

Jurisprudencia

Resoluciones judiciales e-Dictum septiembre

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora de Derecho Mercantil. Universidad Antonio de Nebrija

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Asunto C-649/13] DE 11 DE JUNIO DE 2015

Los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, con carácter alternativo a los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento secundario.

« [...] El grupo Nortel era proveedor de soluciones técnicas para redes de telecomunicaciones. Nortel Networks Limited (en lo sucesivo, «NNL»), establecida en Mississauga (Canadá), poseía la mayoría de las filiales del grupo Nortel en el mundo, entre ellas NNSA, establecida en les Yvelines (Francia).

10 La casi totalidad de la propiedad intelectual derivada de la actividad de investigación y desarrollo de las filiales especializadas del grupo Nortel estaba registrada, principalmente en Norteamérica, a nombre de NNL, que concedía a esas filiales, entre ellas NNSA, licencias exclusivas gratuitas para la explotación de la propiedad intelectual del grupo. Esas filiales también debían conservar la propiedad económica («beneficial ownership») de esa propiedad intelectual, en función de su respectiva contribución. Un convenio interno del grupo, denominado «Master R & D Agreement» (en lo sucesivo, «el acuerdo MRDA»), regulaba las relaciones jurídicas entre NNL y las mismas filiales.

11 Al atravesar el grupo Nortel graves dificultades financieras en 2008, sus directivos decidieron promover simultáneamente procedimientos de insolvencia en Canadá, en los Estados Unidos y en la Unión Europea. Por resolución de 14 de enero de 2009 la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Royaume-Uni), abrió un procedimiento principal de insolvencia de Derecho inglés respecto al conjunto de las sociedades del grupo Nortel establecidas en la Unión Europea, entre ellas NNSA, en aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000.

12 A petición conjunta de NNSA y de los administradores mancomunados, el tribunal remitente abrió, por resolución de 28 de mayo de 2009, el procedimiento secundario respecto a NNSA y designó al Sr. Rogeau como liquidador judicial en ese procedimiento.

13 El 21 de julio de 2009 un acuerdo de terminación de conflicto puso fin a un conflicto social en NNSA (en lo sucesivo, «acuerdo de terminación de conflicto»). Este acuerdo preveía el pago de una indemnización complementaria por despido, una parte de la cual se pagaba de forma inmediata y otra parte, denominada «indemnización complementaria por despido aplazada» (en lo sucesivo, «ICD aplazada»), debía pagarse, una vez finalizada la actividad, con cargo a los fondos disponibles procedentes de la venta de los activos, tras el pago de los costes derivados de la continuación de la actividad de NNSA durante los procedimientos principal y secundario y de los gastos de gestión («administración expenses»).

14 El 1 de julio de 2009 los órganos de los procedimientos principal y secundario firmaron un acuerdo de coordinación de los dos procedimientos (en lo sucesivo, «acuerdo de coordinación»), a cuyo tenor los gastos de gestión debían pagarse en su totalidad de forma prioritaria, sea cual fuera el lugar donde estuvieran situados los activos vendidos. Por sentencia de 24 de septiembre de 2009 el tribunal remitente homologó los acuerdos de coordinación y de terminación de conflicto.

15 Para conseguir la mejor valorización de los activos del grupo Nortel, los administradores de los diferentes procedimientos de insolvencia abiertos en el mundo acordaron la venta de esos activos de forma global, por ramas de actividad. Según un acuerdo titulado «Interim Funding and Settlement Agreement» (en lo sucesivo, «acuerdo IFSA»), concluido el 9 de junio de 2009 entre NNL y varias filiales del grupo Nortel, éstas renunciarían a su debido tiempo a sus derechos de propiedad industrial e intelectual comprendidos en el acuerdo MRDA. En cambio, los derechos de licencia de los que disfrutaban las filiales se mantendrían hasta el término de las operaciones de liquidación y enajenación, y los

derechos de esas filiales como propietarias económicas de la propiedad intelectual en cuestión se mantendrían.

16 En virtud del acuerdo IFSA los ingresos por las transmisiones de activos del grupo Nortel se depositarían en cuentas bloqueadas denominadas «lockbox» (en lo sucesivo, «lockbox»), en entidades de crédito establecidas en los Estados Unidos, y las cantidades depositadas en la «lockbox» sólo se distribuirían previo acuerdo concluido por la totalidad de las entidades de ese grupo. NNSA pasó a formar parte del acuerdo IFSA en virtud de un acuerdo de adhesión celebrado el 11 de septiembre de 2009. Los ingresos por las transmisiones fueron depositados en cuentas bloqueadas según había previsto el acuerdo IFSA, sin que no obstante se haya alcanzado aún ningún acuerdo sobre su reparto.

17 El 23 de noviembre de 2010 un informe elaborado por el Sr. Rogeau en el marco del procedimiento secundario ponía de manifiesto un haber de 38.980.313 euros en las cuentas bancarias de NNSA a 30 de septiembre de 2010, lo que permitía proyectar un primer pago de la ICD aplazada a partir de mayo de 2011. Sin embargo, tras un requerimiento por el comité de empresa de NNSA, el Sr. Rogeau le manifestó por correo de 18 de mayo de 2011 que le era imposible cumplir los términos del acuerdo de terminación de conflicto, dado que una previsión de tesorería mostraba un resultado negativo de cerca de 6 millones de euros, en especial como consecuencia de varias solicitudes de pago de los administradores mancomunados, en razón especialmente de los gastos causados por la continuación de las actividades del grupo Nortel durante el procedimiento y por la transmisión de ciertos activos.

18 Disconformes con esa situación, el comité de empresa de NNSA y antiguos empleados de NNSA ejercieron una acción ante el tribunal de commerce de Versailles (Francia), con objeto de que se declarase que el procedimiento secundario les atribuye el derecho exclusivo y directo sobre la parte proporcional de los ingresos por la enajenación global de los activos del grupo Nortel que corresponde a NNSA, y de que se condenara al Sr. Rogeau, en su calidad de liquidador judicial, al pago inmediato de la ICD aplazada hasta el límite de las cantidades disponibles de NNSA.

19 Seguidamente, el Sr. Rogeau demandó a los administradores mancomunados, a título de intervención necesaria, ante el tribunal remitente. Éstos solicitaron no obstante al tribunal de commerce de Versailles que se declarase internacionalmente incompetente, a favor de la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division. Con carácter subsidiario los administradores mancomunados solicitaron al tribunal remitente que se declarase

incompetente para resolver acerca de los bienes y derechos que no estaban situados en Francia, en el sentido del artículo 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000, en la fecha de adopción de la decisión de abrir el procedimiento secundario.

20 El tribunal remitente expone que, para pronunciarse sobre las pretensiones de las que conoce, tendrá que resolver previamente sobre su competencia para determinar el alcance de los efectos del procedimiento secundario. Estima también que deberá determinar si los efectos de un procedimiento secundario pueden extenderse a los bienes del deudor situados fuera de la Unión.

21 En esas circunstancias el tribunal de commerce de Versailles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado de apertura de un procedimiento secundario, exclusiva o alternativamente con los órganos jurisdiccionales del Estado de apertura del procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos del procedimiento secundario, en virtud de los artículos 2, letra g), 3, apartado 2, y 27 del Reglamento [...] y, en el supuesto de que la competencia sea exclusiva o alternativa, el Derecho aplicable es el del procedimiento principal o el del procedimiento secundario?»

Sobre la cuestión prejudicial

22 La cuestión planteada se compone de dos partes que conviene examinar por separado. La primera concierne al reparto de la competencia jurisdiccional entre el juez del procedimiento principal y el juez del procedimiento secundario, mientras que la segunda trata de identificar el Derecho aplicable a la determinación de los bienes del deudor sujetos a los efectos del procedimiento secundario.

Sobre la primera parte de la cuestión prejudicial

23 Mediante la primera parte de la cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta en sustancia si los artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000 deben interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro de apertura de un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, exclusiva o alternativamente con los tribunales del Estado miembro de apertura del procedimiento principal de insolvencia, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos del procedimiento secundario.

24 En ese sentido, aunque la cuestión se refiere únicamente al Reglamento nº 1346/2000, será preciso no

obstante determinar ante todo si la competencia del tribunal remitente en ese contexto se regula por el Reglamento citado o bien por el Reglamento nº 44/2001. Seguidamente, habrá que verificar si, con fundamento en las disposiciones del Reglamento aplicable, concurre la competencia de ese tribunal en un supuesto como el del asunto principal. Finalmente, se examinará si esa competencia debe considerarse exclusiva o alternativa.

Sobre la aplicabilidad de los Reglamentos nos 1346/2000 y 44/2001

25 Es oportuno recordar que los litigios principales se insertan en el contexto de la aplicación de una pluralidad de acuerdos concluidos por o entre las partes en el asunto principal, entre ellos en especial los acuerdos IFSA y MRDA, así como los acuerdos de coordinación y de terminación de conflicto. La competencia para resolver un litigio acerca de la interpretación de uno o varios de esos acuerdos puede estar regulada por las disposiciones del Reglamento nº 44/2001, incluso si ese litigio enfrenta a los liquidadores de dos procedimientos de insolvencia, uno principal y otro secundario, regidos ambos por el Reglamento nº 1346/2000.

26 En ese sentido el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que los Reglamentos nos 44/2001 y 1346/2000 deben interpretarse de tal manera que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos instrumentos establecen, así como todo vacío jurídico. De este modo, las acciones que, en virtud del artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 44/2001, estén excluidas del ámbito de aplicación de este último Reglamento, por relacionarse con «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos», entrarán en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000. De modo simétrico, las acciones que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 entrarán en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 (sentencia Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, apartado 21 y jurisprudencia citada).

27 El Tribunal de Justicia también ha juzgado que el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000 no debe ser objeto de interpretación amplia, y que únicamente están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 las acciones que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y que están estrechamente relacionadas con él (en lo sucesivo, «acciones anexas»). Como consecuencia de ello, tan sólo las mencionadas acciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000 (véase la sentencia Nickel &

Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, apartados 22 y 23 y jurisprudencia citada).

