencia relativa a la prohibición del pacto comisorio que el recurrente afirma vulnerada por la sentencia recurrida, procede determinar si el supuesto de hecho de la presente Litis encaja en la caracterización tipológica proscrita por tal prohibición, determinación que arroja un resultado negativo según se adelantó al anunciar la desestimación del motivo.

En el supuesto de hecho litigioso objeto del presente procedimiento se parte de una primera operación de préstamo hipotecario concedido por los demandados, Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, a favor de los demandantes con un plazo de vencimiento de seis meses y con pacto de amortización mediante un pago único. Al vencimiento de este plazo, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de lo adeudado, las mismas partes convienen en formalizar una novación de dicho préstamo mediante una doble ampliación: de su capital y de su plazo de duración. Al vencimiento de este segundo plazo, y ante el mantenimiento de la incapacidad de pago de los deudores, las mismas partes convienen en la venta del inmueble hipotecado a los prestamistas, que lo adquieren por un precio (165.920 euros) significativamente inferior al previsto en la primera escritura del préstamo hipotecario como valor de tasación a los efectos de subasta (600.000), siendo parte del precio abonado la retención del importe de la deuda hipotecaria pendiente de pago, y el resto en efectivo metálico el día del otorgamiento. Finalmente, en fecha próxima a esa primera venta los entonces compradores venden la finca a los Sres. Luis Pedro y Rafaela por el precio de 200.000, pagado mediante tres transferencias, las dos primeras en fechas anteriores a la formalización documental pública de dicha compra.

La pretensión de los demandantes de caracterizar la primera de las citadas escrituras de compraventa como una venta simulada que disimula un préstamo y en que la venta cumple una simple función de garantía del pago de aquél pasa por una doble afirmación (en ambos casos sin sustento probatorio en la instancia, como veremos): que en la compraventa no se llegó a entregar cantidad de dinero alguna a los vendedores (ausencia de precio) y que simultáneamente (en la misma notaría y de forma inmediatamente previa a la firma de la escritura de venta) se acordó verbalmente la concesión a los vendedores de un derecho

convencional de retracto o pacto de retro, pacto que entraría, según la tesis impugnativa de los recurrentes, en la proscripción del pacto comisorio.

Sin embargo, de la exposición de la prueba practicada en el juicio y de la valoración de la misma hecha en ambas instancias, no puede entenderse acreditada ninguna de dichas circunstancias.

En este sentido, el motivo incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica. Como hemos afirmado reiteradamente (por todas, Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

El recurso no argumenta sobre la base de los hechos declarados probados por la Audiencia provincial y tomando en consideración la delimitación negativa de aquellos otros que, habiendo sido alegados en la demanda, la Audiencia declara no probados, y cuya carga probatoria correspondía a la actora (art. 217.2 LEC), en los concretos términos que quedaron reflejados supra, sino que alterando dicha base fáctica construye su argumentación insistiendo en la existencia de un pacto verbal de retroventa.

Ni un extremo (existencia de pacto verbal de retro) ni el otro (ausencia de pago del precio que se dice recibido en la escritura) se han tenido por acreditados en la instancia. Y en cuanto al primero si no consta probada su existencia menos puede tenerse por comprobadas sus concretas determinaciones, como el plazo para el ejercicio de la facultad de recompra, que tampoco consta intentado.

Por lo demás, los demandantes no han recurrido contra la sentencia de la Audiencia Provincial a través del recurso extraordinario de infracción procesal, alegando error en la valoración de la amplia prueba practicada. E incluso en el caso de haberlo hecho, habría que recordar que, como hemos señalado reiteradamente (por todas, Sentencia 229/2019, de 11 de abril), para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1. 4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Finalmente, no puede omitirse que en el presente caso no es solo que no haya llegado a probarse en

grado de certeza suficiente la existencia del invocado pacto verbal de retroventa, sino que tampoco se puede vislumbrar en la secuencia negocial descrita en los hechos la figura de la deuda garantizada, que para ser tal, en cuanto objeto de garantía por medio de una compraventa simulada, ha de ser una deuda no líquida, vencida y exigible en la fecha en que se constituye la garantía (mediante el negocio indirecto de la venta simulada), pues en caso de tratarse de una deuda líquida, vencida y exigible (como sucedía en el caso de la dación en pago objeto de la Resolución de DGRN de 20 de julio 2012) la transmisión del inmueble mediante la venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una función de garantía sino una finalidad solutoria. Así se desprende también en el caso objeto de la presente Litis, en el que el importe de lo adeudado por razón de un préstamo, que a la fecha de la compraventa estaba ya vencido, constituye por vía de retención o compensación (la escritura de forma técnicamente incorrecta habla de "confusión de derechos") parte del pago del precio de la compraventa (prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida aliud pro alio con acuerdo para tener por extinguida la obligación)».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1403/2017] DE 4 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas]

Responsabilidad solidaria de los agentes que intervinieron en la edificación: un acuerdo entre constructora y promotora no puede servir para eximir de responsabilidad a los arquitectos ante terceros perjudicados. Un mismo perjuicio puede deberse, en parte, a error en la proyección y, en parte, a la supervisión o control de la ejecución y, no pudiendo deslindarse la cuota de responsabilidad de cada interviniente, procede la solidaridad.

«Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de las acciones promovidas por la comunidad de propietarios DIRECCION00, Fase I y II, contra la entidad promotora y los demás agentes intervinientes en el proceso constructivo, al entender que existían numerosas deficiencias en la construcción que se localizaban en la áreas comunitarias y privativas de la DIRECCION00, Fase I y Fase II, y que se estima en la suma de 1.685.476 euros, correspondiente a la indemnización para hacer frente a la ejecución de las obras necesarias para la reparación de todos los daños con

sus intereses o, subsidiariamente, se condene a la realización de las obras necesarias para su subsanación.

Por la sentencia de primera instancia se estimó parcialmente la demanda, con condena con diversas cantidades a la entidad promotora, los arquitectos directores, y a las compañías constructoras.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, con absolución de la compañía constructora Aldesa, S.A, decretando responsabilidad solidaria de la promotora con los demás agentes intervinientes "en aquellos defectos en lo que se les ha atribuido a los mismos y, en todo caso, de todos los defectos en virtud de la responsabilidad contractual", con adición de las cantidades que se detallan.

Frente a la citada resolución se interponen los siguientes recursos:

3.- Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los arquitectos directores D. Silvio y D. Teodosio.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de un único motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por entender que la sentencia impugnada infringiría el art. 218 LEC, por infracción de los deberes de exhaustividad y congruencia, al considerar que la sentencia recogería en su FD 1.º el extracto del recurso de apelación de la parte, la sentencia habría omitido pronunciarse sobre la alegada infracción de los arts. 10 y 17 LEC, por la indebida desestimación de la falta de legitimación activa sobrevenida durante el procedimiento, pues, al haberse reconocido en juicio que las obras se estarían llevando a cabo por un tercero, Unicaja, sin cargo a las arcas de la comunidad de propietarios, la comunidad de propietarios ya no sería sujeto titular de perjuicio alguno, ni acreedora de la indemnización pretendida; y el segundo, por infracción, de la misma forma, del art. 218 LEC, por falta de pronunciamiento de la sentencia impugnada sobre el error en la valoración de la prueba, al no reconocer la exclusiva responsabilidad de la promotora Promaga (que tendría retenido más de tres millones de euros para realizar las reparaciones de los defectos a la constructora, cosa que no habría hecho), alegado por la parte en su recurso y como recogería la misma sentencia impugnada en el extracto del recurso, pero omitido en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, donde se entrarían a examinar los motivos de recurso.

4.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación del arquitecto técnico don Román.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de dos motivos: el primero, por infracción del art. 218.1 LEC por falta de exhaustividad y congruencia de la sentencia, por falta de claridad y precisión en lo que concierne a la delimitación y extensión de la condena del recurrente, que se remitiría al fundamento de derecho sexto de la sentencia, y que no se detallaría; y el segundo, por infracción del art. 348 LEC, sobre valoración del dictamen pericial por error patente al efectuar el sumatorio de las cantidades económicas en que se concreta la indemnización a percibir por la parte actora, al incluir en ella cantidades que corresponderían al total presupuestado por el perito y de la accionante para ambas fases de la urbanización (Fases I y II), en lugar de, como sería procedente, sólo a la última de estas fases, esto es, la denominada Fase II, respecto de la que se habría apreciado la caducidad de la acción ejercitada.

Por su parte, el recurso de casación, se compone de tres motivos: el primero, por infracción del art. 17.2 LOE, por no respetar la sentencia impugnada la individualización de responsabilidades realizada por la sentencia de primera instancia, pese a no haber quedado su fundamentación revocada en la alzada, imponiendo al recurrente responsabilidades atribuidas a vicios de proyecto y/o dirección de obra; el segundo, por infracción del art. 17.3 LOE, pues al no haberse revocado ni impugnado la fundamentación de primera instancia, la causa de los daños se hallaría plena y motivadamente individualizada; y el tercero, por infracción del art. 13.2, c) LOE, al obviar la obligación del director de la ejecución de la obra de dirigir la misma de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra, pues la sentencia de primera instancia, no revocada ni impugnada respecto de la causa de los daños, determina que los defectos son imputables a un defecto o vicio de proyecto por una deficiente solución constructiva, y no a una deficiente dirección de obra, pero sin embargo se declara en la sentencia impugnada la responsabilidad solidaria del arquitecto técnico recurrente con los arquitectos proyectistas y directores de obra.

Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Román.

SEGUNDO.- Motivo primero.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la LEC, infracción del artículo 218.1 del mismo texto legal, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, por falta de claridad y precisión en lo que concierne a la delimitación y extensión de la condena impuesta a D. Roman.

Se desestima el motivo.

El recurrente alega que la demanda fue desestimada contra él y en la sentencia de segunda instancia se le condena solidariamente con el resto de los intervinientes "en aquellos defectos en los que se les ha atribuido a los mismos...".

Entiende que su condena no puede superar la fijada para los arquitectos, con los que responde solidariamente y que ello fue objeto de aclaración, que fue rechazada.

La parte recurrida no se opone a esta pretensión, pero alegando que ya constaba claro en el auto de aclaración de 23 de enero de 2017.

En dicho auto de aclaración consta:

"Al igual que, en el apartado anterior, tampoco precisa aclaración alguna, habida cuenta que, en dicho apartado 2 del fallo de la sentencia de esta Sala, se dice que, el Sr. Román responderá solidariamente con los arquitectos superiores, en aquellos defectos atribuidos a los mismos en la sentencia de instancia".

Procede desestimar el motivo de recurso en cuanto de la aclaración se obtenía con claridad la conclusión de que la responsabilidad del Sr. Román no excederá de la atribuida a los arquitectos (art. 218 LEC), tal y como pretende el recurrente, en cuanto a las partidas de cimentación, estructura, albañilería, cubiertas, estanqueidad, revestimientos y carpintería.

TERCERO.- Motivo segundo.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4.º de la LEC, infracción del artículo 348 del mismo texto legal, sobre valoración del dictamen pericial por error patente al efectuar el sumatorio de las cantidades económicas en que se concreta la indemnización a percibir por la parte actora, Comunidad de Propietarios DIRECCION000 , Fases I y II.

"Al objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 471 de la LEC, así como a los criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal aprobados por el pleno no jurisdiccional de la Excm. Sala Primera a la que nos dirigimos, de fecha 27 de enero de 2017, se hace constar, preliminarmente y como encabezamiento del motivo, que:

" (i) El presente motivo se ampara en el apartado 4.º del artículo 469.1 de la LEC, relativo a la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al considerar que la infracción denunciada ocasiona una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva".

CUARTO.- Decisión de la sala.

Se estima el motivo.

El error material denunciado no pudo intentar ser subsanado ante la Audiencia Provincial, al no ser una operación aritmética por ella efectuada, sino que el error se arrastraba desde el Juzgado, a lo cual debe añadirse que sin una previa pericial es improbable que se hubiera podido concretar la cantidad procedente, como veremos.

Existe coincidencia en ambas partes en el error padecido, si bien difieren en las cuantías.

En concreto, el error se resume en que en la sentencia del juzgado se sumaron el importe de los daños en cubiertas y estanqueidad correspondientes a las dos fases de la promoción, cuando la propia sentencia solo condenaba por los daños en la segunda fase.

El error, alegan que se deduce de la adenda al informe pericial, extremo que acepta esta sala, pero la concreción cuantitativa, a la vista de las divergencias entre las partes, habrá de determinarse en ejecución de sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D Silvio y D. Teodosio.

QUINTO.- Motivo primero.

Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la LEC, al considerar que la sentencia incurre en infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y concretamente el deber de exhaustividad y congruencia establecido en el artículo 218 de la LEC.

En este motivo los recurrentes alegan falta de legitimación activa, que no fue objeto de respuesta por la Audiencia Provincial. Se alegó que Unicaja había hecho frente a la reparación, por lo que concurriría falta de legitimación sobrevenida. Dicha cuestión fue objeto de complemento de sentencia y no tuvo respuesta.

SEXTO.- Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

En efecto, esta excepción no fue objeto de respuesta expresa, pero sí de desestimación tácita, al rechazar la pretensión de los arquitectos, en el fundamento de derecho tercero, incluido que en el fallo se mantienen el resto de los pronunciamientos de primera instancia, razones ellas por las que debe rechazarse la falta de congruencia (art. 218 LEC).

Sobre el particular se pronunció la sentencia de primera instancia cuando declaró:

"En cuanto a la petición planteada por algunas de las demandadas de carencia sobrevenida de objeto al haber reconocido la actora en su interrogatorio que parte de los vicios ya han sido reparados por la entidad Unicaja, aunque ya se resolvió una cuestión similar en el acto de la vista, reiterar aquí que se ha de desestimar tal petición. Y ello por cuanto que el objeto

del procedimiento es el que queda fijado en el momento de la interposición de la demanda, concretamente en este caso la existencia de unos vicios ruínógenos y su indemnización. Que posteriormente se hayan reparado, en nada modifica la pretensión de resarcimiento de la actora, a lo sumo surgiría respecto de quien solventó los vicios una acción de repetición contra quien cobre la indemnización por tales daños. La actora en el momento de interponer la demanda era la legitimada para solicitar la indemnización de los daños, manteniéndose tal legitimación durante el proceso independientemente de que se produzca la reparación de los daños habida cuenta que lo que se pide no es la reparación sino una indemnización".

SÉPTIMO.- Motivo segundo.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º de la LEC, al considerar que la sentencia incurre en infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y concretamente el deber de exhaustividad y congruencia establecido en el artículo 218 de la LEC.

Alegan los recurrentes que entre promotora y constructora se firmó un documento por el que la promotora se hacía cargo de los defectos o vicios constructivos y que en base a ello entienden que la única responsable es la promotora, no debiendo de haberse demandado a los arquitectos, cuestión que alegó y que no fue objeto de respuesta por la Audiencia Provincial.

OCTAVO.- Decisión de la sala.

Debe rechazarse la incongruencia (art. 218 LEC) en cuanto la Audiencia Provincial concretó la fundamentación legal en la que apoyaba la condena a los arquitectos que firmaron el certificado final de obra.

Es evidente que un acuerdo entre promotora y constructora no puede eximir de responsabilidad al resto de los agentes de la edificación, ante terceros perjudicados (art. 1257 del C. Civil).

Recurso de casación de D. Román.

NOVENO.- Motivos primero, segundo y tercero.

1.- Motivo primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la LEC, infracción del artículo 17.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por no respetar la sentencia impugnada la individualización de responsabilidades realizada por la resolución que puso fin a la primera instancia del proceso, pese a no haber quedado su fundamentación revocada en la alzada, imponiendo a mi representado responsabilidades atribuidas a vicios del proyecto y/o de la dirección de obra.

2.- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la LEC, infracción, por aplicación indebida, del artículo 17.3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por no concurrir el supuesto de hecho que habilita la aplicación de la norma infringida.

3.- Motivo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 de la LEC, infracción, por inaplicación, del artículo 13.2.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al obviar la obligación del director de la ejecución de la obra de dirigir la misma de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de obra.

Alega el recurrente que procede la desestimación de la demanda contra él como arquitecto técnico pues los perjuicios padecidos obedecen a errores de diseño y no control de ejecución.

DÉCIMO.- Decisión de la sala.

Se desestiman los tres motivos.

La Audiencia Provincial al fundamentar la responsabilidad del arquitecto técnico analiza las funciones del mismo según el art 13 de la LOE, para concluir que hay un defecto de supervisión que, por tanto, se acumula a los defectos de proyección de la obra.

Esta sala debe declarar que un mismo perjuicio puede deberse, como en este caso, en parte a error en la proyección y en parte a la supervisión o control de la ejecución (art. 13.2 LOE), y no pudiendo deslindarse la cuota de responsabilidad de cada interviniente, procede la solidaridad (art. 17.3 LOE), siendo de resaltar que el arquitecto técnico también suscribió el certificado final de obra (sentencia 13/2020, de 18 de diciembre).

En este sentido la sentencia 619/2007, de 31 de mayo, establece que "en ejercicio de sus funciones de supervisor de la ejecución material de la obra, sujeto en la misma medida a las previsiones del proyecto que a las denominadas normas y reglas de la buena construcción".

Según la STS de 19 de mayo de 2006, la vigilancia para que la construcción se adecue al proyecto técnico y a las "buenas normas" de la construcción, así como en lo relativo a la utilización de materiales, realización de mezclas de productos, etc., corresponde al aparejador, en su concreción constante en la obra, pero no pueden omitirse las funciones de alta dirección de los arquitectos, dado que la inspección superior forma parte de la dirección de la obra, atribuida a los técnicos superiores, que deben cuidar de que no se produzcan defectos de magnitud, que afecten a la globalidad de la obra o a sus elementos estructurales.

En el mismo sentido, la sentencia 55/2010, de 23 de febrero, cuando declara "según reiterada jurisprudencia de esta Sala los arquitectos técnicos no deben limitarse a una ejecución incondicional del proyecto de construcción, sino que las facultades de dirección de la ejecución de la obra que les otorga el ordenamiento jurídico comportan la necesidad de advertir a la arquitecta de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución"».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1761/2017] DE 4 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Contrato de arrendamiento de local de negocio: interpretación y aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la LAU 1994 en relación con la extinción de contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985. La aplicación de la Disposición Transitoria impone que el arrendatario -que lo sea en el momento de entrada en vigor de la Ley, sea el inicial o el subrogado- continúa siéndolo a su voluntad en los términos establecidos por la ley bajo cuya vigencia se contrató hasta su jubilación o fallecimiento.

«Don Ricardo y don Rodrigo formularon demanda de juicio verbal de desahucio por expiración del contrato de arrendamiento de local de negocio sito en calle Ortiz de Molinillo n.º 4 de Marbella, firmado el 1 de septiembre de 1978 entre doña Irene, madre de los demandantes, y doña Lorenza, madre de la demandada doña Celia, en el cual se subrogó ésta, tras la muerte de la inicial arrendataria, en el año 1986.

La demandada se opuso considerando que, independientemente de que ello se hubiera producido por subrogación, ella era la arrendataria a todos los efectos cuando entró en vigor la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, por lo que el contrato no se extingue, según Disp. Trans. 3.ª de dicha Ley, hasta que se produzca su jubilación o fallecimiento.

Seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Marbella estimó la demanda en cuanto a la declaración de extinción del contrato de arrendamiento existente entre las partes, condenando a la demandada a su desalojo. La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª) dictó sentencia confirmando la de primera instancia.

Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación la demandada.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso se formula por infracción de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en relación con el artículo 2.3 del Código Civil, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada en sentencia 508/2012, de 19 de julio de 2012, y a la doctrina jurisprudencial de las audiencias provinciales en sentencias como la 191/2015 de 5 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Coruña, en cuanto al principio de la no retroactividad de las leyes si no dispusieran lo contrario.

Planteado el problema jurídico sobre la interpretación y aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la LAU 1994, en relación con la extinción de contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985, no puede negarse el interés casacional del tema suscitado, lo que lleva a rechazar las alegaciones formuladas en este sentido por la parte recurrida; ello no sólo por la notoria discrepancia que se ha producido en las audiencias provinciales en relación con la aplicación de dicho régimen transitorio, sino porque, además, esta sala, con posterioridad a la interposición del recurso de que ahora se trata, ha resuelto la cuestión y lo ha hecho mediante una interpretación de la norma que difiere de la que se ha dado por la Audiencia en su sentencia ahora recurrida. Es cierto que la parte recurrente ha citado en la formulación del motivo una sola sentencia de esta sala (la núm. 508/2012, de 19 de julio) que, aunque guarda relación con la cuestión ahora planteada, no resuelve - como las que se citarán a continuación- un supuesto de hecho igual al presente.

Lo que procesalmente queda vedado a esta sala -por ser contrario a la naturaleza del recurso extraordinario- es resolver sobre un planteamiento distinto al efectuado por la parte recurrente, acudiendo a un eventual interés casacional que no se menciona por dicha parte, pues ello podría generar indefensión para la recurrida; situación que no concurre en este caso, en el cual, como ocurre con cierta frecuencia, el interés casacional queda cumplido cuando consta la existencia de jurisprudencia - posterior a la fecha de formulación del recurso- que resuelve la cuestión en la forma que solicita la parte recurrente.

TERCERO.- Sentando lo anterior, el motivo ha de ser estimado por aplicación de la jurisprudencia de esta sala sobre el alcance de la Disposición Transitoria Tercera de la LAU 1994.

En este caso la Audiencia ha efectuado una interpretación de la Disposición Transitoria Tercera de

la LAU 1994 que no se corresponde con la que esta sala viene manteniendo en sus sentencias más recientes. La doctrina que cabe extraer de ellas es que, tratándose de arrendatario persona física y de arrendamiento concertado con anterioridad a 9 de mayo de 1985, por tanto en un momento en que la contratación se producía con sujeción a una prórroga irrenunciable en los términos del TR 1964, la aplicación de la Disposición Transitoria 3.ª LAU 1994 impone que el arrendatario -que lo sea en el momento de entrada en vigor de la nueva Ley, sea el inicial o el subrogado- continúa siéndolo a su voluntad en los términos establecidos por la ley bajo cuya vigencia se contrató hasta su jubilación o fallecimiento.

Por ello el motivo ha de ser estimado siguiendo la doctrina reiterada de esta sala contenida en la sentencia núm. 46/2018, de 30 enero (seguida por otras como las 439/2018, de 12 julio, 440/2018, de 26 de junio, y 34/2019, de 17 de enero), la cual establece lo siguiente sobre el problema ahora suscitado acerca de la interpretación de la norma transitoria de la LAU 1994:

"los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 -como es el caso- subsistirán a voluntad del arrendatario, con sujeción a prórroga, al menos hasta que se produzca la jubilación o el fallecimiento de éste (Disp. Trans. Tercera. B.3. párrafo primero). Habiéndose producido la subrogación del hoy demandado como arrendatario en el contrato que su padre había concertado en el año 1979 -subrogación que tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la LAU 1994, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 60 de la LAU 1964- el arrendatario a todos los efectos era el hoy demandado en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley y, en consecuencia, la norma transitoria se aplica a éste y no al inicial arrendatario, siendo así que dicha norma contempla exclusivamente las subrogaciones posteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley prescindiendo de las que se hayan podido producir con anterioridad a dicho momento según la legislación entonces vigente. De esta forma el arrendamiento podrá extenderse a toda la vida del arrendatario y, en su caso, a la del cónyuge que se subroga, o a un máximo de veinte años desde la entrada en vigor de la LAU 1994 si la subrogación se produce a favor de un descendiente".

La estimación del motivo comporta que haya lugar a casar la sentencia recurrida, sin necesidad de examinar el resto de los motivos que integran el recurso».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 469/2017] DE 12 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de transporte terrestre de mercancías: los límites de la responsabilidad del porteador. La limitación de responsabilidad del porteador constituye una fórmula de reparto de los riesgos de la operación entre las partes que produce efectos beneficiosos en la economía del contrato, tanto desde la perspectiva del transporte en sí, como de su aseguramiento. En la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías se recogen excepciones al límite indemnizatorio normativamente previsto mediante la posibilidad de pactar en el contrato cantidades máximas distintas a las que resultan de aplicar las fórmulas legales de cálculo. Por un lado, la norma permite unos pactos que deben incorporarse necesariamente a la carta de porte y que recogen las denominadas declaraciones de valor y de interés; por otro, un pacto que no tiene que figurar en la carta de porte, por el que las partes pueden acordar superar los límites indemnizatorios previstos contra un aumento en el precio del transporte (art. 61). En este último caso, lo que la excepción permite es un aumento del límite indemnizatorio, pero no su supresión. Es decir, lo que no cabe es pactar una responsabilidad ilimitada del transportista, sino que deberá ser un aumento cuantificado, que dará derecho al sobreprecio. Ahora bien, aunque la norma no lo dice claramente, en este último supuesto, el aumento de la responsabilidad - mediante la superación convencional de los límites legalmente previstos- debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio, a fin de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad.

«El 1 de enero de 2013, Gamesa Eólica S.L.U. (GEOL) concertó un contrato con la empresa transportista Megabiaga S.L. para el transporte terrestre de unos aerogeneradores.

En la cláusula quinta del contrato, denominada «Garantías» pactaron lo siguiente (en el contrato, Megabiaga es denominada «el proveedor»):

«El proveedor garantiza a GEOL que los servicios se prestarán conforme a la normativa vigente de aplicación, así como conforme a las especificaciones o instrucciones que GEOL le haya transmitido.

»El proveedor indemnizará a GEOL de toda pérdida, responsabilidad económica o multa derivada directamente de un incumplimiento de la normativa

legal vigente por parte del personal del proveedor o por el personal de sus subcontratas que ejecuten los servicios.

»Asimismo, el proveedor será responsable de todas las pérdidas o daños que se produzcan en los bienes entregados por GEOL para su transporte por Megabiaga.

»Con el fin de tener cubiertas todas las responsabilidades que se deriven frente a GEOL y frente a cualquier tercero de la ejecución de los servicios objeto del presente contrato, el proveedor tiene concertada, en vigor y mantendrá durante toda la vigencia del contrato, una póliza de responsabilidad civil que cubra los riesgos detallados en la presente cláusula, por un importe mínimo de 2.000.000 €».

2.- El 1 de agosto de 2014, durante la realización del transporte de una estructura metálica de 70 Tm, denominada «nacelle», que alberga la parte principal de un aerogenerador sobre la que se montan los diferentes elementos, el camión con cabeza tractora y con doble remolque que lo llevaba a cabo se salió de la calzada y volcó.

El camión circulaba a velocidad excesiva, su conductor invadió el carril contrario y al intentar volver al sentido correcto se desprendieron ambos remolques, que quedaron volcados sobre su lateral izquierdo, junto con la carga, que quedó destruida.

3.- Gamesa tenía contratada una póliza de seguro de daños en la mercancía con la compañía Royal & Sun Alliance Insurance PLC (en adelante, RSA).

En cumplimiento de dicho contrato, RSA indemnizó a Gamesa en 698.847 €, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos por la destrucción de la «nacelle».

4.- RSA interpuso una demanda de juicio ordinario contra Megabiaga y Reale Seguros Generales, en la que ejercitó la acción de subrogación del art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) y reclamó el pago de 698.847€.

4.1.- En su contestación a la demanda, Megabiaga solicitó que, de no estimarse la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, se declarase que la cantidad que se habría de pagar por la pérdida de la mercancía sería la de 425.999,52 €.