28 Por último, el Tribunal de Justicia ha fijado como criterio decisivo para determinar el ámbito al que corresponde una acción, no el contexto procesal en el que ésta se inserta, sino el fundamento jurídico de la propia acción. Según este criterio, se ha de determinar si la fuente del derecho o de la obligación que sustenta la acción son las normas comunes del Derecho civil y mercantil o las normas especiales propias de los procedimientos de insolvencia (sentencia Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, EU:C:2014:2145, apartado 27).

29 En el presente asunto, aunque corresponde al tribunal remitente apreciar el contenido de los diversos acuerdos concluidos por las partes en el asunto principal, se advierte no obstante que los derechos u obligaciones en los que se sustentan las acciones ejercidas en él derivan directamente de un procedimiento de insolvencia, se relacionan estrechamente con éste y tienen su fuente en reglas específicas propias de los procedimientos de insolvencia.

30 En efecto, la solución de los litigios principales depende en particular del reparto del producto de la venta de los activos de NNSA entre el procedimiento principal y el procedimiento secundario. Como parece deducirse del acuerdo de coordinación, y según confirmaron las partes en la vista, ese reparto deberá producirse en sustancia aplicando las disposiciones del Reglamento nº 1346/2000, sin que el referido acuerdo ni los otros acuerdos en cuestión en el asunto principal pretendan modificar su contenido. Los derechos u obligaciones en los que se sustentan las acciones en el asunto principal tiene[n] su fuente por tanto en los artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000, por lo que éste es aplicable.

Sobre las reglas de competencia previstas por el Reglamento nº 1346/2000

31 Acerca de la competencia del tribunal que ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento, según reiterada jurisprudencia el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que atribuye a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia una competencia internacional para conocer de las acciones anexas (véase en particular la sentencia F-Tex, C-213/10, EU:C:2012:215, apartado 27 y jurisprudencia citada).

32 Aun si hasta la actualidad el Tribunal de Justicia sólo ha reconocido la competencia internacional para resolver sobre una acción anexa de los tribunales del Estado miembro que son competentes en virtud del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, es necesaria una interpretación análoga del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000.

33 En efecto, atendiendo al sistema y el efecto útil del Reglamento nº 1346/2000, debe considerarse que el artículo 3, apartado 2, de éste atribuye a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia una competencia internacional para conocer de las acciones anexas si éstas tiene por objeto los bienes del deudor que se encuentran en el territorio de ese Estado miembro.

34 Por un lado, como ha expuesto el Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, el artículo 25, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento nº 1346/2000 establece la obligación de los Estados miembros de reconocer y ejecutar las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas tanto por los tribunales competentes en virtud del artículo 3, apartado 1, de ese Reglamento como por los tribunales cuya competencia se basa en el apartado 2 del mismo artículo 3, mientras que el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, de ese Reglamento precisa que el párrafo primero se aplicará también a las «resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste», a saber, a las resoluciones que resuelvan, en particular, sobre una acción anexa.

35 Pues bien, al prever una obligación de reconocimiento de las resoluciones «anexas» dictadas por los tribunales competentes en virtud del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000, este Reglamento parece atribuir a esos tribunales, al menos implícitamente, la competencia para dictar esas resoluciones.

36 Por otro lado, hay que recordar que uno de los objetivos esenciales que persigue la posibilidad de abrir un procedimiento secundario de insolvencia prevista en el artículo 27 del Reglamento nº 1346/2000 es la protección de los intereses locales, sin perjuicio de que ese procedimiento pueda perseguir también otros objetivos (véase en ese sentido la sentencia Burgo Group, C-327/13, EU:C:2014:2158, apartado 36).

37 Pues bien, una acción anexa como la del asunto principal, que pretende la declaración de que determinados bienes están sujetos a un procedimiento secundario de

insolvencia, trata precisamente de proteger esos intereses. Esa protección y por tanto el efecto útil del artículo 27 de ese Reglamento se debilitarían considerablemente si la referida acción anexa no se pudiera ejercer ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento secundario.

38 Se debe concluir en consecuencia que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, en virtud del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento.

Sobre el carácter exclusivo o alternativo de la competencia internacional para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de procedimiento secundario de insolvencia

39 Finalmente, en lo que concierne a la cuestión de si la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento, es exclusiva o alternativa, conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce la competencia de los tribunales, en virtud del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, para resolver sobre las acciones anexas se fundamenta principalmente en el efecto útil de ese Reglamento (véanse en ese sentido las sentencias Seagon, C-339/07, EU:C:2009:83, apartado 21, y F-Tex, C-213/10, EU:C:2012:215, apartado 27). Según resulta del apartado 37 de la presente sentencia, así sucede también en lo concerniente a la competencia análoga de los tribunales que sean competentes con fundamento en el apartado 2 del mismo artículo 3.

40 Por consiguiente, para determinar el carácter exclusivo o alternativo de la competencia internacional para resolver sobre las acciones anexas, y por tanto el alcance de los apartados 1 y 2 del referido artículo 3, también es necesario garantizar el efecto útil de esas disposiciones.

41 Así pues, en el supuesto de una acción que pretende la declaración de que determinados bienes del deudor están sujetos a los efectos del procedimiento secundario de insolvencia, como las acciones de que se trata en el asunto principal, es preciso observar que una acción de esa clase incide directamente de modo evidente en los intereses afectados por el procedimiento principal de insolvencia, toda vez que la declaración instada implicaría necesariamente que los bienes referidos no estén sujetos al procedimiento principal. No obstante, como el Abogado General ha

manifestado en sustancia en el punto 57 de sus conclusiones, los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal son también competentes para resolver sobre las acciones anexas y por tanto para determinar el alcance de los efectos de ese último procedimiento.

42 Siendo así, una competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia para resolver sobre los bienes del deudor sujetos a los efectos del referido procedimiento privaría de su efecto útil al artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, dado que esa disposición prevé una competencia internacional para resolver sobre las acciones anexas, y por tanto no puede ser acogida.

43 Por otra parte, de las disposiciones del Reglamento nº 1346/2000 no se deduce que éste atribuya al tribunal que haya conocido del asunto en primer lugar la competencia para resolver sobre una acción anexa. Tampoco se deduce esa competencia, como ha alegado el comité de empresa de NNSA, de la sentencia *Staubitz-Schreiber* (C-1/04, EU:C:2006:39), que tiene por objeto un supuesto diferente, el de la atribución de la competencia para abrir un procedimiento principal de insolvencia, y por tanto la atribución de una competencia que es exclusiva en virtud de las disposiciones de ese Reglamento.

44 Es cierto, como han mantenido varios interesados, que el reconocimiento en ese contexto de una competencia jurisdiccional «alternativa» crea un riesgo de resoluciones concurrentes y potencialmente inconciliables.

45 No obstante, como ha observado el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el artículo 25, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 permitirá evitar el riesgo de resoluciones inconciliables, al obligar a todo tribunal que conozca de una acción anexa, como las del asunto principal, a reconocer una resolución anterior dictada por otro tribunal competente en virtud del artículo 3, apartado 1 o, en su caso, apartado 2, del mismo Reglamento.

46 Por todas las consideraciones precedentes se ha de responder a la primera parte de la cuestión planteada que los artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000 deben interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, con carácter alternativo a los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento secundario.

Sobre la segunda parte de la cuestión prejudicial

47 Mediante la segunda parte de su cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia qué Derecho es aplicable a la determinación de los bienes del deudor sujetos a los efectos de un procedimiento secundario de insolvencia.

48 Es oportuno recordar en ese sentido que los efectos de un procedimiento secundario de insolvencia se limitan, según resulta de los artículos 3, apartado 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000, a los bienes del deudor que se encontraban en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia en el territorio del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento secundario.

49 Además, de los considerandos 6 y 23 del Reglamento nº 1346/2000, se deduce que ese Reglamento establece normas uniformes de conflicto sobre la ley aplicable que sustituyen a las normas de Derecho internacional privado nacionales, y que esa sustitución se limita, conforme al principio de proporcionalidad, al ámbito de aplicación de las reglas previstas por el mismo Reglamento. Así pues, en relación con una acción anexa como las del asunto principal, ese Reglamento no excluye en principio toda aplicación de la legislación del Estado miembro del tribunal ante el que está pendiente esa acción, relacionada con el Derecho internacional privado de ese Estado, si el Reglamento nº 1346/2000 no contiene una regla uniforme reguladora de la situación considerada.

50 No obstante, en lo que atañe a la cuestión de saber si debe considerarse que un bien está situado en el territorio de un Estado miembro en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia a los efectos de la aplicación del Reglamento nº 1346/2000, se ha de observar que éste prevé efectivamente reglas uniformes que excluyen en esa medida el recurso al Derecho nacional.

51 En efecto, del artículo 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000 resulta que, a los efectos de ese Reglamento, el «Estado miembro en el que se encuentre un bien» es, para los bienes materiales, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el bien, para los bienes y derechos cuya propiedad o titularidad deba inscribirse en un registro público, el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve dicho registro, y para los créditos, el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el centro de los intereses principales de su deudor, tal como se determina en el apartado 1 del artículo 3 del mismo Reglamento. No obstante la complejidad de la situación jurídica objeto del asunto principal, esa regla debe permitir que el tribunal remitente determine la localización de los bienes, los derechos o los créditos afectados.

52 Es preciso añadir en ese sentido que, aunque el artículo 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000 sólo haga referencia expresa a los bienes, los derechos y los créditos situados en un Estado miembro, no cabe deducir de ello que esa disposición no sea aplicable en el supuesto de que el bien, el derecho o el crédito afectado deban considerarse situados en un tercer Estado.

53 En efecto, para identificar los bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia basta comprobar si en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia éstos se encontraban, en el sentido del artículo 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000, en el territorio del Estado miembro en el que se abrió ese procedimiento, sin que incida en ello la cuestión de determinar en qué otro Estado, en su caso, se hubieran encontrado esos bienes en un momento posterior.