4.2.- Durante el transcurso del pleito, RSA y Reale llegaron a una transacción, homologada judicialmente, por la que Reale indemnizó a RSA en 300.000 €. Por lo que el juicio siguió exclusivamente contra Megabiaga, por la diferencia.

5.- La sentencia dictada por el juzgado estimó en parte la demanda, y ante la falta de prueba efectiva sobre el importe económico del daño, lo cifró en los 300.000 € ya recibidos por la demandante.

6.- RSA interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado por la Audiencia Provincial, que condenó a Megabiaga a indemnizar a RSA en 398.847 €, con sus intereses legales. En lo que ahora importa, consideró que no operaba ningún límite de responsabilidad, en virtud de lo pactado expresamente por las partes en el contrato de transporte, como permiten los arts. 46.2 y 61.3 de la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (en adelante, LCTTM).

7.- Megabiaga ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que ha sido admitido; y recurso extraordinario por infracción procesal, que no fue admitido.

SEGUNDO. - Recurso de casación. Planteamiento.

1.- El recurso de casación se desarrolla en un único motivo, formulado al amparo del art. 477.3 LEC, por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En el motivo se denuncia la infracción del art. 61.3 LCTTM.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la regla general es la aplicación del límite legal de responsabilidad previsto en el art. 57 LCTTM y la excepción su inaplicación. La sentencia recurrida interpreta incorrectamente el art. 61.3 LCTTM, puesto que admite que se pacte no respetar los límites de responsabilidad, pero sin hacer una declaración especial de valor, ni pagar un suplemento del precio del transporte.

En la cláusula que, según la Audiencia Provincial, se acordó el exceso del límite de indemnización, no consta tal pacto, sino que se impone al transportista el pago del total de las pérdidas o averías.

3.- En su oposición al recurso de casación, la parte recurrida solicita su inadmisión, por falta de interés casacional. Sin embargo, dicha pretensión no puede ser atendida, desde el mismo momento que no existe jurisprudencia de esta sala sobre la cuestión jurídica controvertida, ni hemos interpretado todavía el art. 61.3 LCTTM.

TERCERO. - Los límites de responsabilidad en el transporte.

1.- Desde las primeras legislaciones internacionales en materia de transportes, se viene considerando que el endurecimiento de las responsabilidades de los transportistas no supone necesariamente una mayor protección de los usuarios de los servicios, ya que la eficacia de tales regímenes de responsabilidad deviene inútil en caso de insolvencia del porteador.

Por ello, el sistema que se ha acabado imponiendo en la mayoría de los ámbitos del Derecho del transporte, para lograr un equilibrio entre los intereses concurrentes en la operación de transporte, es el de

limitar la cantidad por la que debe responder el transportista en caso de daño a las mercancías.

En la actualidad, tanto en los tratados internacionales, como en la mayoría de las normativas nacionales, entre ellas la española, se ha instaurado un sistema de limitación que pretende fijar una cantidad razonable de indemnización, según un criterio que suele ser el del peso de la carga.

2.- Además, con la limitación de responsabilidad del porteador se pretende, ante todo, hacerla asegurable a un precio asumible, sin multiplicar el riesgo empresarial de las compañías de transporte. De hecho, en la mayoría de los casos la introducción, bien por vía legal o convencional, de la limitación de responsabilidad del porteador se produce en un primer momento a cambio de un abaratamiento de la tarifa del precio del transporte.

3.- Asimismo, la fijación de un límite preciso y apriorístico de indemnización facilita enormemente la valoración del riesgo que corre el porteador y, derivativamente, el cálculo de la prima del seguro.

De este modo, la limitación de responsabilidad del porteador constituye una fórmula de reparto de los riesgos de la operación entre las partes que produce efectos beneficiosos en la economía del contrato, tanto desde la perspectiva del transporte en sí, como de su aseguramiento.

4.- En sentido estricto, los límites cuantitativos son limitaciones de la deuda indemnizatoria y no una limitación de la responsabilidad del porteador. Para que se apliquen tales límites, previamente el porteador debe ser declarado responsable, ya sea por pérdida, daño, retraso, falta de entrega, entrega errónea o entrega de la mercancía de manera diferente a lo pactado. Una vez declarada la responsabilidad, debe valorarse el daño causado. Y, por último, se establecerá la condena a indemnizar hasta el límite máximo que resulte tras la aplicación de las reglas de limitación de responsabilidad establecidas por la legislación internacional o nacional aplicable; o, su menor valor, si no alcanza tales límites.

CUARTO.- El límite de responsabilidad en la LCTTM. Excepciones. El art. 61 LCTTM y sus antecedentes en la normativa internacional y nacional de transportes.

1.- Según declaramos en la sentencia 382/2015, de 9 de julio, una de las cuestiones nucleares de la LCTTM es el régimen de la responsabilidad del porteador por los daños que puedan sufrir las mercancías o por el retraso en su entrega, a que se refieren los arts. 46 a 63, que recogen, en lo esencial, el régimen de responsabilidad del porteador previsto en el Convenio CMR para el transporte internacional de mercancías por carretera.

Los límites constituyen una excepción al principio general de nuestro Derecho Civil, según el cual el deudor debe indemnizar todo el daño causado (art. 1106 CC), que se entiende justificada por las consideraciones que hemos expresado en el fundamento anterior.

2.- Respecto de la regla general de imperatividad en la regulación de la responsabilidad del porteador que establece el art. 46 LCTTM, se hace una excepción, en favor de la autonomía contractual de las partes, mediante la posibilidad de pactar en el contrato cantidades máximas distintas a las que resultan de aplicar las fórmulas legales de cálculo, según previene el art. 61 LCTTM, que dice:

«Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega.

»1. El cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el valor de las mercancías, que sustituirá al límite de indemnización previsto siempre que sea superior a él.

»2. Igualmente el cargador puede declarar en la carta de porte, contra el pago de un suplemento del precio del transporte a convenir con el porteador, el montante de un interés especial en la entrega de las mercancías, para los casos de pérdida, avería o retraso en la entrega. La declaración permitirá reclamar, con independencia de la indemnización ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios que pruebe el titular de las mercancías hasta el importe del interés especial declarado.

»3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, las partes del contrato de transporte podrán acordar el aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1. El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir entre las partes».

3.- En sus dos primeros apartados, se permite que los contratantes puedan pactar, contra el pago de un suplemento del precio consignado en la carta de porte, el aumento del límite de indemnización, lo que permite obtener un resarcimiento adicional, así como declarar en el indicado documento el montante de un interés especial en la entrega de la mercancía para casos de pérdida, avería o retraso (art. 61 LCTTM). En concreto, el precepto transcrito permite unos pactos cartulares (en el sentido de que deben incorporarse necesariamente a la carta de porte), que recogen las denominadas declaraciones de valor (apartado 1º) y de interés (apartado 2º).

Mientras que el tercer apartado recoge una facultad de pacto extracartular (en cuanto que no tiene que figurar en la carta de porte), por el que las partes

pueden acordar superar los límites indemnizatorios previstos en el art. 57.1 LCTTM contra un aumento en el precio del transporte.

4.- La facultad de eludir convencionalmente la limitación de responsabilidad estaba ya prevista en normas internacionales, como el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) o la Convención Internacional de Transporte por Ferrocarril (COTIF-CIM), y en normas nacionales, como la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su Reglamento, pero no con la amplitud que ahora permite la LCTTM con la previsión del art. 61.3.

5.- A continuación, trataremos separadamente los distintos supuestos previstos en el tan mencionado art. 61 LCTTM.

QUINTO.- Las declaraciones de valor y de interés.

1.- Las llamadas declaraciones de valor y de interés, como excepciones al límite indemnizatorio normativamente previsto, ya estaban autorizadas por el art. 23.6 del CMR, que establece:

«Indemnizaciones de sumas superiores no podrán ser reclamadas a menos que exista declaración de valor de la mercancía o declaración de interés especial en la entrega, de conformidad con los arts. 24 y 26».

2.- La declaración de valor, regulada previamente en el art. 24 CMR y que ahora asume el art. 61.1 LCTTM, implica atribuir en el contrato un determinado valor a las mercancías para configurarlo como límite indemnizatorio máximo. La única condición que establece el art. 61.1 LCTTM para esta opción es que el valor introducido contractualmente sea superior al tope resarcitorio máximo previsto legalmente.

La declaración de valor solamente actúa como tope resarcitorio, pero no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones. Es decir, no afecta a las reglas contenidas en los arts. 52 y 53 LCTTM.

En la práctica, la declaración de valor suele coincidir con el valor real de las mercancías y se utiliza para aquellos cargamentos en los que la aplicación del kilogramo para calcular los límites indemnizatorios tiene como resultado cantidades muy reducidas (verbigracia, bienes de gran valor, gran volumen o gran peligrosidad, pero de escaso peso, en los que el cargador puede estar más interesado en que el tope cuantitativo máximo venga determinado, no por los kilogramos transportados, sino por el valor que la carta de porte atribuye a las mercancías).

Tanto el CMR (art. 24) como la LCTTM (art. 61.1, en relación con el art. 10.1.m) exigen que, para que esta declaración de valor tenga eficacia sustitutiva del límite de responsabilidad, se haya incorporado a la carta de porte, convirtiéndose así en un elemento

accidental del contrato (sentencia de esta sala 486/1989, de 20 de junio, respecto del art. 24 CMR), y que el cargador abone, como contraprestación de la eventualidad que contrata, un plus del precio que abona por el transporte. Dado que el porteador se convierte en una suerte de garante de la mercancía porteada, ve compensado el mayor riesgo que asume con un aumento del precio.

3.- En cuanto a la declaración de interés, el art. 61.2 LCTTM permite modificar convencionalmente el proceso de cuantificación de la suma indemnizatoria a satisfacer por el porteador. Esta posibilidad, ya contemplada en el art. 26 CMR, supone añadir a la indemnización ordinaria, resultado de cuantificar económicamente los daños directos causados a la mercancía, el resarcimiento de otros perjuicios que las partes han convenido y cuantificado en el contrato, para el supuesto de pérdida, avería o de retraso. Y ello, porque el perjuicio que la pérdida, avería o retraso en la entrega de la cosa transportada le suponga al remitente (pérdida de mercado, depreciación, resolución contractual, etc.), en ocasiones, puede ser mayor que el propio valor que aquélla tenga.

La declaración de interés («interés especial en la entrega», en la terminología del CMR) tiene una finalidad distinta de la declaración de valor, ya que permite el aumento o la disminución del alcance de los perjuicios que van a ser resarcidos, aunque exige idénticos requisitos (plasmación en la carta de porte y pago del sobreprecio) que la declaración de valor.

La indemnización de este riesgo especialmente pactado resulta compatible con la derivada del daño sufrido por la cosa porteada, aunque su operatividad dependerá de que la parte interesada pruebe la concurrencia del perjuicio declarado, en cuyo caso se indemnizará sólo hasta el importe previsto en la carta de porte. En la práctica, la cláusula de declaración de interés sirve en caso de pérdida o avería para permitir la indemnización de daños indirectos o consecuenciales.

SEXTO.- El pacto del art. 61.3 LCTTM.

1.- El art. 61.3 LCTTM, sin antecedente en el CMR, recoge la posibilidad de que las partes pacten directamente el aumento del límite de responsabilidad previsto en el art. 57.1 de la propia Ley.

La génesis legislativa del precepto no arroja ninguna luz que facilite su interpretación. En el anteproyecto de ley, que fue preparado por una sección especial de la Comisión General de Codificación, ya aparecía la norma, numerada como art. 58.3 y, con el mismo texto, pasó a ser el art. 61.3 del proyecto de ley finalmente aprobado. El Preámbulo de la Ley no

contiene ninguna referencia específica a esta norma, sino que, más bien al contrario, da por hecho que el régimen de responsabilidad es similar al del CMR:

«Una vez más, la influencia de los textos internacionales, fundamentalmente del CMR, se deja sentir muy profundamente en los preceptos dedicados a la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso. Y es que, ciertamente, no se aprecian razones de peso para regular en términos muy distintos la responsabilidad del porteador en el ámbito internacional y en el nacional».

2.- De manera diferente a lo previsto para las declaraciones de valor y de interés, la Ley no exige que este pacto conste en la carta de porte. No solo porque el apartado 3º del art. 61 no la menciona, como sí hacen los apartados 1º y 2º, sino porque el art. 10.1 m) LCTTM únicamente se refiere a la inclusión en dicho documento de las declaraciones de valor de las mercancías o de interés especial en la entrega, pero no al pacto de aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1.

Por lo que, en atención al carácter consensual del contrato de transporte y a la posibilidad de prueba de su contenido por otros medios, es perfectamente posible que se pruebe su existencia y efectos sin atender a la carta de porte.

3.- Según acuerden las partes, el pacto puede surtir efecto para pérdidas, averías y retrasos. Pero, en cualquiera de los supuestos, la existencia del pacto no exime de tener que probar el concreto daño causado. Su consecuencia es que no operará el límite previsto en el art. 57.1 LCTTM, que quedará sustituido por el montante indemnizatorio que hayan acordado las partes.

En todo caso, lo que el art. 61.3 LCTTM permite es un aumento del límite indemnizatorio, pero no su supresión. Es decir, lo que no cabe es pactar una responsabilidad ilimitada del transportista, sino que deberá ser un aumento cuantificado, que dará derecho al sobreprecio.

4.- Resulta dudoso del tenor literal del precepto, que dice en su último inciso que «El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir entre las partes», si lo que se concede al porteador es un derecho para exigir el suplemento, pero no erige el mismo en un requisito de validez del propio pacto; o, por el contrario, dado el modo imperativo del verbo («dará»), el aumento del límite de responsabilidad deberá ir acompañado, en todo caso, de un aumento del precio, que compense la asunción de un mayor riesgo.