54 Por consiguiente, en el asunto principal incumbe al tribunal remitente comprobar, en primer término, si los bienes en cuestión, que al parecer no pueden ser considerados bienes materiales, constituyen bienes o derechos que el propietario o el titular debe hacer inscribir en un registro público, o si deben ser considerados como créditos. En segundo término, incumbirá al mismo tribunal determinar si el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva ese registro es el mismo en el que se ha abierto el procedimiento secundario de insolvencia, en el presente asunto la República Francesa, o en su caso si el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor es la República Francesa. Sólo en el caso de que una de esas comprobaciones lleve a un resultado positivo, los bienes considerados estarán sujetos al procedimiento secundario de insolvencia abierto en Francia.

55 Siendo así, se ha de responder a la segunda parte de la cuestión planteada que la determinación de los bienes del deudor sujetos a los efectos de un procedimiento secundario de insolvencia debe realizarse conforme a las disposiciones del artículo 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1856/2013] DE 21 DE MAYO DE 2015 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Obligaciones y contratos.- Frente a la mediación, el contrato de agencia exige estabilidad en la relación. A estos efectos, no puede confundirse la "estabilidad" de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado.- En la mediación puede condicionarse el pago de la comisión al buen éxito de las operaciones.

La entidad "Kenzo Invest, S.L." (en lo sucesivo, Kenzo) interpuso demanda contra la entidad "Lomas de Campoamor, S.A." (en lo sucesivo, Lomas de Campoamor) en la que le reclamaba 1.339.258,44 euros, como cesionaria del crédito que "GZS Boon Properties, S.L." (en lo sucesivo, GZS) ostentaba frente a Lomas de Campoamor. El crédito cedido correspondería a las comisiones devengadas por GZS por su intervención en la venta de viviendas llamadas "Iron" (1.188.161,66 euros) y "Albatros", "Molinos", "Almendros" y "Mallorca" (151.120,03 euros).

Resumiendo los argumentos fundamentales de la demanda, la demandante alegaba que la relación contractual que vinculaba a Lomas de Campoamor con GZS y en la que se había devengado el crédito que le había sido cedido, constituía un contrato de agencia; que en el acuerdo de 1 de julio suscrito entre Lomas de Campoamor y GZS, por el que se condicionaba el pago de las comisiones pendientes de abonar al cumplimiento de ciertas condiciones, había existido un vicio en el consentimiento prestado por GZS y era nulo porque las condiciones impuestas para que GZS cobrara las comisiones ya devengadas por su intermediación en la venta de las viviendas "Iron" eran contrarias a los arts. 1.256, 1.115 y 1.116 del Código Civil y al art. 16 de la Ley del Contrato de Agencia 1992, pues el cumplimiento de las condiciones se dejaba a la exclusiva voluntad de Lomas de Campoamor, y las condiciones previstas en él habían sido cumplidas salvo en los casos en que el propio incumplimiento en que incurrió Lomas de Campoamor lo impidió, por lo que debía aplicarse el art. 1.119 del Código Civil.

2.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó únicamente la reclamación de 151.120,03 euros correspondiente a las comisiones derivadas de la mediación en la venta de las viviendas "Albatros", "Molinos", "Almendros" y "Mallorca" y desestimó el resto de la demanda. Desestimó la reclamación de 1.188.161,66 euros correspondientes a la intervención de GZS en la venta de las

viviendas "Iron" pues reconoció la validez del documento de 1 de julio de 2005, al no existir vicio del consentimiento y ser válida la renuncia al cobro de comisiones ya devengadas, y porque el acuerdo de 1 de julio de 2005 exigía el cumplimiento de las condiciones en todas las operaciones de compraventa relacionadas en el anexo, habiéndose reconocido que ello no había tenido lugar, y además el acuerdo recogía una serie de operaciones que habían sido canceladas, por lo que debían devolverse las comisiones, sin que ello hubiera resultado acreditado.

3.- Ambas partes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos, salvo el interpuesto por Kenzo en lo relativo a que la condena a Lomas de Campoamor al pago de 151.120,03 euros debía devengar el interés previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

4.- Kenzo ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en cuatro motivos.

[...]

Recurso de casación.

SEXTO.- Formulación de los tres primeros motivo del recurso de casación.

1.- Los epígrafes que encabezan los tres primeros motivos del recurso de casación son los siguientes: «Motivo primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de fecha 10 de enero de 2011 (RJ 2011, 151) y la sentencia de 9 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1371)».

«Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 3.1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, en relación con el art. 16 de la misma Ley, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 7 de abril de 2003 (RJ 2003, 2951), de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7448), y de 7 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7317)».

«Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 19 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, en relación con el art. 3.1 de la misma Ley, del art. 272 del Código de Comercio y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 21 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4272) y en la sentencia de 21 de julio de 2004 (RJ 2004, 4874)».

2.- En el primer motivo del recurso Kenzo alega que se cumplían los requisitos definidos por el Tribunal Supremo para considerar que el contrato que unía a GZS con Lomas de Campoamor era un contrato de agencia. La concurrencia de tales requisitos resultaría de la prueba practicada, en concreto de las pruebas de interrogatorio de parte y de testigos, que reproduce fragmentariamente.

Partiendo de esa base, en los motivos segundo y tercero Kenzo alega que el acuerdo de 1 de julio de 2005 era nulo porque era contrario a la normativa imperativa de la Ley del Contrato de Agencia, en concreto a sus arts. 16 y 19, en relación al 3.1, así como al art. 272 del Código de Comercio, y a la jurisprudencia que los desarrolla.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Petición de principio.

1.- El recurso de casación debe argumentar la existencia de la infracción legal denunciada sobre la base sentada en la sentencia de instancia, no sobre la que el recurrente reconstruya a su voluntad.

Kenzo interpreta la prueba practicada de un modo distinto a como lo hizo la Audiencia Provincial, para concluir que las características de la relación contractual que unía a GZS con Lomas de Campoamor eran diferentes a las que la Audiencia Provincial tomó en consideración, y que por eso la calificación del contrato como de mediación o corretaje fue incorrecto, pues en realidad el contrato era de agencia.

Planteado el motivo en estos términos, debe desestimarse porque incurre en petición de principio.

2.- La calificación del contrato, que presupone la previa interpretación de la voluntad de los declarantes y posibilita la subsunción del mismo bajo las normas adecuadas, merece un control muy limitado por medio del recurso de casación. En las sentencias núm. 1173/2006, de 27 de noviembre (RJ 2007, 272), y núm. 590/2014, de 30 de octubre (RJ 2014, 5864), declaramos que calificar los contratos es competencia de los tribunales de las instancias y que las conclusiones de los mismos al respecto, no pueden ser revisadas por medio del recurso de casación, a no ser que resulten contrarias a la ley, arbitrarias o ilógicas, dado que la verificación casacional no alcanza a sustituir el criterio expresado por dichos tribunales por otro que se pretenda preferible o más oportuno, pues de seguir tal orientación el recurso extraordinario abriría al respecto una tercera instancia.

3.- La Audiencia Provincial consideró que la relación contractual establecida entre GZS y Lomas de Campoamor no tenía carácter estable y continuado, y cualquiera de las partes podía dejarla sin efecto en cualquier momento. Por tales

razones la calificó como contrato de mediación o corretaje. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el contrato de agencia se distingue del contrato de simple mediación o corretaje por la nota de la estabilidad y la permanencia (entre las últimas, sentencias núm. 777/2011, de 9 noviembre (RJ 2012, 1371), y 448/2014, de 30 julio (RJ 2014, 4793)).

Las alegaciones de Kenzo que fundan la denuncia de infracción legal en la calificación del contrato por atribuirle características diferentes a las establecidas por la Audiencia (como que la relación contractual era continuada y estable) no pueden ser tomadas en consideración pues incurren en petición de principio, como se ha expuesto.

Que GZS hubiera mediado en la compraventa de más de 200 viviendas promovidas por Lomas de Campoamor no supone que la calificación contractual hecha por la Audiencia Provincial sea arbitraria, ilógica o incurra en infracción legal. Como han declarado las sentencias de esta Sala núm. 860/2011, de 10 enero (RJ 2011, 151), 777/2011, de 9 noviembre (RJ 2012, 1371), y 448/2014 de 30 julio (RJ 2014, 4793), no puede confundirse la "estabilidad" de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado, singularmente cuando, a pesar de efectuarse un encargo aislado, su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único.

En la segunda de dichas sentencias, la Sala declaraba que «la sentencia recurrida confunde el encargo de mediar en la colocación de dos promociones inmobiliarias, con una inexistente estabilidad de la relación, ya que la relación entre el 'empresario' y el 'agente' estaba abocada estructuralmente desde el mismo momento de su inicio a finalizar una vez concluida la venta de los distintos apartamentos que componían los complejos inmobiliarios». Por tanto, la alegación de la recurrente de que GZS intervino en la venta de apartamentos de varias promociones de la demandada no puede servir para sustentar la impugnación de la calificación que la Audiencia Provincial ha hecho del contrato como contrato de mediación o corretaje, y no de agencia.

4.- Sentado lo anterior, los motivos segundo y tercero quedan sin base. La Audiencia Provincial ha calificado el contrato como contrato de mediación o corretaje. Como tal, no le es aplicable la Ley del Contrato de Agencia, por lo que no han podido cometerse las infracciones de la normativa imperativa que se denuncian en los motivos segundo y tercero, porque no le es aplicable.

OCTAVO.- Formulación del motivo cuarto del recurso de casación

1.- El motivo cuarto del recurso de casación se encabeza así: «Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 1.256 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1333) y de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7265), así como por infracción de los arts. 1.115 y 1.116 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 2 de junio de 1993 (RJ 1993, 4378) y de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 611)».