5.- Si atendemos a la finalidad de una mejor distribución de riesgos que beneficie la economía del

contrato, a que hemos hecho antes referencia, no parece lógico incrementar el riesgo de una parte sin contraprestación alguna. Sobre todo, en casos de desequilibrio contractual entre grandes cargadores, que pueden imponer sus condiciones, y pequeños o medianos transportistas.

En consecuencia, si interpretamos el art. 61.3 LCTTM a la luz de los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom, y en sintonía con los otros dos párrafos del mismo precepto y con las previsiones del CMR (cuyo valor inspirador en esta materia reconoce expresamente el preámbulo de la LCTTM, como ya hemos visto), parece más adecuado considerar que el aumento de la responsabilidad -mediante la superación convencional de los límites legalmente previstos- debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio, a fin de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad.

SÉPTIMO.- El supuesto litigioso a la luz de las anteriores consideraciones. Estimación del recurso de casación.

1.- En el caso enjuiciado, las partes introdujeron un pacto (transcrito en el fundamento jurídico primero) que, por su literalidad, no tiene encaje en las previsiones del art. 61.3 LCTTM, porque no implica un aumento del límite indemnizatorio legal, sino que elimina cualquier limitación, al hacer responsable al porteador -Mesabiaga- de todas las pérdidas o daños sufridos por las mercancías transportadas.

Para que la cláusula que refleje el pacto previsto en el art. 61.3 LCTTM sea válida, debe contener: (i) una mención concreta al aumento de la responsabilidad; y (ii) correlativamente, una previsión expresa y concreta sobre el aumento del precio del transporte. A lo que no es óbice que también se pacte que el porteador deba contratar un seguro de transporte, para quedar cubierto ante esta contingencia, pues queda a su cargo. E, indudablemente, el aumento del riesgo conllevará una elevación en el importe de la prima, lo que, por lo menos desde el punto de vista de los costes iniciales, agrava todavía más su posición contractual.

2.- No obstante, no son atendibles las consideraciones que se hacen en el recurso sobre la necesidad de constancia del pacto en la carta de porte. Aparte de lo ya razonado sobre esta cuestión, cuando el tan referido art. 61.3 LCTTM dice «sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores», no quiere expresar que el pacto tenga que constar en la carta de porte, sino que lo que indica es que el pacto sobre aumento del límite de indemnización y las declaraciones de valor y de interés especial en la

entrega no son excluyentes entre sí. Aunque, en la práctica, parece más razonable que se acumulen el pacto y la declaración de interés, y no que se haga lo propio entre el pacto y la declaración de valor, ya que ambos cumplen finalidades similares.

3.- Por el contrario, como conforme a lo antes expuesto la cláusula litigiosa no reúne los requisitos de validez del art. 61.3 LCTTM, la sentencia recurrida infringe dicho precepto.

Por lo que el recurso de casación debe ser estimado, lo que conlleva asumir la instancia para resolver el recurso de apelación.

OCTAVO.- Asunción de la instancia. Estimación parcial del recurso de apelación.

1.- El recurso de apelación interpuesto por RSA versó sobre la misma cuestión jurídica que ahora se ha resuelto en casación y sobre la cuantificación de la indemnización en caso de que se considerase que no correspondía la asunción por el transportista de la totalidad de los daños y perjuicios.

2.- Una vez que se ha resuelto, al estimar el recurso de casación, que Megabiaga no debe responder de todos los daños ocasionados a la carga, al no ser válido el pacto incluido en tal sentido en el contrato de transporte, operarían los límites previstos en el art. 57 LCTTM. Y la cantidad resultante de tal aplicación sería 425.999,52 €, como expresamente reconoció Megabiaga en su contestación a la demanda y reiteró en el recurso de casación, al decir que, si se estimaba, debía rebajarse el importe de la condena a la cifra de 125.499,52 € (una vez descontados los 300.000 € pagados por Reale).

3.- Desde ese punto de vista, la sentencia de primera instancia es incongruente, puesto que si la parte demandada, en el suplico de su contestación a la demanda, se había conformado con el pago de 425.999,52€, no podía conceder una cantidad inferior (salvo la deducción de la suma asumida por la aseguradora), so pena de infringir los arts. 216, 218.1 y 405 LEC.

4.- Por lo que el recurso de apelación de RSA debe ser estimado en parte, a fin de condenar a Mesabiaga a indemnizar a la demandante en la suma de 125.499,52 €, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1400/2015] DE 19 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Contrato de préstamo personal o sin garantía concertado con un consumidor: doctrina

jurisprudencial en torno a la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula suelo y la cláusula de interés de demora. Para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. A diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato. Además, en relación con la cláusula suelo, hay que tener en cuenta que, en los contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Asimismo, se considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en el préstamo personal. La consecuencia de la declaración de abusividad del interés de demora previsto es que la liquidación de intereses debe hacerse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo.

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

El 13 de agosto de 2010, Caja Rural de Córdoba, Sociedad Cooperativa de Crédito (en adelante, Caja Rural) concedió a Benito un préstamo por un importe de 25.000 euros. De acuerdo con la póliza en la que se documentó el contrato, el plazo de duración del contrato era de 84 meses a contar desde la fecha de formalización; el interés durante los primeros 24 meses era del 7,5%, y a partir del segundo año y hasta la finalización del préstamo sería el Euribor más dos puntos, con un mínimo del 5,75% y un máximo del 15%; y el interés de demora era un 17,50%.

La amortización del préstamo debía hacerse mediante el pago de 84 cuotas mensuales constantes, comprensivas de capital e intereses, y entre otras una comisión por reclamación de recibos impagados de 12,77 euros, con TAE de la operación al 7,346%.

La condición general 12.^ª preveía que la prestamista podría declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento pactado, cuando el prestatario incumpliera sus obligaciones de pago y de amortización del principal y de pago de los intereses, comisiones y gastos en los plazos convenidos.

Conforme a la condición general 13.^ª, las partes convinieron expresamente que se consideraría como saldo líquido debido por la parte prestataria, para ser

reclamado judicialmente en su caso, el que resulte al cerrar la cuenta de préstamo en la contabilidad.

Ante el incumplimiento por el prestatario del pago de tres cuotas de amortización (enero, febrero y marzo de 2013), Caja Rural dio por vencido anticipadamente el préstamo el 25 de marzo de 2013. A 24 de abril de 2013, el saldo deudor era de 17.060,79 euros (16.452,27 euros de capital, 287,97 euros de intereses; 275,67 euros de intereses de demora y 44,88 euros de comisión).

Caja Rural reclamó este crédito mediante un juicio monitorio. Tras el preceptivo requerimiento al deudor, este formuló oposición, lo que motivó que Caja Rural presentara la demanda de juicio ordinario con que se inició el presente procedimiento. En esta demanda se reclamaba el reseñado crédito de 17.060,79 euros.

El juzgado de primera instancia analizó la demanda y la contestación a la demanda, y entendió que como no se había ejercitado una demanda reconventional respecto de los pagos o cobros realizados por la Caja Rural que el demandado consideraba indebidos, no era posible entrar a juzgar sobre esa cuestión. Centró el debate en la procedencia del vencimiento anticipado, y la abusividad del límite a la variabilidad del interés remuneratorio, los intereses de demora y la comisión por reclamación de recibos impagados.

Primero entendió correctamente aplicado el vencimiento anticipado, pues se hizo uso de esta previsión contractual tras el impago de tres cuotas de amortización.

Luego declaró válida la cláusula de límite a la variabilidad del interés, al entender que se cumplieron las exigencias de transparencia que impone la normativa de consumidores.

Entró a analizar, a continuación, la cláusula de interés de demora (17,50%), y a la vista de las circunstancias del caso y del mercado en el momento en que se suscribió el contrato, concluyó que no era abusivo. En concreto, valoró que se trataba de un contrato de préstamo personal, sin garantía personal o real, así como la relación entre el interés remuneratorio y el de demora.

Finalmente, sí consideró abusiva la comisión por reclamación de recibos impagados, que en este caso sumaban un total de 44,88 euros.

De tal forma que el juzgado estimó la demanda y condenó al demandado a pagar a Caja Rural el importe reclamado menos esta última cantidad, esto es en total 17.015,91 euros.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el demandado, el Sr. Benito. La Audiencia desatiende la petición de que se declare la nulidad de lo actuado en primera instancia desde que

fuera inadmitida la prueba solicitada por la demandada. Luego sale al paso de las objeciones fundadas en una indebida valoración de la prueba aportada en la demanda de juicio monitorio. A continuación, rechaza las objeciones sobre el vencimiento anticipado en atención a que en este caso se dio por vencido el préstamo tras el impago de tres cuotas. Respecto del denunciado carácter abusivo de la cláusula de limitación de la variabilidad del interés, la Audiencia entiende que "la comunicación por la prestamista al prestatario del tipo de interés variable con un mínimo del 5,75% ha sido, sin duda alguna, clara, comprensible y destacada". Y, finalmente, rechaza que el interés de demora fuera abusivo, en atención a las circunstancias del caso y al mercado en el momento de suscribirse el contrato.

Frente a la sentencia de apelación, el demandado formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Formulación del motivo. El motivo se formula al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 218.2 LEC, que habría ocasionado una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE del demandado, ahora recurrente. En concreto se denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia porque su fundamentación no da respuesta a todos los motivos del recurso de apelación, en concreto a los motivos segundo y cuarto.

En el motivo segundo se impugnaba la sentencia de primera instancia porque partía de unos hechos supuestamente alegados en la demanda (la suscripción del préstamo, el incumplimiento de la obligación de pago de la demandada, el vencimiento anticipado, y la liquidación de la deuda), que no lo fueron. En su caso podían extraerse de la primera demanda de juicio monitorio, distinta de la que da inicio al juicio ordinario. Luego denunciaba que las actuaciones del juicio ordinario estuvieran unidas a las del juicio monitorio. En conclusión, el motivo sostenía que los hechos constitutivos de la demanda de juicio ordinario, por sí solos y sin tener en cuenta el previo juicio monitorio, eran insuficientes para fundar la pretensión que se ejercitaba, por lo que debía estimarse la apelación y desestimarse la demanda.

En el motivo cuarto se impugna la decisión del juzgado de no tener en consideración la eventual falta de justificación de algunos cobros realizados por la Caja Rural, como consecuencia de la aplicación de comisiones que el demandado consideraba abusivas.

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

Desestimación del motivo. El motivo ha sido formulado de manera incorrecta. Si lo que denuncia es la infracción del art. 218.2 LEC (incongruencia omisiva porque la sentencia no da respuesta a dos motivos del recurso de apelación), debía haberse amparado en el ordinal 2º y no en el 4º del art. 469.1 LEC.

Por otra parte, el art. 218.2 LEC prescribe el deber de motivación de la sentencia. Al de congruencia se refiere el apartado 1 del art. 218 LEC. Son dos defectos procesales distintos, la incongruencia de la sentencia y la falta o defecto de motivación. En cualquier caso, a juzgar por lo que se explica después de mencionar la infracción del art. 218.2 LEC, lo que se denuncia sería en su caso otra infracción no denunciada, la del art. 465.5 LEC, que prescribe que "el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

En la medida en que no corresponde al tribunal subsanar las deficiencias del recurso, en atención a su carácter extraordinario, lo desestimamos.

TERCERO. Motivo primero de casación: cláusula de vencimiento anticipado.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 80.1.c) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), en relación con el art. 3.1 de la Directiva, y la contradicción de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en relación con la cláusula de vencimiento anticipado. En concreto, se denuncia que la sentencia recurrida no haya apreciado que la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva.

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

Estimación del motivo. Se cuestiona la validez de una cláusula de un contrato de préstamo personal concertado con un consumidor, que permite al prestamista vencer anticipadamente el préstamo ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones de pago y amortización del crédito. En concreto, si en los términos en los que se ha introducido en las condiciones generales de la contratación tiene la consideración de abusiva y, caso de declararse así, cuáles son sus consecuencias.

La sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre, resolvió esta cuestión en relación a una cláusula de vencimiento anticipado de similares características incorporada en un contrato de préstamo hipotecario.

Recientemente, en la sentencia 101/2020, de 12 de febrero, nos hemos pronunciado ya sobre la cuestión que ahora nos interesa, el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo personal. Y lo razonado en esa sentencia resulta de aplicación al presente caso.

En este precedente partíamos de la siguiente consideración: la jurisprudencia no niega validez a la cláusula de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio, y 792/2009, de 16 de diciembre). En consecuencia, la posible abusividad puede provenir de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, per se, ilícita.

Además, haciendo nuestra la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 Aziz , y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, Banco Primus; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14), hemos declarado que, para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Razón por la cual, en el presente caso, debemos apreciar la abusividad de la cláusula que prevé el vencimiento anticipado (la 12.ª), ya que se prevé por cualquier incumplimiento.

En relación a las consecuencias derivadas de la apreciación de la abusividad de la cláusula, también debemos tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de septiembre). Por ello, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019).

Por otra parte, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado -no solo como pacto, sino como previsión legal- (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía.

Además, conforme a la doctrina del TJUE, recogida en el auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), no cabe salvar la abusividad de la cláusula porque no llegara a aplicarse en su literalidad, es decir, por haber soportado la entidad prestamista un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla.

En consecuencia, procede estimar este motivo primero del recurso de casación y, por lo tanto no tener por vencido anticipadamente el préstamo. Consiguientemente, la reclamación de la cantidad formulada por el banco en su demanda sólo puede prosperar respecto de la cuotas vencidas e impagadas. CUARTO. Motivo segundo de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 80.1.c) LGDCU, en relación con el art. 4.2 de la Directiva 93/13, y la doctrina de la STJUE de 30 de abril de 2014, respecto de la cláusula suelo, al no cumplirse en este caso las exigencias de transparencia. El recurso expresamente solicita que la estimación del motivo conlleve que se excluya de la liquidación la aplicación de la cláusula suelo.