2.- Las razones que fundamentan el motivo son, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe esos preceptos legales, al no aplicarlos, puesto que las condiciones a cuyo cumplimiento se supeditó el pago a GZS de las comisiones devengadas por la intervención en la venta de viviendas dependían de la propia demandada, Lomas de Campoamor, pues era necesario que esta cumpliera con las obligaciones que para ella dimanaban de los contratos de compraventa, finalizando la construcción de las viviendas para que pudieran firmarse las escrituras de compraventa o los compradores que desearan desistirse de la compraventa perdieran las cantidades entregadas.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Las condiciones potestativas

1.- La jurisprudencia de esta Sala ha considerado aplicable la previsión del art. 1.115 del Código Civil a la condición puramente potestativa, es decir, que depende del mero arbitrio del obligado, pero no cuando su voluntad está en estrecha dependencia de motivos razonables. Así lo han declarado, entre otras, las sentencias núm. 355/2005, de 16 mayo (RJ 2005, 4002), y 305/2012 de 16 mayo (RJ 2012, 6351).

2.- Condicionar el pago de la comisión al buen éxito de las operaciones en que ha intervenido el mediador no solo no entra en la órbita del art. 1.115 del Código Civil (y menos aún en la del 1.116), sino que es una condición prevista expresamente por la ley en otro tipo de contratos de colaboración, como es el caso del contrato de agencia, bien es cierto que en este caso sometida a unos requisitos (previsión expresa por escrito y pago de una comisión de garantía) que no son exigibles cuando el contrato es de corretaje.

Por tanto, la Audiencia Provincial no ha infringido los preceptos legales invocados por la recurrente.

DÉCIMO.- Formulación del quinto motivo del recurso de casación

1.- El quinto motivo del recurso de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Motivo quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción del art. 17 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, y del art. 1.119 del Código Civil y la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1998), y de 23 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4006)».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la sentencia recurrida infringe el art. 1.119 del Código Civil porque no tiene por cumplida la condición prevista en el acuerdo pese a que fue la propia demandada quien impidió su cumplimiento, pues la sentencia no considera cumplida la condición en las operaciones de compraventa que se frustraron por culpa de Lomas de Campoamor, no considera[n]do la Audiencia probado esto último por una valoración absolutamente subjetiva e irracional que obvia la prueba obrante en el proceso, haciendo la recurrente una remisión a distintas pruebas practicadas, que habrían sido incorrectamente interpretadas por la sentencia recurrida, e incluyendo en su escrito de recurso un cuadro en el que expone la situación en que, a su juicio, están los contratos de las viviendas incluidos en el anexo del acuerdo de 1 de julio de 2005 [(sic) 2005].

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Petición de principio.

1.- Como se ha declarado en un fundamento anterior, el recurso de casación debe argumentar la existencia de la infracción legal denunciada sobre la base sentada en la sentencia de instancia, no sobre la que el recurrente reconstruya a su voluntad.

2.- En tanto que la recurrente anuda la infracción legal a una incorrecta fijación de la base fáctica por parte de la Audiencia Provincial y pretende sustituirla por la que ella elabora con base en su particular interpretación de la prueba, y de esta forma concluye que, habida cuenta de esa nueva base fáctica, la aplicación del art. 1.119 del Código Civil debía haber conducido a una estimación de su pretensión, el motivo del recurso no puede ser estimado.

La Audiencia Provincial ha considerado que no existió una obstaculización voluntaria e intencionada por parte de Lomas de Campoamor al cumplimiento de la condición establecida en el acuerdo de 1 de julio de 2005, por lo que ha aplicado correctamente el art. 1.119 del Código Civil.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 394/2013] DE 2 DE JUNIO DE 2015 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Sociedades de capital.- Sociedad anónima: impugnación de acuerdos de la junta general. No es susceptible de impugnación un acuerdo que rechaza el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales, dado que la Ley prevé que para contradecir lo acordado el accionista minoritario puede ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, de forma subsidiaria y en interés de la sociedad.

«La junta de accionistas de la sociedad Garmendia Hermanos, S.A. celebrada el día 17 de junio de 1993 aprobó la modificación de los estatutos sociales para que el cargo de administrador fuera retribuido y acordó una retribución para cada uno de los administradores de 150.000 Ptas., que debía revisarse anualmente.

Estos acuerdos fueron impugnados y tras la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004, se estimó la impugnación del último de estos acuerdos, el que fijaba la retribución en 150.000 Ptas. para cada administrador por ser contrario a los intereses de la sociedad.

La junta de accionistas de Garmendia Hermanos, S.A., celebrada el día 6 de noviembre de 2006, rechazó la propuesta reflejada en el punto 7º del orden del día de que se iniciaran acciones legales por parte de la sociedad para ejecutar lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004.

2. En la demanda con que inició el presente procedimiento, Ángel Daniel, titular de acciones de Garmendia Hermanos, S.A. que representan el 17,6% de su capital social, impugnó los acuerdos adoptados en la reseñada junta de 6 de noviembre de 2006, porque se había vulnerado su derecho de información y el derecho al complemento de la convocatoria. Subsidiariamente, impugnó el acuerdo correspondiente al punto 7 del orden del día, en el que se rechazaba el inicio de acciones legales por parte de la sociedad para ejecutar lo resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004.

En la demanda también se ejercitaba una acción social de responsabilidad contra los administradores para que se les condenara a devolver a la sociedad la suma de 789.821,21 euros; y una acción individual de responsabilidad para que indemnizaran al demandante en la suma de 139.008,53 euros.

3. El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. A la vista del recurso de apelación formulado por Ángel Daniel, la Audiencia entendió que el apelante mostraba su conformidad con la desestimación de la acción de impugnación basada en la infracción del derecho al complemento de convocatoria y del derecho de información.

En relación con la impugnación del acuerdo relativo al punto 7º del orden del día, la Audiencia parte de la consideración de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2004 declaró la nulidad del acuerdo que fijaba la retribución de cada uno de los administradores en 150.000 Ptas. Luego argumenta que esta nulidad alcanza a todas las retribuciones percibidas con posterioridad, aunque se hubieran acordado en sucesivas juntas que se limitaban a actualizar aquella cantidad de 150.000 Ptas. conforme a las variaciones del IPC. Y, a continuación, declara nulo el acuerdo relativo al punto 7º del orden del día de la junta de 6 de noviembre de 2006, por el que se rechazaba el ejercicio de acciones por parte de la sociedad para recabar la ejecución de la Sentencia de 5 de marzo de 2004, porque lesiona los intereses de la sociedad en beneficio de varios accionistas. Como consecuencia de lo anterior, la Audiencia condena a los demandados a restituir las cantidades indebidamente percibidas: a Onésimo le condena a restituir 236.301,34 euros; a Segundo, 236.301,34 euros y a Carlos Manuel, 148.572,10 euros.

Finalmente, la sentencia de apelación declara la improcedencia de la acción social de responsabilidad y de la acción individual ejercitadas en la demanda.

4. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la sociedad Hermanos Garmendia, S.A. sobre la base de dos motivos. Este recurso impugna el pronunciamiento de la sentencia que declara la nulidad del acuerdo relativo al punto 7º del orden del día de la junta de 6 de noviembre de 2006.

Por su parte, Onésimo, Segundo y Carlos Manuel formulan contra esta sentencia recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Estos recursos impugnan el pronunciamiento de la sentencia que estima la petición de condena que afecta a estos tres administradores recurrentes.

Sobre la admisión de los recursos de Onésimo, Segundo y Carlos Manuel.

5. El recurrido, Ángel Daniel, se opone a la admisión de los recursos de Onésimo, Segundo y Carlos Manuel.

No le falta razón al recurrido al oponerse a la admisión del recurso de casación porque los motivos constituyen un pretexto para formular el recurso extraordinario por

infracción, pues no guardan relación con pronunciamientos de la sentencia que pudieran serles perjudiciales. Se refieren a la acción social de responsabilidad ejercitada contra ellos, que ha sido desestimada.

En concreto, el primer motivo denuncia la vulneración de los arts. 133 y 134 LSA, en relación con el art. 127 LSA, porque la sentencia condena a los recurrentes a reintegrar al patrimonio de la sociedad unas determinadas cantidades, sin cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción social de responsabilidad ejercitada en la demanda. Este motivo debe inadmitirse porque la condena a restituir a la sociedad se funda en un título justificativo distinto al de la acción social de responsabilidad, que expresamente es desestimada. Los administradores demandados frente a quienes se había ejercitado la acción social de responsabilidad, no pueden recurrir en casación la sentencia que desestima la acción social de responsabilidad, invocando como motivo de casación la infracción de los arts. 133 y 134 LSA, porque no se cumplen los requisitos legales para que pueda prosperar dicha acción.

Tampoco puede admitirse el segundo motivo, que denuncia la infracción del art. 949 CCom, en concreto, porque no se ha apreciado la caducidad de una acción de responsabilidad que ha sido expresamente desestimada.

Y el motivo tercero incurre en el mismo defecto. Se denuncia infringido el art. 7.1 CC y la jurisprudencia que veda ir contra los propios actos, que habrían consistido en la aprobación con su voto de la retribución de los administradores y la gestión social en la junta de junio de 2003. Y se explica en el desarrollo del motivo que la acción social de responsabilidad «no puede ser ejercitada por quien, contra sus propios actos, aprobó el acuerdo lesivo y la gestión de los administradores, como es el caso». Al igual que en los dos primeros motivos de casación, este tercero se refiere a la improcedencia de la estimación de la acción social de responsabilidad, que ha sido expresamente desestimada por la sentencia recurrida.

La inadmisión del recurso de casación, que en este caso se fundaba en el ordinal 3º del art. 477.2 LEC, en la concurrencia de interés casacional, conlleva que no pueda admitirse únicamente el recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo previsto en la regla 2ª de la disposición final décimo-sexta de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil.

En consecuencia, procede desestimar, por resultar inadmisibles, los dos recursos formulados por la representación de Onésimo, Segundo y Carlos Manuel.

Recurso de casación de Hermanos Garmendia, S.A.