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

Estimación del motivo. La cláusula de limitación de la variabilidad del interés, que en lo que respecta al límite inferior se viene denominando cláusula suelo, en la medida en que afecta al precio del préstamo, conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13 estaba excluida del control de abusividad, mientras en su presentación se hubieran cumplido las exigencias de transparencia que permitieran al consumidor conocer sus consecuencias económicas y jurídicas, esto es, como iba a afectar al pago de los intereses en caso de que el tipo de referencia (Euribor más dos puntos) fuera inferior al límite previsto en la cláusula controvertida.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo establecida tras la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y otras posteriores (entre ellas, la sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre...). Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),

principalmente en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Käsler), 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García).

La Audiencia entiende cumplido el control de transparencia porque considera que la cláusula es clara, comprensible y destacada. Pero no queda constancia de que hubiera sido objeto de una información precontractual, que garantizara su conocimiento con antelación suficiente a la firma de la póliza. Como hemos recordado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, en este tipo de contratos de préstamo a largo plazo, es necesaria una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir.

En consecuencia, apreciamos que el juicio de transparencia realizado por la Audiencia contradice esta doctrina, razón por la cual estimamos el motivo. Como consecuencia de la estimación, se revoca parcialmente la sentencia de apelación y la de primera instancia, para que la cantidad objeto de condena sea el resultado de una liquidación de lo adeudado en la que no se aplique la cláusula suelo.

QUINTO. Motivo tercero de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 82 LGDCU en relación con el art. 3.1 de la Directiva 93/13, en relación con el interés de demora pactado, que era de 17.50%.

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

Estimación del motivo. La jurisprudencia sobre el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora en el caso de los préstamos personales destinados al consumo fue establecida por la sentencia 265/2015, de 22 de abril, en la que concluimos "abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal".

Esta doctrina fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, al disponer lo siguiente:

"[...] 2) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora en el pago una indemnización de una cuantía desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio".

En nuestro caso, es claro que el interés de demora incluido en el contrato supera los dos puntos respecto del interés remuneratorio, por lo que debemos considerarlo abusivo.

Los efectos de la apreciación de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo son los mismos que establecimos en la reseñada sentencia 265/2015, de 22 de abril:

"Por consiguiente [...], la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser [...] la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada".

La procedencia de esta doctrina, que había llegado a ser cuestionada, fue ratificada por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, en cuya parte dispositiva dispone:

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

La consecuencia lógica de lo anterior es que la liquidación de intereses debe hacerse conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1824/2017] DE 20 DE FEBRERO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

Derecho de sociedades de capital: sociedad familiar. El protocolo familiar: validez y carácter vinculante como pacto parasocial. A diferencia de los estatutos y los acuerdos sociales, que están constreñidos por los límites que les imponen las reglas societarias, la validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar solo está condicionada por el respeto a los límites generales del principio de

autonomía de la voluntad -de ahí gran parte de su utilidad-. Ahora bien, cuando los estatutos no constan adaptados al contenido de los compromisos protocolares a través de las correspondientes reglas limitativas a la libre disponibilidad de las acciones y participaciones sociales, a la hora de ejecutar negocios transmisivos, las previsiones del protocolo tendrán, en principio, una limitada eficacia interna entre socios, como pacto parasocial. Fuera de los casos específicos en los que se aprecian infracciones a las exigencias de la buena fe o abuso del derecho, la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con el mismo, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación comercial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales o el de validez de los negocios de transmisión de acciones y participaciones entre socios.

«Los antecedentes del conflicto entre las partes se remontan a la fundación del grupo familiar Zapata, creado por D. Horacio. En los años setenta se incorporaron a la gestión del grupo D. Serafín y D. Narciso (sus hijos varones).

2.- El 18 de julio de 1983 se suscribió un protocolo familiar entre todos los hijos del señor Horacio, denominado "Convenio de Directrices, Relaciones y Coeficientes de Participación del Grupo Económico Zapata" con objeto de regular, según la terminología empleada en la demanda, "las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterían a partir de entonces las relaciones con la empresa, con la finalidad de garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa en el futuro y la armonía y convivencia entre los distintos grupos de accionistas". En dicho documento, en lo que ahora importa, se procedía a repartir y adjudicar las participaciones societarias de las sociedades integradas en el grupo del siguiente modo: D. Serafín recibiría el 28% de las acciones y participaciones, D. Narciso el 26 %, y las otras dos hermanas, D.ª Apolonia y D.ª Milagrosa, un 23 % cada una de ellas.

3.- El grupo empresarial, compuesto de varias sociedades, mantuvo su capital distribuido en los porcentajes antes indicados, hasta que varios de los hermanos (sin intervención de los demandantes) decidieron proceder a la celebración de las permutas,

compraventas y donaciones de las acciones y participaciones sociales que ahora se pretenden anular, y que son en concreto las siguientes:

"a) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Norberto González Sobrino, con número 1201 de su protocolo.

"b) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Vicente de Prada Guaita, con número 1169 de su protocolo.

"c) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Carlos de Prada Guaita, con número 923 de su protocolo.

"d) Escritura de permuta suscrita el 23 de julio de 2013 ante el Notario D. Fernando Fernández Medina, con el número 1152 de su protocolo.

"e) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones otorgada, en fecha 26 de febrero de 2014, ante la Notario D.ª Almudena Zamora Ipas, con el número 594 de su protocolo.

"f) Escritura de compraventa de participaciones sociales, de donación y de compraventa de acciones autorizada por la notario D.ª Almudena Zamora Ipas, en fecha 25 de julio de 2014, con el número 2.487 de su protocolo.

4.- Los Sres. Milagrosa, Narciso, Serafín, Apolonia y Mariola, interpusieron una demanda contra los Sres. que han quedado reseñados en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interesando los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: 1.º Se declare que los demandados han incumplido, de forma deliberada y dolosa el denominado protocolo familiar, suscrito en fecha 18 de julio de 1983. 2.º Se declare la obligación de los demandados de cumplir forzosamente dicho protocolo y, concretamente, de respetar y hacer respetar los porcentajes de participación en el accionariado de las empresas que componen el Grupo Zapata estipulados en el susodicho protocolo familiar, así como el derecho de todas las ramas familiares a estar representadas en el órgano de administración de cada una de ella, debiendo otorgar cuantos documentos públicos y privados sean necesarios para dejar sin efecto, los contratos de permuta suscritos en fechas 23 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014. 3.º Se declare la obligación de los demandados de indemnizar, solidariamente entre sí, a mi

representado D. Narciso , en la cantidad de 275.640,24 € [...], más los intereses legales desde la fecha de interposición de esta demanda. 4.º Se declaren nulas y sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas suscritas por los demandados reseñadas en el anterior apartado de este fundamento jurídico. 5.º Deberán reintegrarse los demandados el precio y las acciones y participaciones sociales intercambiadas, de modo que sus porcentajes de participación de las empresas del Grupo Zapata vuelvan a ser las que eran antes de formalizar las escrituras públicas declaradas nulas. 6.º Se imponga el pago de las costas legales a todos los demandados.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por considerar que: (i) el documento cuya vulneración se denuncia no integra un negocio fiduciario, sino una declaración de intenciones sobre cómo debe regirse el grupo empresarial familiar, que si bien prevé algunas consecuencias jurídicas en determinadas cuestiones (por ejemplo, en caso de infringir la prohibición de concurrencia), las omite en otras materias; (ii) en particular respecto del reparto de las acciones y participaciones de los padres, se asemeja a un pacto sucesorio, forma de sucesión que no contempla el art. 658 del Código Civil y proscribiera el art. 1271 al disponer que "... sobre la herencia futura no se podrá sin embargo celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056..."; (iii) además el pacto contenía una cláusula octava en virtud de la cual "se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Zapata, y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre de infundirnos", apelación al honor y al compromiso moral que no tiene el alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen es el propio de las sociedades capitalistas; (iv) en consecuencia los criterios de reparto de las acciones y participaciones fijados en el convenio del año 1983 no se traducen en un sistema de participación conjunta, sino que son más bien un desiderátum de que las empresas se mantuvieran unidas en el mismo grupo y como sistema de reparto de acciones y toma de decisiones conjunto con vocación de ir incorporando a miembros de las diferentes ramas de la familia; (v) de todo ello no se desprende que la causa de los diferentes negocios de

permuta sea ilícita ni su finalidad la defraudación, sino que su finalidad era modificar la configuración del patrimonio familiar, desbancando al demandante del control de determinadas sociedades, cosa que, a la vista de lo razonado no puede entenderse contrario a derecho ni estrictamente contrario al pacto de 1983.

6.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los Sres. Milagrosa Narciso Serafin Apolonia y Mariola, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, entendiendo que estamos ante una cuestión estrictamente jurídica relativa a la interpretación del protocolo familiar de 1983, y confirma la interpretación del protocolo familiar hecha por el juzgado de primera instancia, incidiendo en los siguientes aspectos: (i) se trata de un convenio hecho en previsión de la futura sucesión de la empresa familiar que si bien excede de un mero acuerdo moralmente exigible (y de hecho la distribución de coeficientes se mantuvo en cumplimiento de lo pactado no sólo tras la muerte de los padres y abuelos de los litigantes, sino también durante muchos años más, cumpliéndose así el compromiso respecto de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades); (ii) sin embargo, dichos criterios de reparto del capital social de las distintas sociedades del grupo no obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; (iii) el protocolo familiar no incluye ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares, por lo que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio; (iv) tampoco impone el protocolo la imposibilidad de cesar a los consejeros; (v) que no se ha acreditado que en los citados negocios transmisivos concorra causa ilícita, pues su finalidad fue la modificación de la configuración del patrimonio familiar; y (vi) en cuanto a la alegación de los demandantes relativa a la doctrina de los actos propios y su vulneración al no aplicarla la sentencia de primera instancia respecto de la conducta de los demandados, la Audiencia señala que los propios apelantes intentaron solventar la crisis del grupo de empresas familiar, primero mediante la escisión de sociedades y, después, por su propia iniciativa de comprar o vender participaciones de otros hermanos en las empresas familiares a través de su hijo.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación de los motivos primero y cuarto. Planteamiento y admisibilidad.

1.- Planteamiento.

El primer motivo se formula al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción de los arts. 1.124 y 1.101 del Código civil, en relación con la resolución contractual por incumplimiento.

En el desarrollo del motivo, en resumen, se sostiene que la sentencia de la Audiencia desestima la declaración de incumplimiento contractual y resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada en la demanda, afirmando que, aunque el protocolo familiar tiene valor jurídico, no existía en dicho protocolo una cláusula específica que prohibiera la alteración de los coeficientes de participación de los socios en las empresas y, por tanto, los demandados no incumplieron el convenio familiar vigente desde 1983. Pero en contradicción con dicho aserto, la sentencia afirma que la conducta de los demandados implica que no se cumpla con la finalidad perseguida por los otorgantes del protocolo y conlleva la ruptura del espíritu de concordia y funcionamiento previsto por la familia en el momento de su suscripción.

Al pronunciarse de este modo la sentencia, según los recurrentes, habría reconocido un verdadero incumplimiento contractual, puesto que es precisamente la intención de las partes, la que determina cuál es el contenido de las obligaciones pactadas en un contrato.

El cuarto motivo del recurso, al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1.275 y 1.306 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el contrato de daño de tercero.

En el desarrollo del motivo, resumidamente, se alega que la sentencia recurrida no profundiza y razona sobre la consecuencia jurídica del hecho de que los intervinientes en las escrituras de permuta, suscribieran dichos documentos sabiendo que con ellos se erradicaban los derechos otorgados por el protocolo a una de las ramas familiares, y que la obtención de la mayoría de control en las sociedades por los socios permutantes tenía como efecto que dicho protocolo quedaba derogado de facto, privando a todos los contratantes de las facultades y derechos que el mismo les concedía.

Los recurrentes entienden que tal finalidad era ilícita e inmoral porque suponía dañar, de una forma consciente, los intereses de un tercero (los aquí recurrentes) reconocidos en un contrato (protocolo familiar), por lo que debió estimarse que la causa de

tales contratos de permuta era ilícita. Consideran que nos encontramos ante un conjunto de contratos (los contratos de permuta suscritos por todos los demandados), claramente realizados en daño de tercero en los que las partes contratantes concertaron su voluntad negocial con el específico propósito de infringir el protocolo familiar (contrato previo) y lesionar de este modo los intereses y derechos que el mismo otorgaba a la familia Marcos, causando a sus miembros un evidente perjuicio jurídico. A su juicio resulta evidente que la mayor parte de las cláusulas del protocolo dejaron de tener sentido alguno tras la firma de las permutas porque el mismo estaba diseñado para que ninguno de los grupos societarios familiares tuviera mayoría en las empresas familiares y, por tanto, ninguno de ellos pudiera imponer su voluntad al resto, siendo necesario para cualquier decisión relevante el consenso de los distintos grupos. En definitiva estiman que los contratos de permuta presentan causa ilícita constitutiva de causa torpe (art. 1306 CC), lo que acarrea una nulidad que opera ipso iure.

Ambos motivos tienen una evidente relación de conexidad al estar íntimamente relacionadas con la naturaleza y eficacia obligatoria del protocolo familiar cuya declaración de incumplimiento se postula, por lo que los abordaremos conjuntamente.

2.- Admisibilidad del motivo.

Con carácter previo al estudio del fondo de los citados motivos debemos analizar los óbices de inadmisibilidad planteados respecto del primero por la representación procesal de los recurridos Sres. Narciso, Adoración, y Amalia. Alega dicha representación, en primer lugar, que este primer motivo se basa en la denuncia de la infracción de dos preceptos de carácter genérico (arts. 1124 y 1101 CC). Esta alegación ha de rechazarse por los siguientes motivos.