6. Formulación del motivo primero. El motivo se funda en que la sentencia recurrida vulnera el art. 116.2 LSA, aplicable al caso, y el art. 5.1 CC, porque no apreció la caducidad de la acción de impugnación del acuerdo que se declara lesivo para los intereses de la sociedad.

En el desarrollo del motivo se argumenta que el acuerdo fue adoptado el 6 de noviembre de 2006 y la demanda no se interpuso hasta el 22 de diciembre de 2006, cuando ya había transcurrido el plazo de caducidad de 40 días previsto en el art. 116.2 LSA.

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

7. Desestimación del motivo primero. Procede desestimar el motivo porque la posible caducidad del acuerdo impugnado es una cuestión nueva que se plantea por primera vez con motivo del recurso de casación. Por lo tanto es algo ajeno al objeto litigioso, tal y como quedó conformado en la fase de alegaciones.

8. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en la infracción del art. 115.1 LSA, por no ser impugnables los acuerdos negativos o no-acuerdos.

En el desarrollo del motivo, se argumenta que en el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores (...).

»La consecuencia de la anulación de dicho "acuerdo" sería que se aprobara el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, sustituyendo de esta forma el órgano social por el órgano jurisdiccional para conformar la voluntad de la sociedad, lo que supondría vulnerar el principio mayoritario que regula las sociedades mercantiles recogido en el art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010, de 2 de julio). De la misma forma, la anulación del acuerdo implicaría la pérdida de la legitimación del socio para ejercitar subsidiariamente la acción social de responsabilidad que acumuladamente ha ejercitado».

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

9. Estimación del motivo segundo. Tiene razón la sociedad recurrente cuando afirma que con el acuerdo impugnado «lo que la junta rechaza por mayoría es el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores». Pero no puede negarse que se trate de un acuerdo, pues se decide que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad contra los administradores por haberse

cobrado unas retribuciones que no les correspondían, al haber quedado sin efecto el acuerdo social que las acordó. Es un acuerdo contemplado por la Ley. El art. 134 LSA, después de reconocer a la sociedad la legitimación originaria para ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores, previo acuerdo de la junta general (apartado 1), atribuía a los accionistas que tuvieran más del 5% del capital social legitimación para ejercitar esta acción social cuando el acuerdo "hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad" (último inciso del apartado 4). La Ley prevé que sometido a la junta, esta adopte un acuerdo a favor o en contra de exigir responsabilidades a los administradores sociales. Por lo tanto acuerdo lo hay, aunque su contenido sea que la sociedad no ejercite la acción social de responsabilidad.

La improcedencia de la impugnación de este acuerdo radica en que la Ley ya prevé cómo se puede recabar el auxilio judicial para contradecir lo acordado y hacer efectivo lo pretendido con el acuerdo. Más que su impugnación, la Ley contempla que los accionistas minoritarios que tengan un 5% del capital social puedan, en ese caso en que la junta rechaza el ejercicio de las acciones de responsabilidad por parte de la sociedad, ejercitar directamente la acción social de responsabilidad, de forma subsidiaria y en interés de la sociedad.

Por esta razón, este concreto acuerdo que rechazaba el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores, propuesto en el punto 7º del orden del día, no era susceptible de impugnación, y por consiguiente no podía anularse.

La consecuencia de la estimación de este segundo motivo de casación es dejar sin efecto la anulación del acuerdo impugnado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1660/2013] DE 2 DE JULIO DE 2015 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Obligaciones y contratos.- Contrato de permuta de solar por edificación futura: la falta de entrega de la edificación supone incumplimiento del contrato y los daños y perjuicios que se causen a los permutantes por el incumplimiento no pueden referirse a un precio impagado, sino al valor de la vivienda no entregada. La estipulación de avales que garanticen el cumplimiento no constituye una cláusula liquidatoria de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento que impida reclamar todos los daños efectivamente sufridos.

«Los hechos relevantes para entender las cuestiones planteadas en el recurso, tal como han quedado fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen.

Los cuarenta y dos demandantes eran propietarios de viviendas en un edificio en la ciudad de Valencia, que hubo de ser derruido en la década de 1970 por sufrir aluminosis, por lo que, junto con el resto de propietarios de viviendas del edificio, se convirtieron en titulares de cuotas indivisas sobre el solar que quedó tras la demolición del edificio.

En el año 2004 los demandantes celebraron con la promotora demandada, denominada entonces "Inmobiliaria Urbis, S.A." y posteriormente "Reyal Urbis, S.A." (en lo sucesivo, Reyal Urbis, o simplemente la inmobiliaria) contratos de idéntica redacción, que aunque contenían la denominación de contrato "de compraventa", tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han calificado como de contratos de permuta de solar por edificación futura, que se elevaron a escritura pública. Cada demandante transmitió a la inmobiliaria la cuota indivisa sobre el solar de que era titular y la inmobiliaria demandada se obligó a construir un edificio y a entregar a cada uno de los demandantes un piso en dicho edificio, de aproximadamente 115 m². Reyal Urbis se obligó también a no hipotecar el solar salvo para obtener la financiación para la construcción del edificio sobre el mismo.

Los contratos tenían una cláusula, la 7m, con la siguiente redacción: «En garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por "Inmobiliaria Urbis, S.A." para con la parte vendedora, por razón de la construcción y entrega de la vivienda convenida y de los perjuicios que irrogaría a ésta en caso de incumplimiento, "Inmobiliaria Urbis, S.A." ha obtenido un aval constituido por la entidad Caja de Ahorros de Salamanca y Soria [hoy Caja España-Caja Duero] por un importe máximo de 90.000 Euros [...] En caso de ejecución total o parcial de dicho aval por el vendedor, el comprador quedara liberado de la obligación de entregar la vivienda, sin que el vendedor pueda reclamarle esta ni la devolución de la propiedad que le transmite mediante esta compraventa. No obstante el vendedor se reserva la acción para reclamar indemnización por los perjuicios que el incumplimiento del comprador le irrogase en el caso y en la medida que las cantidades percibidas mediante ejecución de dicho aval resultasen insuficientes para resarcirlos por completo».

La inmobiliaria demandada, pese a haber obtenido una sentencia estimando la acción de división de cosa común respecto del solar sobre el que tenía una cuota de propiedad del 99,566%, no solicitó la ejecución de la sentencia. Tampoco realizó las actuaciones necesarias para obtener la

licencia de construcción, cuya tramitación había iniciado, por lo que el Ayuntamiento de Valencia se la denegó mediante resolución de 25 de febrero de 2010.

El 10 de mayo de 2010, dentro de una operación de refinanciación de la inmobiliaria demandada, Reyal Urbis constituyó cinco hipotecas sobre su cuota de copropiedad del solar para responder de las deudas contraídas con treinta bancos.

El edificio no se llegó a construir. El 12 de enero de 2012 los demandantes comunicaron a Reyal Urbis por vía notarial que consideraban incumplidos los contratos concertados con la inmobiliaria, que los daban por resueltos y se reservaban el derecho a reclamar por los daños y perjuicios causados, manifestando que el aval prestado por Caja Duero no era limitativo de su pretensión indemnizatoria, a lo que la inmobiliaria contestó negando cualquier tipo de responsabilidad.

2.- Los demandantes interpusieron una demanda en la que solicitaron: 1) Se declare el incumplimiento de Reyal Urbis respecto de los contratos de compraventa celebrados con los demandantes. 2) Se declaren resueltos dichos contratos de compraventa por dicho incumplimiento. 3) Se declare a dicha codemandada Reyal Urbis responsable de dicho incumplimiento. 4) Se condene a Reyal Urbis al pago de indemnización a favor de los demandantes por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. 5) Se fije la cuantía de la indemnización por cada uno de los demandantes en la cantidad que resulte de sumar o restar del importe de 250.000 euros que es el valor medio de cada una de las viviendas que se debían haber entregado, las cantidades fijadas en cada contrato de compraventa, en concepto de pago complementario entre las partes a realizar con motivo de la entrega de la vivienda. 6) Se condene a Caja Duero en relación a cada uno de los demandantes, en virtud del aval a primer requerimiento solidariamente con la codemandada Reyal Urbis al pago de las indemnizaciones señaladas en el ordinal anterior hasta 90.000 euros que es el importe máximo garantizado con dicho aval. 7) Se declare que la codemandada (Caja España-Caja Duero) ha concurrido en el incumplimiento a que se refieren los ordinales anteriores. 8) Se declare que la codemandada (Caja España-Caja Duero) es igualmente responsable por dicho incumplimiento. 9) Se condene a la codemandada (Caja España-Caja Duero) al pago de indemnización a favor de los demandantes por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento mencionado en los ordinales anteriores. 10) Se condene, en relación a cada uno de los demandantes y según las fincas vendidas conforme a cada contrato, a la codemandada Caja España-Caja Duero, solidariamente con la codemandada Reyal Urbis al pago de

las indemnizaciones señaladas en el ordinal 5, también en lo que superen los 90.000 euros a que se refiere el extremo 6º de este suplico. 11) Se condene adicional y exclusivamente a la codemandada Caja España-Caja Duero, por incumplimiento de sus obligaciones como avalista, al pago del interés moratorio calculado sobre el importe de 90.000 euros por el retraso en el pago de dicha cantidad, contado desde el momento en que cada uno de los demandantes hizo la solicitud extrajudicialmente. 12) Se condene a ambas demandadas y en relación a cada uno de los demandantes al pago de los intereses moratorios de la indemnización que se les reclama desde la fecha de la interposición de demanda y al pago de las costas.

3.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia calificó el contrato como permuta de cosa (cuota de propiedad sobre un solar) por cosa futura (vivienda a construir ubicada en el edificio que se edificará sobre el solar), pese a la denominación que se daba a los contratos como de compraventa, declaraba que procedía la resolución contractual solicitada por el incumplimiento por parte de Reyal Urbis de sus obligaciones, sin que hubiera lugar a revisar los contratos concertados en aplicación de la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", condenaba a Reyal Urbis a indemnizar a cada demandante en atención al valor que tendrían en el mercado los pisos que la inmobiliaria se obligó a entregarles (que calculaba en una media de 230.000 euros), y consideraba que el otorgamiento del aval por Caja España-Caja Duero no constituía un límite a la indemnización de los daños y perjuicios, por lo que estimó en parte la demanda, declaró resueltos los contratos y condenó a Reyal Urbis a indemnizar a cada demandante en consideración a un valor medio de los pisos de 230.000 euros.

En lo que se refiere a la codemandada Caja España-Caja Duero, le condenó al pago de la cantidad avalada respecto de cada demandante, 90.000 euros, pero le absolvió de responder solidariamente del resto de la indemnización reclamada con base en la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada.

4.- La demandada Reyal Urbis recurrió la sentencia en apelación.

La Audiencia Provincial dictó sentencia en la que estimó en parte el recurso.

La Audiencia desestimó la impugnación relativa al error en la calificación del contrato y consideró que los contratos concertados no eran de compraventa sino, como había afirmado el Juzgado de Primera Instancia, de permuta de solar por edificación a construir. Consideró también correcta

la decisión del Juzgado de resolver los contratos puesto que hubo un incumplimiento de Reyal Urbis apto para fundar dicha resolución contractual, pues no realizó las actuaciones necesarias para obtener la licencia de construcción del edificio, no instó la ejecución de la sentencia que estimó la acción de división de cosa común respecto del solar e hipotecó el solar para responder de las deudas de la compañía ante más de 30 entidades financieras con lo que imposibilitó la restitución del solar, sin que pudiera tampoco acogerse a la cláusula "rebus sic stantibus".

Por el contrario, estimó la impugnación referida a la errónea interpretación del contrato, pues entendió aplicable el art. 1.281.1 del Código Civil por considerar que la cláusula 7.m era clara y no dejaba lugar a dudas, puesto que la reserva de acciones que hacían los demandantes para reclamar la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento de Reyal Urbis les irrogase, en el caso y en la medida que las cantidades percibidas mediante la ejecución del aval prestado por Caja Duero-Caja España resultasen insuficientes para resarcirles por completo, «entiende la Sala que ello viene referido a conceptos diferentes a los constituidos por el incumplimiento propiamente dicho». Por ello, consideraban que la indemnización que podían reclamar los demandantes se limitaba a los 90.000 euros garantizados por los avales prestados por Caja España-Caja Duero.

5.- Los demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal con base en dos motivos, y recurso de casación, articulado en torno a cuatro motivos.

SEGUNDO.- Desestimación de las alegaciones en las que la recurrida pide la inadmisión de los recursos extraordinarios

1.- La recurrida "Reyal Urbis, S.A.", (en lo sucesivo, Reyal Urbis), alega con carácter previo la improcedencia de admitir a trámite los recursos extraordinarios por cuanto el procedimiento no alcanza la cuantía de 600.000 euros requerida por el art. 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse formulado en la demanda una acumulación subjetiva de acciones que no provienen de un mismo título.

2.- Las alegaciones sobre la inadmisibilidad de los recursos no pueden ser estimadas. En la sentencia, de Pleno, núm. 545/2010, de 9 diciembre (RJ 2011, 1408), declaramos:

«B) De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de la LEC 1881 (verbigracia, SSTS de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7239), 30 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2432) y 25 de enero de 2001 (RJ 2001, 526)) [...] cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas

las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta premisa no sufre alteración alguna en la [vigente] LEC (según reconoce implícitamente el ATS 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 300469), RC n.º 1481/07), pues el artículo 252.2.ª LEC, entre otras reglas, establece que, cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, si las acciones acumuladas provienen del mismo título la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. El concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252.2.ª LEC, aplicando criterios sistemáticos, debe ser interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC, en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.

»En suma, para la acumulación de cuantías en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir).

»C) A este último supuesto deben asimilarse aquellos casos, como el que se considera en este proceso, en los cuales, aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones. [...]».

3.- Tal doctrina es plenamente aplicable a este recurso. Todas las acciones derivaban de contratos idénticos (salvo en extremos irrelevantes para la decisión del litigio, por las pequeñas diferencias de porcentaje entre las cuotas de propiedad sobre el solar de unos y otros demandantes), suscritos por los demandantes con Reyal Urbis. Y los acontecimientos que llevaron a que el contrato resultara incumplido por Reyal Urbis (según pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que no ha sido impugnado) son los mismos. Por tanto, puede considerarse, como en la sentencia transcrita, que existe una identidad de título, entendido como causa de pedir, habida cuenta de que los demandantes ostentaban sus cuotas de propiedad indivisa sobre una misma finca y que los pisos que debían haberles sido entregados deberían haber sido los existentes en el edificio que Reyal Urbis se obligó a edificar sobre dicha finca, obligación que incumplió por las razones expuestas en la sentencia, que son comunes para todos los demandantes.

De ahí que en la demanda la cuantía del litigio fuera fijada con base en este criterio acumulativo y las demandadas, al contestar la demanda, hubieran mostrado su conformidad con dicha cuantía.

Recurso extraordinario por infracción procesal

[...]

Recurso de casación

QUINTO.- Formulación de los motivos tercero y cuarto del recurso de casación

1.- Por razones de lógica consideramos pertinente abordar en primer lugar estos dos motivos del recurso, por considerar que son los determinantes para la decisión que ha de adoptarse.

2.- El tercer motivo del recurso de casación lleva el siguiente epígrafe:

«Submotivo III-a): infracción de los arts. 1.152.6.2 y 1.101 CC y de la doctrina legal que los interpreta en SSTS 21-XII-1991 (RJ 1992, 493); 5-V-1989 (RJ 1989, 3662) (respecto al art. 6.2 CC) y en SSTS de 14-II-1992 nº 95 (RJ 1992, 1270) RC 2655/1989 y de 27-II-1982 SIC (RJ 1982, 1507) y 10-XI-1983 (RJ 1983, 6071) (en relación al 1.152 CC)» (énfasis suprimido)».

«Submotivo III-b): Infracción del art. 1.102 "in fine" y 1.153 "ab initio" ambos del CC y de la doctrina legal enunciada en STS. 17-V-1986 (RJ 1986, 2725) nº 177».

3.- Los recurrentes resumen los argumentos del motivo del siguiente modo: « La sentencia presume una renuncia de los acreedores limitativa de la acción que confiere el art. 1.101 CC interpretando la previsión de aval como si fuese una cláusula penal implícita de función liquidatoria. No hay renuncia de derechos por falta de pacto inequívoco y no cabe atribuir al aval función liquidatoria, a modo de cláusula penal, por constar una reserva contractual explícita de acción resarcitoria por mayor valor que el importe del aval » y «[a]l haber dolo del constructor en ningún caso sería aplicable una supuesta renuncia limitativa del derecho a la total indemnidad».

4.- El cuarto motivo se encabeza así: «Infracción del art. 1281-1, en relación con los 1.282, 1.283, 1.285, 1.288 y 1.289 CC y 24 CE».

5.- El resumen que se hace de los argumentos del motivo es el siguiente: «La sentencia recurrida hace una interpretación

arbitraria e ilógica del contrato, en lo que atañe a la reserva de acciones resarcitoria contenida en él. La invocación ritual de art. 1.281-1 no excusa al Tribunal de fundamentar y explicar cómo alcanza sus conclusiones, pues el art. 1.281-1 no exonera la indagación de la voluntad de las partes cuando la propia sentencia asume -y en dos ocasiones- que hay una discordancia entre el tenor literal del contrato y el significado con que ha de entenderse».

SEXTO.- Decisión de la Sala. La interpretación del contrato

1.- La sentencia recurrida, confirmando en estos extremos lo decidido por el Juzgado de Primera Instancia, calificó los contratos celebrados entre las partes como permutas de solar por edificio a construir. Los demandantes transmitieron sus cuotas indivisas sobre el solar y la inmobiliaria demandada se obligó a entregar a cada uno de ellos un piso en el edificio que construiría en el solar. También afirmó que la inmobiliaria demandada incumplió la obligación asumida en esos contratos de construir el edificio y entregar los pisos a los demandantes e hizo incluso imposible la recuperación por estos del solar libre de cargas porque, en contra de lo pactado en el contrato, lo hipotecó para garantizar el pago de las deudas que había contraído con numerosas entidades financieras.

2.- El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1.285 del Código Civil) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1.281 del Código Civil («si los términos de un contrato son

claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»).

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1.282-1.289 del Código Civil), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

Así lo hemos declarado en la sentencia núm. 196/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 2168).

3.- Afrontar cuestiones de interpretación de los contratos, como materia del recurso de casación, exige tener en cuenta que los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil no contienen meras reglas orientadoras para el intérprete, a fin de que el mismo, por ser lógicas o de buen sentido, las pueda utilizar, si lo considera pertinente, en la búsqueda de la llamada voluntad de los declarantes. Tales preceptos contienen verdaderas normas jurídicas imperativas de las que aquel debe hacer uso en el desarrollo de su actividad; precisamente por ello, la infracción de las mismas abre la posibilidad de acceso a la casación por la vía que permite el artículo 477, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que, al fin, implica que el control de la interpretación sea, en éste recurso, sólo de legalidad.

Consecuentemente, ha de quedar fuera del ámbito de la casación toda revisión del resultado de la labor de investigación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de voluntad que resulte respetuoso con los imperativos legales que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único significado admisible conforme a ellos.

Lo que, en resumen, se traduce en que siempre que aquellas normas hayan sido respetadas, el recurso de casación no permite decidir cuál es la interpretación del contrato que parece mejor o más adecuada a las circunstancias del caso, porque tal tipo de conclusión excedería del ámbito propio del recurso extraordinario y significaría, no un control de legalidad, sino una intromisión en funciones que corresponde ejercer a los Tribunales de las instancias.