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC), si bien no cabe a tales efectos "la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición", con la consecuente indefensión para la parte contraria (vid. el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal). En este sentido, dice la sentencia núm. 1040/2007, de 4

octubre (en ese caso con referencia a los artículos 1091, 1255 y 1256 del Código Civil) que los preceptos de carácter genérico "no resultan aptos para fundar por sí un recurso de casación por infracción de ley, pues la indicada naturaleza les priva de la posibilidad de ser citados por sí solos como vulnerados a no ser que se relacionen con otros más específicos"; y añade que su admisión como fundamento del motivo "permitiría una impugnación abierta contraria a la propia naturaleza de la casación que no constituye una tercera instancia". Esta misma doctrina se reitera, entre otras muchas, en la Sentencia núm. 43/2014 de 5 febrero.

Ahora bien, dicha limitación no tiene carácter absoluto, sino que está excluida tanto en los casos en los que la cita de tales preceptos de carácter genérico vaya acompañada de la de otros preceptos que sean homogéneos con aquél y de carácter más específico, como en aquellos otros en los que el objeto de la controversia se refiera a relaciones jurídicas atípicas, como sucede en el caso de los contratos innominados y carentes de tipificación legal, que obligue por ello mismo a acudir al amparo de normas generales del derecho de las obligaciones y de los contratos, y en las que los términos del debate planteado en el recurso sean lo suficientemente precisos y delimitados o, dicho en otros términos, carentes de ambigüedad e indeterminación. Esto es lo que sucede en el presente caso en el que el objeto de la controversia (cumplimiento/incumplimiento del protocolo familiar, y validez/nulidad de los negocios dispositivos sobre las acciones y participaciones de las sociedades del grupo familiar) está perfectamente identificado.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

1.- Intangibilidad de la base fáctica del recurso. Falta de prueba de la ilicitud de la causa de los contratos de permuta y compraventa de acciones y participaciones sociales.

Los dos motivos, que resolvemos conjuntamente, deben ser desestimados por las razones que se exponen a continuación.

El recurso, en lo que se refiere a estos motivos, se basa en una doble premisa: 1º la existencia de una obligación jurídicamente vinculante derivada del protocolo familiar que impedía celebrar negocios jurídicos de transmisión de las acciones y participaciones sociales incompatibles con el mantenimiento de los porcentajes asignados a cada

rama familiar con arreglo al reiterado protocolo familiar en el capital social de las respectivas sociedades integradas en el grupo (motivo primero); y 2º la existencia de una causa ilícita en los impugnados contratos de compraventa y permuta de acciones y participaciones sociales al haberse celebrado en contradicción con la aludida obligación y con el específico propósito de causar un daño a los demandantes (motivo cuarto).

Ninguna de estas premisas puede mantenerse en esta sede. Comenzamos por la enunciada en segundo lugar por tropezar con una causa de improsperabilidad relacionada con el ámbito funcional del recurso de casación.

La pretensión de los recurrentes en este punto incurre en petición de principio al alterar la base fáctica del proceso, en contra de la exigencia de que "los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida" (sentencia 484/2018, de 11 de septiembre). No lo hace así el recurso aquí examinado cuando afirma que las reiteradas operaciones de compraventa y permutas de acciones y participaciones sociales se hicieron con el específico propósito de causar un perjuicio jurídico a los demandantes, considerando que nos encontramos por ello ante la figura del contrato en daño de tercero.

Invoca al efecto el recurso la sentencia de esta sala núm. 576/2013 de 11 octubre, en la que dijimos:

"[...] debe señalarse que en el presente caso, conforme a la prueba practicada, nos encontramos ante la figura del denominado contrato en daño de tercero en la que ambos contratantes concertaron su voluntad negocial con el específico propósito de perjudicar la adquisición del primer comprador, no inscrita, mediante la realización de una segunda venta que formalmente posibilitase su inscripción registral. Desde esta perspectiva o calificación jurídica, cuando el propósito de las partes se concierta en orden a ocasionar un daño, el contrato indisolublemente presenta una causa ilícita constitutiva de causa torpe (artículo 1306 del Código Civil) que acarrea su nulidad. Nulidad o ineficacia estructural que no solo puede ser ejercitada en toda su extensión por el tercero perjudicado, sino que también se diseña con un régimen específico en orden al efecto restitutorio que provoca la nulidad y a la posible eficacia obligacional resultante, de forma que se excepciona la primera (ninguno de los contratantes podrá repetir lo que hubiese dado o entregado), y se anula la segunda (ninguno de los contratantes podrá reclamar el

cumplimiento de la contraprestación ofrecida), artículo 1306, regla 1ª; ente otras, SSTs de 25 de enero de 2013 (RJ 2013, 1264) (núm. 21, 2013) y 25 de febrero de 2013 (núm. 58, 2013)",

Pero esta sentencia no resulta extrapolable a la presente litis pues falta la base factual que la soporta. Del fragmento transcrito de la citada resolución se desprende claramente que el concierto de la voluntad de las partes con el "específico propósito de perjudicar" a un tercero resultaba de "la prueba practicada". No ocurre así en el presente caso, en el que la inferencia que alcanza la sentencia recurrida, a la vista de la prueba practicada, es que no concurre la citada intención de causar un daño a los demandantes, por lo que descarta la denunciada "ilicitud de la causa en el movimiento accionarial llevado a cabo por las operaciones de permutas y compra ventas, que lo único que muestran es la modificación de la configuración del patrimonio familiar permitido por la ley societaria".

Descartada la concurrencia de ilicitud en la causa, no cabe aplicar la doctrina sobre el contrato en daño de tercero en que se basa el cuarto motivo del recurso.

Con ello dejamos los términos del debate reducidos al presupuesto en que se funda el primer motivo del recurso, esto es, el presunto incumplimiento del protocolo familiar, en base al cual consideran los recurrentes infringidos los arts. 1.124 y 1.101 CC.

2.- La validez y el carácter vinculante del protocolo familiar como pactos parasociales. Reconocimiento legal y jurisprudencia de la Sala.

Las sentencias de esta Sala 128/2009 y 138/2009, ambas de 6 de marzo, y más recientemente la sentencia 103/2016, de 25 febrero, definieron los pactos parasociales como aquellos pactos mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos para ello en la ley y los estatutos, y afirmaron que "son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad". Esta consideración como negocios jurídicos válidos se ha sostenido reiteradamente en la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre de 1.961, 10 de noviembre de 1.962, 28 de septiembre de 1.965, 24 de septiembre de 1.987, 26 de febrero de 1.991, 10 de febrero de 1.992, 18 de marzo de 2.002, 19 de diciembre de 2.007 y 10 de diciembre de 2.008).

Como declaran las citadas sentencias 128/2009 y 138/2009, diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico hacen referencia a estos pactos, en lo que aquí interesa, los arts. 7.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1.564/1.989, de 22 de diciembre) y 11, apartado 2, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (aplicables *ratione temporis* a los recursos resueltos en las dos primeras sentencias citadas), correlativos al actualmente vigente art. 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en el que, bajo el título "pactos reservados", se recoge el texto de los preceptos antes mencionados, que es el siguiente: "Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad".

Con ello quedó definitivamente superado el régimen prohibitivo que establecía el art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, el cual declaraba la nulidad de este tipo de pactos. Este régimen legal cambió con el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y con la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada que, al igual que hace el actual Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no prevé la nulidad sino la inoponibilidad a la sociedad de tales pactos reservados.

Sobre tal base legal las sentencias citadas parten de la validez de los citados pactos. Validez que, siguiendo la línea jurisprudencial reseñada, presuponen igualmente las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que se han ocupado del tema. Así las Resoluciones de 24 de marzo de 2010 y de 5 de junio de 2015 han admitido la posibilidad y validez de dichos pactos parasociales, indicando:

"se fundamentan en la existencia de una esfera individual del socio diferenciada de la propiamente corporativa, de manera que, en el ámbito de la primera, puede llegar a establecerse vínculos obligatorios con otros socios sobre cuestiones atinentes a la compañía, sin modificar el régimen estrictamente societario y al margen de él [...]".

Por lo que se refiere a la figura o modalidad de pactos parasociales denominado "protocolo familiar" (sin perjuicio de la amplitud y heterogeneidad que presenta su contenido en la práctica negocial, integrados frecuentemente no sólo por estipulaciones jurídicamente vinculantes, sino también por

declaraciones y acuerdos de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúan a modo de "códigos de conducta" sin valor vinculante o "gentlemens agreements"), ha sido reconocida normativamente no sólo su validez sino también su posible publicidad registral, a través de un régimen específico integrado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que define tales protocolos, a los efectos de su acceso al Registro Mercantil, como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".

El art. 114.2.a) del Reglamento del Registro Mercantil da cobertura a la posibilidad de que tales pactos protocolares puedan gozar de eficacia en el ámbito corporativo de la sociedad anónima a través de la inscripción de "cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares". Además, como señala la Resolución DGRN de 26 de junio de 2018:

"en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es [...] la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor".

Ahora bien, esta validez y eficacia de los pactos parasociales incluidos en un protocolo familiar está condicionada al respecto de ciertos límites legales. En concreto, la sentencia 616/2012, de 23 de octubre, precisó que estos pactos, en lo referente a su validez, "no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias -de ahí gran parte de su utilidad- sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil ", límites sobre los que luego volveremos. Pero previamente, a fin de delimitar la cuestión, debemos aclarar la correlación entre los pactos parasociales, los

estatutos de la sociedad y los acuerdos sociales cuando estos tres elementos no estén alineados.

3.- Los acuerdos sociales contrarios a los pactos parasociales no incorporados a los estatutos sociales.

Como ha destacado la doctrina especializada, con frecuencia el protocolo familiar actúa como una suerte de "contrato marco", de forma que el protocolo carecería de virtualidad efectiva sin los correspondientes negocios de ejecución de sus previsiones, negocios que pueden ser familiares (v.gr. capitulaciones matrimoniales), sucesorios (testamentos o pactos sucesorios) o propiamente societarios (modificación de estatutos).

Presupuesta la validez de los pactos parasociales, el problema que se plantea con más frecuencia es su eficacia cuando tales pactos no se trasponen o ejecutan a través de los correspondientes negocios o mediante, en su caso, su incorporación a los estatutos sociales. En este último caso, el conflicto surge por la existencia de dos regulaciones contradictorias, la que resulta de los estatutos (o de las previsiones legales supletorias para el caso de ausencia de previsión estatutaria específica) y la establecida en los pactos parasociales, no traspuestos a los estatutos, ambas, en vía de principios, válidas.

Este es precisamente el caso del presente supuesto en el que los estatutos no constan adaptados al contenido de los compromisos protocolares, a través de las correspondientes reglas limitativas a la libre disponibilidad de las acciones y participaciones sociales, lo que determina que las previsiones del protocolo tengan, en principio, una limitada eficacia interna entre socios, como pacto parasocial.

Tampoco consta que se les haya atribuido eficacia "ad extra" mediante su publicidad a través del Registro Mercantil. Publicidad, limitada en el caso de la prevista en los arts. 5 y 6 del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y plena en el supuesto contemplado en el art. 7 de este último, esto es, respecto de los acuerdos sociales inscribibles que se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en cuyo caso "en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública". Por ejemplo en el caso de la previsión estatutaria sobre prestación accesoria consistente en la obligación de cumplir un concreto protocolo familiar con un determinado

contenido (arts. 21 C.Com, 86 a 89 LSC, y 7 y 187.1 RRM).

Los problemas derivados de esta contrariedad (entre estatutos y protocolo) resultan más acusados cuando el pacto parasocial ha sido adoptado por todos los socios que lo siguen siendo cuando se plantea el conflicto (el denominado "pacto omnilateral").

Ante esta contradicción, la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado (sentencia 138/2009, de 6 de marzo, y las allí citadas). Por ello cuando se ha pretendido impugnar un acuerdo social, adoptado por la junta de socios o por el consejo de administración, por la exclusiva razón de que es contrario a lo establecido en un pacto parasocial, esta Sala ha desestimado la impugnación. Para estimar la impugnación se requeriría que concurrentemente la infracción del pacto parasocial fuese acompañada simultáneamente de una vulneración de la ley o de los estatutos, o bien de una lesión, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, de los intereses de la sociedad.

Así se declaró en la sentencia 138/2009, de 6 de marzo:

"Sin embargo, no se trata de determinar si el litigioso convenio, al que llegaron los socios fuera de los cauces establecidos en la legislación societaria y en los estatutos, fue válido ni cuáles serían las consecuencias que de su alegado incumplimiento se pudieran derivar para quienes lo hubieran incumplido. Lo que el recurso plantea es la necesidad de decidir si el acuerdo adoptado en el seno del órgano social puede ser declarado nulo o anulado por contravenir, si es que lo hace, lo pactado por los socios en aquella ocasión.

"Y la respuesta debe ser negativa a la vista de los términos en que está redactado el artículo 115.1 del referido Real Decreto 1.564/1.989 -aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por virtud de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1.995-, ya que condiciona el éxito de la impugnación a que los acuerdos sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

"Consecuentemente, la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado -sentencias de 10

de diciembre de 2.008 (RJ 2009), 17 y 2 de marzo de 2.009 -".

En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias 1136/2008, de 10 de diciembre, 128/2009, de 6 de marzo, y 131/2009, de 5 de marzo.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la intervención, cuando proceda, de las limitaciones que a la validez y eficacia de los referidos acuerdos sociales suponen las exigencias derivadas de la buena fe y del abuso del derecho. Por ello, algunas sentencias anteriores tuvieron en cuenta las particularidades que presentaba el caso enjuiciado para aplicar alguna de las cláusulas generales que sirven para evitar que la mera aplicación de ciertas reglas concretas del ordenamiento pueda llevar a un resultado que repugne al más elemental sentido jurídico.