4.- En el caso objeto del recurso, ha de estimarse la alegación de infracción de las normas sobre interpretación de los contratos, y en concreto del art. 1.281.1 del Código Civil.

Estando calificados los contratos como de permuta de solar por edificación futura y estando obligada Reyal Urbis a entregar a los demandantes las viviendas previstas en el edificio a construir, la falta de entrega de tales viviendas, que la sentencia recurrida considera definitiva e imputable a la conducta intencionada de la demandada, constituye el incumplimiento de los contratos por parte de la promotora.

Si en la cláusula controvertida, la 7.ª de los contratos, las partes establecían que, además del aval por importe máximo de 90.000 euros que Caja España-Caja Duero prestaba en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Reyal Urbis y de los perjuicios que se irrogarían a los demandantes en caso de incumplimiento, estos se reservaban la acción para reclamar la indemnización por los perjuicios que el incumplimiento de la inmobiliaria les irrogase en el caso y en la medida en que las cantidades percibidas mediante ejecución de dicho aval resultasen insuficientes para resarcirlos por completo, la interpretación que hace la Audiencia, en el sentido de que tal reserva venía referida a conceptos diferentes a los constituidos por el incumplimiento propiamente dicho, no solo no es una interpretación literal del contrato, como afirma la sentencia recurrida, sino que es contraria a tal literalidad.

5.- Tampoco puede atenderse a las razones expuestas por la recurrida de que, caso de que se considerara que efectivamente la interpretación realizada por la Audiencia Provincial no respondía a la literalidad del contrato, debía llegarse a la misma conclusión de que las partes habían acordado limitar la indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento al importe garantizado por el aval, con base en los arts. 1.281.2 y 1.282 del Código Civil, esto es, atendiendo a la voluntad de las partes deducida de sus actos coetáneos y posteriores al contrato.

Alega la recurrida que un primer dato que indicaría esta pretendida voluntad sería que el importe del aval duplicaba el precio convenido. Este argumento no puede aceptarse pues parte de la tesis de Reyal Urbis, rechazada en la instancia, de que el contrato era de compraventa y no una permuta. No hubo un precio cuyo pago se estableciera como prestación a cumplir por Reyal Urbis, puesto que su prestación consistía en la entrega de una vivienda a cada demandante, razón por la cual los daños y perjuicios que se causarían a los permutantes si se incumpliera tal prestación no podían referirse a un precio impagado, sino al valor de la vivienda no entregada.

No es tampoco admisible el argumento de que si los demandantes ejecutaban el aval, no podían solicitar la entrega de la vivienda ni la restitución del solar. Tal previsión

contractual se establecía para una situación de cumplimiento del contrato por Reyal Urbis, esto es, que esta no hubiera incumplido todavía su obligación de entregar las viviendas pero los demandantes hubieran decidido ejecutar el aval a primer requerimiento prestado por Caja España-Caja Duero, porque en tal caso Reyal Urbis quedaría liberada de la obligación de entregar la vivienda y los demandantes que optaran por dicha ejecución no podrán reclamarles tampoco la restitución de la cuota de propiedad del solar transmitida. Pero lo acaecido en el caso enjuiciado no fue esto, sino que Reyal Urbis incumplió el contrato de modo total, haciendo imposible tanto el cumplimiento como la restitución del solar permutado, por lo que los demandantes ejercitaron la acción de resolución del contrato e indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, razón por la cual hicieron uso de la función que el aval también tenía de garantizar, al menos en parte, la indemnización de los daños y perjuicios causados, exigiendo la condena solidaria de la entidad avalista hasta el límite garantizado por el aval.

Por último, tampoco puede ser estimada la tercera razón expuesta por la recurrida como demostrativa de esos actos de las partes indicativos de su voluntad de limitar la indemnización de los daños y perjuicios a los 90.000 euros garantizados por el aval, consistente en que no se pactó ninguna condición resolutoria. El art. 1.124 del Código Civil prevé que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe y faculta al perjudicado por ese incumplimiento para exigir la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Por tanto, la ausencia de una condición resolutoria expresa es irrelevante a estos efectos.

6.- Por las razones expuestas, la estipulación de constitución de los avales por importe máximo de 90.000 euros no constituía una cláusula liquidatoria de los daños y perjuicios que limitara el resarcimiento de los sufridos por los demandantes y supusiera una renuncia de estos al resarcimiento de los que superaran los 90.000 euros garantizados por el aval.

Tanto más cuando el incumplimiento de Reyal Urbis de su obligación fundamental, la entrega de las viviendas, al dejar de solicitar la ejecución de la sentencia que acordó el fin de la indivisión sobre el solar, dejar de cumplir los trámites necesarios para obtener la licencia de construcción e hipotecar el solar permutado para fines distintos de la financiación de la edificación a construir en el solar permutado, según resulta de la narración de hechos fijada en la instancia, es intencional y deliberado y, por tanto, doloso. Por tal razón, una cláusula que hubiese supuesto la renuncia

de los demandantes a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, o al menos de una parte de ellos, por la conducta dolosa de la inmobiliaria, sería nula conforme al art. 1.102 del Código Civil.

7.- La consecuencia de lo expuesto es que, sin necesidad de entrar a resolver los dos primeros motivos de casación, el recurso debe ser estimado y, por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial revocada y dejada sin efecto, desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y confirmando ésta en sus propios términos».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 5ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA [Recurso 137/2015] DE 6 DE JULIO DE 2015 [Ponente: Pedro Antonio Pérez García]

Derecho concursal.- Derecho de retención y concurso de acreedores: declarado el concurso queda suspendido el derecho de retención.

«Sobre esta cuestión del derecho de retención en el procedimiento concursal ya fue dictada por esta Sala, entre otras, la Sentencia de fecha, en rollo de apelación 160-2013, en la que se hacía referencia a dos cuestiones que vuelven a tratarse en el presente recurso, de las que ha de depender en gran manera el resultado del presente pleito, como son, por un lado, la naturaleza en general del derecho de retención, y, por otro lado, los efectos que debe producir una vez declarado el concurso. [...]

[...] "La cuestión que se plantea se encuentra relacionada, en alguna manera, con el concepto de aquel derecho. Así debe adelantarse que la naturaleza jurídica del derecho de retención, y sus consiguientes efectos, son muy discutidos en la doctrina. Bien sabido es que el derecho de retención constituye una garantía reconocida por la ley a determinados acreedores, a los que se les faculta para conservar en su poder la cosa del deudor hasta que se les satisfaga el crédito relacionado con la misma. El derecho de retención tiene así una función de garantía, pero sin que haya sido considerado nunca como privilegio. Todo ello se debe a que el Código no especifica con propiedad cuáles son sus efectos, y su incidencia específica en el proceso de ejecución colectiva, salvedad hecha de ciertos supuestos particulares, como por ejemplo respecto del derecho de retención concedido al usufructuario en el artículo 502 para que se reintegre, con los productos de la cosa usufructuada, por lo gastado en reparaciones extraordinarias que debería haber hecho el

nudo propietario (efecto que no se deriva en los otros casos). Y se debe también a que en algunos de los preceptos sencillamente habla de retener (artículos 453, 464, 522) y en otros de retener en prenda la cosa que debe restituirse (artículos 1.600, 1.730, 1.780). Cabría preguntarse si tiene en estos casos el derecho de retención los mismos efectos que un derecho de prenda, que es un derecho real de garantía, que es cuestión en cierto modo candente pues la prenda despliega efectos erga omnes (es decir, frente a cualquier persona, no sólo contra el deudor de la obligación garantizada), dota de un privilegio especial al crédito garantizado (artículo 1.922.2.º CC) y permite a su titular realizar el valor del bien pignorado en caso de incumplimiento de dicha obligación. Para algunos autores, en los artículos 1.600, 1.730, 1.780 y 1.866 se sancionaría un auténtico derecho real de garantía, un derecho de prenda con los efectos anunciados. Pero son mayoría los que lo niegan aduciendo una imprecisión terminológica del Código para justificar la distinta dicción legal. Quien ostente el derecho de retención sobre cosa propiedad de su deudor no puede cobrar con preferencia a otro acreedor de su deudor, en caso de colisión, salvo que su crédito sea privilegiado porque así lo disponga otra norma (por ejemplo, el taller que ha reparado un coche puede retenerlo en su poder, porque se lo permite el artículo 1.600, y además cobrar su crédito con la preferencia que le otorgan los artículos 1.922.1.º y 1.926 CC; sin embargo, el depositario de mis muebles puede retenerlos en su poder hasta que le abone la cantidad pactada por razón del depósito, pero no cobrar antes que otros de los acreedores, pues su crédito no es privilegiado, pero la aplicación de esta regla debe efectuarse con mesura y evitar una extensión desmedida a casos no expresamente contemplados). TERCERO.- La redacción actual de la Ley Concursal no deja lugar a dudas sobre este particular. Así señala el artículo 59 bis: "Suspensión del derecho de retención. 1. Declarado el concurso quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa. 2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social". Esto es, el derecho de retención practicada queda sin efecto, se paraliza momentáneamente, se suspende, como si no hubiera tenido lugar. Se debe añadir que, en cualquier caso, el derecho de retención ostentado, se debe poner en relación con uno de los principios básicos de la Ley Concursal, como es el principio de universalidad plasmado en lo que interesa a la masa activa en el artículo 76.1 de la Ley Concursal, y de accederse a la

petición, se generaría a su favor una situación de privilegio y mejor condición por la disponibilidad que ello implica de uno de los elementos del activo, rompiendo el principio de universalidad y "par condicio creditorum", o de igualdad de condición entre los acreedores no privilegiados, como es el caso, pues dicho derecho de retención, no es subsumible en ninguno de los supuestos especificados en los artículos 90 y 91 de la Ley Concursal. Si la obra se acredita en momento posterior no correctamente ejecutada, habrá otros procedimientos para intentar el resarcimiento del daño causado, como por ejemplo, en vía concursal, con la aplicación del artículo 86 de la Ley sobre el Reconocimiento de créditos: " 1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso", o actuando el derecho fuera del procedimiento colectivo si ha finalizado por haberse alcanzado el correspondiente convenio y haber cesado los efectos del mismo. En puridad jurídica, siendo cualquier argumento discutible si se aportan los razonamientos precisos, la solución adoptada por el legislador podría bajo ciertos aspectos motivar polémica sobre si los derechos de aquellos terceros quedan adecuadamente protegidos, pero no cabe duda que se trata de la más conforme a la naturaleza propia del procedimiento concursal y efectos del derecho de retención, como han sido apuntados, y en todo caso, cerrando el posible debate, es la solución dada por el legislador, y a ella habrá de estarse por encima de cualquier otra elucubración...".