Ahora bien, estos mecanismos (la buena fe, en sus distintas manifestaciones -actos propios, levantamiento del velo-, el abuso del derecho) no pueden utilizarse de una forma injustificada, sino que ha de atenderse a la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico. Así ocurrió en el caso resuelto por la sentencia 103/2016, de 25 de febrero, que no consistía en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, sino precisamente en el supuesto inverso: con la adopción de los acuerdos sociales impugnados se daba cumplimiento a un acuerdo parasocial, omnilateral, consistente en que el titular de ciertas acciones y participaciones sociales en sendas sociedades al transmitir las a sus hijos se reservaba no sólo el usufructo vitalicio sobre las mismas sino también el derecho de voto derivado de dichas acciones y participaciones sociales, y en el cómputo de votos para la aprobación de los acuerdos se tuvo en cuenta el voto emitido por dicho usufructuario.

La impugnación se basaba en que dichos pactos parasociales no se recogieron en los estatutos sociales, estatutos que seguían previendo que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio (y por tanto el derecho de voto) reside en el nudo propietario (en el caso de la sociedad anónima los estatutos no contenían previsión alguna, por lo que resultaba aplicable el régimen del actual art. 127.1 TRLSC).

Ante la contradicción entre la regulación propia del pacto parasocial y la del régimen estatutario esta Sala tomó en consideración las circunstancias concurrentes y concluyó que la impugnación de los acuerdos

sociales resultaba contraria a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, entendiéndose que quienes, junto con el demandante, fueron parte de este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial.

Fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho) la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales.

4.- El caso objeto de la presente litis. Limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales. Imposibilidad jurídica de su perpetuidad.

En el presente caso, en el que no se plantea un problema de impugnación de acuerdos sociales sino de negocios de transmisión de acciones y participaciones entre socios, hay que partir tanto de la validez y eficacia de los pactos incorporados al protocolo familiar, en tanto que pactos parasociales en los términos indicados, como de los límites legales a dicha eficacia y a su oponibilidad, según resultan de la jurisprudencia que hemos reseñado y de las circunstancias concurrentes en el caso.

En concreto, hay que destacar los siguientes datos: a) el protocolo familiar controvertido no ha sido objeto de ninguna de las modalidades de publicidad registral previstas en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero; b) no contiene ninguna cláusula penal para garantizar su cumplimiento, con excepción de la referida al supuesto de incumplimiento por parte de los socios gestores del pacto de exclusividad (dedicación exclusiva a la empresa familiar); c) tampoco se incorporó a la esfera corporativa mediante el instrumento de exigir su cumplimiento como prestación accesoria prevista en estatutos (obligación de hacer); y d) finalmente, tampoco consta modificación o adaptación de los estatutos sociales para establecer reglas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales concomitantes con los porcentajes de participación previstos en el protocolo familiar.

Partiendo de dicho marco, la controversia se centra, en esencia, en el supuesto incumplimiento de la previsión del protocolo familiar relativa a los porcentajes de participación en el grupo empresarial de cada rama familiar, que se fijó en el pacto segundo del Convenio en los siguientes términos:

"[...] se establece en el presente Convenio una fórmula de reparto de las Acciones, Participaciones y Proindivisos en los distintos Bienes y Sociedades del Grupo Económico que quedarían distribuidas, al faltar los Padres (sic), en las siguientes proporciones: D. Serafin veintiocho por ciento, D. Narciso veintiséis por ciento, Dña. Apolonia veintitrés por ciento, Dña. Milagrosa veintitrés por ciento, individualmente o por matrimonios respectivos (sic)".

A continuación en el pacto tercero se reseñaban las sociedades y bienes que quedaban afectados por dicho pacto, y se añadía lo siguiente: "En la misma proporción arriba señalada estarán participados los bienes, negocios o sociedades que en un futuro se adquieran o constituyan para gestión y explotación con ánimo de lucro para incorporarlos al patrimonio familiar de negocios", porcentajes que quedaron alterados en virtud de las permutas, compraventas y donaciones celebradas en 2013 y 2014 cuya nulidad se postula por incumplimiento de los referidos acuerdos insertos en el protocolo familiar de 1983.

El juzgado de primera instancia partió de la consideración del citado acuerdo de distribución de porcentajes de propiedad en el capital social de las sociedades del grupo como un compromiso de tipo moral y no jurídico. Así los infería tanto de la ausencia de previsión alguna relativa a la garantía de su cumplimiento, como del pacto que contenía la cláusula octava del protocolo conforme al cual "se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo y hacerlo cumplir en todo su contenido para conseguir la mejor cohesión del grupo Zapata, y llevar adelante los negocios y relaciones familiares con el talante de concordia, honradez y laboriosidad que nuestros padres han tratado siempre tiene fundirnos", apelación al honor y al compromiso moral que el juzgado estimaba incompatible con la atribución al mismo del alcance de una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, cuyo régimen por tanto sería el propio de las sociedades capitalistas.

Es cierto que frente a esta consideración la Audiencia Provincial no niega valor jurídico al pacto de

distribución de coeficientes del capital social que, por tanto, entiende que excede de un mero acuerdo moralmente exigible, y que dicha distribución se mantuvo durante muchos años "en cumplimiento de lo pactado".

Pero es igualmente cierto que la misma Audiencia pone dicho acuerdo en el contexto de la previsión de la futura sucesión de la empresa familiar (que reiteradamente alude al hecho futuro del fallecimiento de los fundadores de las empresas), entendiéndolo que se cumplió la finalidad prevista de una sucesión ordenada tras el fallecimiento de la primitivos titulares de las sociedades; y que dichos acuerdos y criterios de reparto del capital social ni obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley; ni comportan ninguna prohibición de transmisión de acciones y participaciones por sus titulares; ni imponen la imposibilidad de cesar a los consejeros. Por lo que concluye que los distintos negocios impugnados de permuta, compraventa y donación de acciones son válidos al no estar prohibidos por la ley ni por el convenio. Conclusiones que esta Sala comparte por las razones apuntadas y, además, por las consideraciones que a continuación se exponen.

1º.- En primer lugar, a la misma conclusión señalada se llega si se contempla el problema desde la perspectiva de la naturaleza esencialmente limitada en el tiempo de las relaciones obligacionales. En efecto, como ha señalado la doctrina, las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas exigen que la duración del vínculo contractual sea temporalmente limitada o, dicho en otros términos, es incompatible con la perpetuidad del vínculo, pues aunque en nuestro derecho positivo no existe una norma positiva concreta y general en este sentido, la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, pues constituyendo la obligación una limitación de la libertad del deudor, su carácter temporalmente ilimitado resultaría contrario al orden público (cfr. art. 1.583 CC).

Cosa distinta es que se admita que esa duración limitada no esté inicialmente determinada desde el origen de la relación, bastando su mera determinabilidad inicial, siempre que no exista norma alguna que en su configuración típica exija esa concreción temporal inicial, como sería el caso del art. 1.543 CC respecto de los arrendamientos de cosas (que exige que se fije por "tiempo determinado"), a diferencia de otros diversos supuestos en que la

relación puede constituirse válidamente sin fijación de un tiempo concreto de duración (v.gr. contratos de arrendamientos de servicios, sociedad, mandato o depósito).

Con ello surge el problema de las relaciones obligatorias que no tienen un plazo de duración concreto, pero que en todo caso no pueden ser perpetuas, cuando una de las partes quiere desvincularse de las mismas. Distintas son las soluciones que se han propuesto para resolver este problema: desde la integración del contrato con los usos de los negocios (art. 1287 CC), hasta la fijación de la duración por los tribunales conforme a la naturaleza y circunstancias de la obligación, a falta de acuerdo entre las partes (art. 1.128 CC), pasando por la admisión de la facultad de renuncia o denuncia unilateral al vínculo obligatorio por cualquiera de los obligados, como se reconoce legalmente, si no con carácter general, sí para diversos tipos de contratos que suponen una vinculación indefinida, como sucede en concreto en el ámbito del contrato de sociedad (art. 1.700.4º CC).

Todo ello sin perjuicio de que el ejercicio de la facultad de denuncia unilateral de la relación ha de acomodarse a las exigencias de la buena fe (art.1.705 CC), pues a pesar de la laguna sobre el plazo en la regulación contractual, los contratos obligan "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1.258 CC). Lo que impide una denuncia del contrato que se produzca prematuramente, esto es, antes de que haya transcurrido el tiempo suficiente para que la relación produzca sus efectos propios, atendiendo a su naturaleza y finalidad, lo que en caso de discrepancia entre las partes exigirá intervención judicial dirimente.

2º.- Este es el planteamiento que se acoge, en esencia, en algunos precedentes de la práctica judicial ante supuestos que guardan relación de similitud con el estudiado, como el de los pactos de sindicación de acciones sin fijación de un plazo de duración, cuya validez se ha admitido pero rechazando al mismo tiempo su perpetuidad, pues nuestro derecho, como se ha dicho, no admite la vinculación permanente de los derechos políticos y económicos de un socio, y ello por vulnerar principios esenciales como el de la libre transmisibilidad de las participaciones sociales.

Como se ha afirmado en tales precedentes, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes

en la contratación (arts. 1255 y 6.2 CC) permite que en un ámbito interno, sin que pueda tener reflejo en la sociedad en sí, varios socios puedan concretar acuerdos que sindiquen su voto o que limiten su facultad de transmisión de las acciones, sin que por ello quepa considerar vulnerado el art. 29.1 LSRL (actual art. 107 TRLSC). En este sentido se ha declarado que este precepto tiene un carácter imperativo e indisponible dentro del marco social, lo que implica que, salvo previsión estatutaria, ningún órgano o acuerdo social podrá impedir la libre transmisión de participaciones sociales entre socios. Ahora bien, si un socio voluntariamente desea limitar de forma privada esa facultad de disposición respecto de sus propias participaciones, se considera que con ello no se vulnerará el precepto expresado, en tanto no se pretenda que ese convenio o declaración de voluntad alcance un carácter general o se integre dentro de los acuerdos sociales.

Ahora bien, dicho lo anterior, lo que en este momento se dilucida no es si genéricamente un acuerdo privado de sindicación es contrario o no a tales normas, sino de forma concreta si un convenio en el que se vinculan de forma perpetua las participaciones y los derechos que de ella se derivan es válido o no. Y en este sentido no admite discusión que la vinculación permanente, real o personal, está proscrita en nuestro derecho civil, siendo uno de los principios esenciales del derecho civil codificado posterior a la Revolución francesa el de la libertad de los bienes y de las personas, en contraposición de los derechos de vinculación vigentes en el Antiguo Régimen. Por ello no cabe, como se ha dicho en los citados precedentes judiciales, convertir a los socios sindicados en socios perpetuos de la sociedad, al no poder retirarse de la misma según el pacto. Y es en este sentido en el que se puede hacer cita de la normativa societaria sobre transmisión de acciones y participaciones sociales no tanto como aplicación positiva de aquel principio de libertad, sino como inspirador de los principios esenciales que deben configurar la propia naturaleza de la relación social, incluyendo la limitación temporal máxima por la que estatutariamente podrá impedirse la transmisión de las participaciones intervivos o el derecho de separación (vid. art. 108.4 TRLSC).

En consecuencia no puede admitirse la validez de los pactos de sindicación permanente, no por la razón de vulnerar de forma directa preceptos explícitos del régimen legal societario sobre límites legales a la transmisibilidad de las acciones (cfr. art. 123 y ss. LSC) o de participaciones (arts. 107 y ss. LSC), sino más

ampliamente por vulnerar principios básicos de naturaleza jurídica de la relación social y del ordenamiento civil, singularmente el principio de libertad de la contratación y de disposición personal y patrimonial, en los términos examinados. Consideraciones que resultan extrapolables al presente caso relativo a acuerdos de distribución de porcentajes fijos de propiedad del capital entre los socios.

Junto a los anteriores pueden señalarse los siguientes argumentos coadyuvantes de la solución apuntada.

3º.- Como ha precisado la DGRN (vid., por todas, Resoluciones de 18 de diciembre de 2013 y 27 de febrero de 2019) al interpretar los arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria relativos a las prohibiciones de disponer, sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito: las prohibiciones voluntarias establecidas en actos a título gratuito tienen eficacia real y, en caso de incumplimiento, producen la nulidad de los actos dispositivos que las contravengan (salvo que los constituyentes de la prohibición establezcan un efecto distinto para el caso de contravención). Por el contrario, las impuestas en actos a título oneroso no tienen eficacia real y su infracción sólo provoca la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (por ello, su acceso al Registro está regulado de diferente forma según se trate de unas u otras, proscribiendo dicho acceso en el caso de las impuestas a título oneroso ante su falta de eficacia real). En el presente caso, en el que todos los firmantes del protocolo son sujetos activos de las obligaciones que los demás asumen en el mismo y, al mismo tiempo, son sujetos pasivos respecto de las asumidas por cada uno de ellos en relación con los demás, existe una relación jurídica sinalagmática de prestaciones correspectivas que permite su calificación como onerosa (debiendo precisarse, como aclara la doctrina, que no estamos en presencia de una modalidad contractual de cambio, sino de colaboración asociativa, al modo de las "sociedades internas").

Por ello, cualesquiera sean las consecuencias de un supuesto incumplimiento de las limitaciones o prohibiciones de disponer impuestas en un negocio oneroso en el plano obligacional (en particular las consecuencias indemnizatorias), no puede tener la virtualidad de anular un contrato dispositivo celebrado contraviniendo dichas limitaciones.

4º.- Por otro lado, teniendo en cuenta que la distribución de porcentajes del capital entre las

distintas ramas familiares se realizó en contemplación a la finalidad de conseguir una ordenada sucesión de las empresas del grupo una vez hubieran fallecido sus fundadores, según la interpretación hecha en la instancia y que en sede de casación ha de ser mantenida, hay que traer a colación como elemento normativo de referencia y en la medida en que es expresión del mismo principio de libertad contractual y dispositiva antes visto, las limitaciones que a la indivisión de la herencia impone el Código civil en el art. 1.051, conforme al cual "Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división". Pero incluso cuando la prohíba "la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad". Precepto que la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado en relación con el art. 400.2 CC, precepto que, partiendo de la regla general de que "Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad", admite por excepción la validez del pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, siempre que "no exceda de diez años" (sin perjuicio de su posible prórroga por nueva convención).

Es cierto que la sentencia de esta sala 1201/2000, de 21 de diciembre, admitió que dicho plazo pudiera ser rebasado admitiendo que la situación de indivisión pudiera perdurar hasta el momento del fallecimiento de la viuda del testador, cierto en su acaecimiento, pero incierto en cuanto a la fecha del mismo. Pero en todo caso la sentencia excluye el carácter indefinido de la indivisión y, además, deja a salvo la sentencia la limitación que resulta del art. 1.051 CC, por concurrencia de cualquiera de las causas que extinguen la sociedad. Remisión que conduce al art. 1.700.4º CC, conforme al cual la sociedad se extingue "Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1.705 y 1.707". Lo que supone que la disolución de la sociedad por voluntad o renuncia de uno de los socios podrá tener lugar "cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio", sin perjuicio de que dicha renuncia se realizase de buena fe, en tiempo oportuno.

5º.- En definitiva, los límites temporales a las aludidas limitaciones (por vía de indivisión o de restricción a la libre transmisión) responden al principio general de la libertad de la propiedad (en este caso de la parte alícuota del capital social que corresponde a cada uno de los socios), al de la libre circulación de los bienes y

a la proscripción de su amortización (cfr. Resoluciones de la DGRN de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

El protocolo familiar y el contrato de sociedad mercantil, como ha señalado la doctrina especializada, actúan en planos distintos aunque funcionalmente conectados. Cada uno está sujeto a un marco normativo distinto, con diferentes ámbitos reservados a la autonomía de la voluntad, de forma que los estatutos quedan sujetos a los límites propios del debido respeto a las normas imperativas del derecho de sociedades, y los pactos parasociales, en tanto que atípicos por no estar regulados legalmente como tipo o modalidad contractual concreta, sin perjuicio de las referencias legales a los mismos, son válidos y lícitos siempre que no resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público conforme al art. 1255 CC.

En el presente caso una interpretación del protocolo familiar de 1983 controvertido en el sentido de mantener indefinidamente las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, impidiendo modificar el porcentaje de participación de cada socio en el capital social, y generando una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios, resultaría contraria a los límites citados, según se ha expuesto ampliamente "supra", sin que la posibilidad de denuncia o apartamiento unilateral de lo previsto en el protocolo, una vez satisfecha la finalidad principal a que respondió de asegurar una ordenada sucesión en las empresas familiares tras el fallecimiento de los fundadores, conforme a la interpretación del mismo hecha en las instancias, pueda ser tachada de contraria a la proscripción del abuso de derecho o a la buena fe contractual (art. 7.1 CC).

CUARTO.- Recurso de casación. Formulación del segundo motivo del recurso.

1.- Planteamiento.

El segundo motivo, formulado al amparo del art. 477.1 LEC, denuncia infracción de los arts. 1281, párrafos primero y segundo, del CC, en relación con los arts. 1281, 1282 y 1285 del CC, reguladores de la interpretación de los contratos.

En el desarrollo del motivo, en resumen, se aduce que la sentencia de la Audiencia realiza una interpretación del protocolo que no respeta ni el sentido literal de sus cláusulas, ni el espíritu del mismo, ni se atiende a las reglas de la lógica, puesto que se reconoce que las

partes estuvieron cumpliendo, durante años, una cláusula que establecía la obligación de mantener los coeficientes de participación en las empresas familiares y, al mismo tiempo, de forma contradictoria, afirma que no existía prohibición de alterar esos coeficientes mediante acuerdos entre solo algunos de los cuatro grupos societarios, entendiéndose por ello vulnerados los artículos del Código Civil citados en el encabezamiento.

2.- Admisibilidad del recurso. Decisión de la Sala.

Nuevamente debemos abordar el estudio de este motivo comenzando por los óbices de inadmisibilidad suscitados por la representación procesal de los Sres. Narciso, Adoración, y Amalia.

Alega dicha representación que este motivo del recurso de casación debe ser desestimado porque en el mismo se denuncia la infracción de varios preceptos del Código civil cuyo incumplimiento no puede alegarse conjuntamente, objeción de admisibilidad que, por plenamente conforme con la reiterada jurisprudencia de esta sala en relación con los preceptos del Código civil relativos a la interpretación de los contratos, oportunamente citada en el escrito de oposición presentado por la aludida representación procesal, debemos acoger favorablemente.

En efecto, como hemos afirmado en nuestra sentencia 650/2007, de 12 de junio:

"[...] una numerosa jurisprudencia de esta Sala entiende que no pueden alegarse conjuntamente como infringidos los dos párrafos del 1281 por referirse a reglas de interpretación distintas (STS 20 octubre 2001, entre muchas otras) y que no es viable la cita conjunta de los artículos reguladores de la interpretación contractual (sentencia de 7 diciembre 2002 , entre otras)".

Así lo hemos reafirmado en la sentencia 643/2010, de 27 de octubre, que recuerda la reiterada doctrina de esta Sala que siempre ha advertido que el art. 1281 CC consta de dos párrafos y que en ellos se contienen dos normas distintas sobre interpretación, y que, además, "el art. 1282 CC es complementario del segundo párrafo del art. 1281 y no del primero. Por ello, como se afirma en la sentencia de 1 diciembre 2006, no pueden alegarse conjuntamente, ya que en el primer caso son factor decisivo de la interpretación las palabras y, en el segundo, la intención evidente de los contratantes" (ver asimismo y en el mismo sentido, las sentencias citadas en dicha resolución)".

Y así lo hemos venido reiterando en numerosos Autos de inadmisión, como - por todos - en el de 21 de septiembre de 2016 (Rec. núm. 34/2015), en que se argumenta la inadmisión del recurso del siguiente modo:

"[...] la parte recurrente cita como infringidos los artículos 1281 párrafo 1º y 1282 CC, que contienen reglas de interpretación diferentes, de manera que no pueden alegarse conjuntamente como infringidos, ya que el segundo solo entraría en juego cuando por falta de claridad de los términos de un contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes, siendo de aplicación subsidiaria."

A lo anterior se suma la doctrina jurisprudencial sobre las limitaciones para la revisión de la interpretación de los contratos hecha en la instancia. Como dijimos en la Sentencia 198/2012, de 26 de marzo:

"A) Es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. E incluso en el supuesto de fundarse un motivo en la infracción de las normas que regulan la interpretación de los contratos, como es el caso, también se ha declarado que no se pueden considerar infringidas dichas normas legales cuando, lejos de combatirse una labor interpretativa abiertamente contraria a lo dispuesto en ellas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto. En consecuencia, el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SSTS de 4 de abril de 2011, RC n.º 41/2007; 13 de junio de 2011, RC n.º 1008/2007; 4 de octubre de 2011, RC n.º

1551/2008y 10 de octubre de 2011, RC n.º 1148/2008, entre las más recientes)".

Es lícito que la recurrente defienda una interpretación del protocolo familiar basada en la consideración de que en el mismo se imponía, por la vía de la obligación del mantenimiento de unos determinados coeficientes de propiedad en el capital social de las sociedades integradas en el grupo empresarial familiar, una prohibición o limitación a la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales en que se divide aquél, sin límite de plazo, y que por ello disienta de la interpretación que la sentencia recurrida ha sostenido en su fundamentación.

Pero, como resulta de la jurisprudencia antes reseñada, en sede del recurso de casación debe prevalecer el criterio interpretativo de la regulación contractual hecha por el tribunal de instancia aunque dicha interpretación no sea la única posible, incluso en aquellos casos en que cupiera alguna duda razonable acerca de su acierto, pues este tribunal de casación sólo puede revisar dicha interpretación contractual para corregir no su oportunidad, conveniencia o pleno acierto (en caso de ser posible más de una interpretación), sino exclusiva y excepcionalmente su posible ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico.

Tachas que no cabe imputar a la interpretación asumida y argumentada por la Audiencia Provincial cuando niega la existencia de dicha prohibición o limitación en la transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales temporalmente ilimitada, al vincular los compromisos asumidos en el protocolo familiar a la finalidad de facilitar una ordenada sucesión en las empresas familiares para el caso y momento del fallecimiento de sus fundadores. Así resulta de la sentencia cuando afirma que "[...] en dicho acuerdo, dicho reparto de acciones y participaciones de las sociedades, no se (sic) obliga a una persistencia perpetua de dichos coeficientes [...]", o que "[...] el Protocolo tan solo perseguía un compromiso respecto a la sucesión ordenada tras el fallecimiento de los primitivos titulares de las acciones, lo cual se cumplió [...]".

3.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación del recurso de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de

septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

QUINTO.- Recurso de casación. Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- Planteamiento.

El tercer motivo del recurso, acogido al art. 477.1 LEC, denuncia infracción del art. 7.1 CC y de la doctrina jurisprudencial que decreta la inadmisibilidad de ir contra los actos propios.

En el desarrollo del motivo, en síntesis, se alega que la sentencia de la Audiencia rechaza el recurso de apelación, que se fundaba en denunciar el comportamiento de los demandados como contrario a sus propios actos, afirmando que los recurrentes también intentaron solventar la crisis de empresas familiares, primero con una escisión de sociedades y luego con su propia iniciativa de comprar y vender participaciones a otros de sus hermanos. El recurso combate tales argumentos razonando que ni la escisión de empresas es una operación unilateral ni prohibida por el convenio familiar, que puede ser dejado sin efecto por todas las partes de común acuerdo, ni es cierto, según alegan en el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, que los mismos recurrentes realizaran intento alguno de alterar los coeficientes de participación del grupo de empresas, coeficientes que habían sido modificados con la suscripción de las permutas de fecha 23 de julio de 2013. Argumentan que la voluntad y obligación de mantener los porcentajes de participación en las distintas empresas del grupo por parte de todos los hermanos no quedó solo en una mera declaración de intenciones entre las partes, sino que tuvo eficacia práctica y fue cumplida en los años siguientes por todos los firmantes del protocolo, lo que integraría una conducta que daría base, según su tesis impugnativa, a la aplicación del art. 7.1 CC, que impone como límite al ejercicio de los derechos subjetivos las exigencias de la buena fe, y a la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios.

Cita como infringidas diversas sentencias de esta Sala, entre ellas las núm. 81/2005, de 16 de febrero, y 77/1999, de 30 de enero, en la cual se afirma:

"[...] para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su apoyo legal en el artículo 7.1 del Código Civil, ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos

propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual (Sentencias de 10-6 y 17-12-1994, 30-10-1995 y 24-6-1996".

2.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo.

El motivo debe ser desestimado porque incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica.

Como señalamos en nuestra sentencia 484/2018, de 11 de septiembre, "los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)".

El recurso incurre en el citado defecto de petición de principio al contradecir la base fáctica asumida por las instancias, tras la correspondiente valoración probatoria, al negar uno de los hechos que afirma la Audiencia, directamente relacionados con el presente motivo, relativo a la realización por los recurrentes de diversos intentos de alterar los coeficientes de participación en el grupo de empresas familiares, que no llegaron a fructificar por el fracaso de las negociaciones. Así afirman en el recurso que:

"[...] la apreciación fáctica que realiza la sentencia para rechazar su aplicación incurre en error patente, porque las negociaciones encaminadas a comprar o vender participaciones de las sociedades a otros hermanos se desarrollan muy posteriormente en el tiempo a la suscripción de las permutas de 23 de julio de 2013 y se ejecutan en un momento en que el protocolo familiar había sido ya rescindido de forma unilateral y sorpresiva, por los demandados".

Como hemos dicho, la Audiencia parte de la existencia de intentos por parte de los recurrentes de concluir negocios jurídicos con la finalidad de alterar los coeficientes de participación en las sociedades del grupo. Así lo afirma cuando dice en el fundamento de derecho tercero que:

"En dicho intento de cambio de porcentajes con las sucesivas transmisiones y permutas, participaron no solo los demandados sino también los propios demandantes representados por su hijo don Jacobo, que reconoció haber llevado a cabo tales negociaciones tanto para la venta como para la adquisición de las acciones y participaciones de sus padres D. Narciso y de D.ª Mariola, los ahora recurrentes".

Idea que reitera más adelante en el fundamento de derecho cuarto cuando niega la nulidad de las operaciones de compraventa y permuta interesada por la demandante "cuando ella misma lo ha intentado respecto de su rama y otras ramas de la familia como lo confirmó el propio testigo D. Jacobo hijo de los demandantes".

Esta base fáctica resulta ahora intangible en esta sede, y en combinación con la regla jurídica condensada en la máxima tu quoque, al imputar a la otra parte una conducta en la que la propia recurrente ha incurrido, enerva la eficacia limitativa para el ejercicio de los derechos subjetivos propia de la buena fe, conforme al apotegma jurídico *nemo auditur sua turpitudinem allegans*, impidiendo la invocación de una normativa (art. 7.1 CC) que, de aceptarse la tesis impugnativa de los recurrentes sobre la permanencia indefinida de los compromisos protocolares, habría sido igualmente contrariada por quien ahora pretende ampararse en ella (vid. entre otras, sentencia núm. 104/1995 de 17 febrero).

En conclusión, no hay base jurídica en esta sede casacional para declarar el incumplimiento doloso del protocolo familiar que pretenden los recurrentes, ni para declarar la nulidad de los contratos de permutas y compraventas impugnados ni, en consecuencia, para condenar a la indemnización de daños y perjuicios postulada, como condena tributaria de aquél pretendido incumplimiento».