TERCERO

Entrando en los motivos del recurso interpuesto contra la Sentencia del Juzgado, en relación con lo que acaba de exponerse, sin entrar en la consideración del posible debate doctrinal sobre la naturaleza del derecho de retención y los efectos que haya de producir en el concurso, resulta necesario estar y pasar por la disposición contenida en aquel artículo 59 bis de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), norma esencial por la que se debe regular la cuestión que vuelve a ser debatida en el presente procedimiento, marginando pues cualquier polémica sobre si la solución es acertada o podría haber sido objeto de tratamiento más preciso entrando a diferenciar los diversos supuestos que pudieran presentarse en el caso particular. Dice --ha de repetirse-- el citado artículo 59 bis de la Ley: "Suspensión del derecho de retención. 1. Declarado el concurso, quedará suspendido el ejercicio del derecho de retención sobre bienes

y derechos integrados en la masa activa. 2. Si en el momento de conclusión del concurso esos bienes o derechos no hubieran sido enajenados, deberán ser restituidos de inmediato al titular del derecho de retención cuyo crédito no haya sido íntegramente satisfecho. 3. Esta suspensión no afectará a las retenciones impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social", que es solución tajante desde esa perspectiva de la Ley que ha de ser aplicable: declarado el concurso, queda suspendido el derecho de retención.

CUARTO

No obstante cuanto acaba de exponerse, en el enjuiciamiento del caso no ha de descuidarse los argumentos que se contienen en las más recientes Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre esta concreta materia. Así, por ejemplo, la Sentencia de 24 de julio de 2014 (AS 2014, 2327), número de recurso 428/2014, razona que: "Es lógico que si la parte del crédito que el comitente adeuda al contratista por la ejecución de la obra ha sido retenida, de acuerdo con lo pactado, en garantía del cumplimiento puntual de la obligación asumida por el contratista de ejecución y entrega de la obra, y, por ende, de la satisfacción de la pena pactada en caso de retraso, aunque su importe se determine después de la declaración del concurso del contratista, el dueño de la obra puede aplicar aquellas cantidades retenidas al pago de la indemnización por retraso. Por eso, en el presente caso, procede estimar el recurso de casación y con él, estimar el recurso de apelación que Sucesores de Pedro Dorta y Hermanos, S. A., formuló frente a la Sentencia de primera instancia, y al estimar la petición subsidiaria de la demanda, declarar: la extinción de la obligación de pago del precio pactado pendiente por la obra de 758.690,57 euros; y la reducción del crédito reconocido a la dueña de la obra por la pena devengada por el retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega a la suma de 171.074,11 euros, con la clasificación de crédito subordinado no discutida en casación...".

QUINTO

En el presente caso, la comunidad de propietarios demandada aduce determinadas imperfecciones en la obra realizada por la contratista actora, frente a la pretensión de ésta que le restituya, vía de aquel artículo 59 bis de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), la cantidad que le fue retenida, una vez que ha sido declarada en estado de concurso de acreedores. Existen entre las partes ciertas discusiones sobre el contenido de tales desperfectos, su alcance y precio de reparación, que ciertamente inducen a un cierto confusiónismo, pero hay prueba clara que la demandada, en

consideración a estas obras ejecutadas por tales defectos, satisfizo el importe de tres facturas, que aporta a las actuaciones, por cantidades de 16.232, 63 euros (F. 42), 3.282,00 euros (F. 44) y 665,50 euros (F. 66), que totalizan la cantidad que la parte transcribe al final del folio 3 de su demanda, 20.180,13 euros, que es suma que debe descontarse de aquella otra cuyo pago se interesa en la demanda, todo ello unido a los informes periciales aportados con aquel escrito de contestación que muestran que la obra no fue correctamente realizada.

JUZGADOS

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE LA CORUÑA [Autos 147/2015] DE 3 DE JUNIO DE 2015 [Magistrado: Nuria Fachal Nogueira]

Derecho concursal.- Declaración de concurso voluntario de acreedores de una cofradía de pescadores. La cofradía no tiene la consideración de ente de Derecho público sino que se trata de una entidad de base asociativa privada, que defiende intereses económicos y corporativos profesionales del sector y de sus asociados.

«ÚNICO.- En fecha 21 de abril de 2015 la representación de COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO interpuso recurso de reposición contra el Auto de fecha 27 de marzo de 2015, por el que se acordaba inadmitir a trámite la solicitud de concurso voluntario de dicha Cofradía.

[...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Sostiene el recurrente que debe revocarse el Auto de fecha 27 de marzo de 2015, por el que se acordaba inadmitir a trámite la solicitud de concurso voluntario de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO.

La cuestión esencial a fin de resolver si procede la estimación del recurso de reposición interpuesto por parte de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO es determinar si la misma tiene o no la consideración de ente de Derecho Público, pues el artículo 1.3 LC en cuanto al presupuesto subjetivo del concurso dispone que "no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público".

El Auto recurrido ha considerado que la dependencia de la Cofradía respecto de la Administración Pública permite entender que se trata de una entidad de Derecho Público en el sentido del art. 1 2 d) LJCA y, desde esta perspectiva, de un ente de Derecho Público.

Sin embargo, han de acogerse los motivos esgrimidos por la recurrente a fin de considerar que la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO no tiene la condición de ente de Derecho Público, sino que se trata de una entidad de origen de base asociativa privada ya que defiende intereses económicos y corporativos profesionales del sector y de sus asociados.

El art. 1 de la LC impide que sean declarados en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos (definidos en la Ley 6/1997, LOFAGE) y los entes de Derecho Público.

Las Corporaciones de Derecho Público, y por ende la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO, no están comprendidas en tal consideración (art. 1 Decreto 8/2014). La Cofradía tiene una naturaleza mixta, ya que actúa como órgano de consulta de la administración pública competente y privada, en cuanto presta servicios a sus miembros y representa y defiende sus intereses y administra los recursos propios de su patrimonio.

El informe emitido por la Asesoría Jurídica de Puertos de Galicia (documento nº 13 de la solicitud) considera que la Cofradía es una entidad de origen de base asociativa privada y la deuda se deriva de una naturaleza privada, por lo que debería poder acogerse a la LC.

Por otra parte, el art. 2 del Decreto 8/2014 de Cofradías de Pescadores de Galicia dispone "La contratación de personal por parte de la cofradía, su actividad patrimonial de carácter mercantil o comercial, su régimen disciplinario, así como todas aquellas otras cuestiones de naturaleza jurídica distinta a la señalada en el punto anterior, se regirán por las normas que les sean de aplicación con sometimiento al órgano jurisdiccional competente".

En consecuencia, ha de estimarse el recurso de reposición interpuesto y acordar la declaración de concurso de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO, ya que si bien su naturaleza de Corporación Pública de base privada lleva implícita cierta conexión con la administración pública y control sobre parte de su actividad, si bien no excluye su función representativa de intereses económicos, prestando servicios a sus miembros y representar y defender sus intereses.

SEGUNDO

Este Juzgado es competente territorialmente para conocer de la solicitud de concurso voluntario a que se refieren los antecedentes de esta resolución, por tener la deudora su domicilio social en Cariño, provincia de A Coruña, con la consiguiente presunción legal de ser este el lugar donde se encuentra el centro de sus intereses principales (art. 10. 1 de la Ley concursal); está inscrita en el Libro Registro de Cofradías de Pescadores de Galicia desde la existencia del primer libro, fecha 30/09/1999, y por lo tanto dentro del territorio al que extiende su competencia el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña (artículo 10.1 de la LC en relación con el artículo 86 bis de la LOPJ).

TERCERO

La solicitante reúne los requisitos de capacidad procesal, postulación y legitimación que exigen los artículos 3, 6 2 1 º y 184 de la Ley concursal.

CUARTO

La solicitud cumple las condiciones y está acompañada de los documentos que se expresan en el artículo 6 de la Ley Concursal.

Como así se hace constar en la Memoria explicativa de la historia jurídica y económica de la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO que la Cofradía ha visto incrementado su pasivo en los últimos ejercicios, la situación actual es caótica y la principal fuente de ingresos, procedente de la comercialización de pescado y marisco fresco, se ha visto reducida cuantiosamente.

La COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO mantuvo una cifra de negocios acumulada entre 2005-2013 de 17.016.975 euros, pero hasta el 31 de diciembre de 2013 ha acumulado pérdidas por importe de 761.399,71 euros. La Cofradía cuenta con fondos propios negativos de 115.897,26 euros.

Todas estas causas han sido determinantes de la insolvencia actual en que se encuentra la COFRADÍA DE PESCADORES DE NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN DE CARIÑO.

En función de lo expuesto, de conformidad con lo prevenido en el artículo 14 de la LC en relación con el artículo 22, procede declarar a la solicitante en situación de concurso voluntario.

QUINTO

No hay de momento razones para modificar en este caso la regla general que prescribe la mera intervención de la administración concursal en casos de concurso voluntario (artículo 40.1), si bien tal intervención se refiere a la actividad patrimonial de naturaleza privada que desarrolla la Cofradía.

SEXTO

El concurso se tramitará conforme a lo establecido en los artículos 190 y 191 para el procedimiento abreviado, sin perjuicio de su conversión ulterior a procedimiento ordinario si se dieran las circunstancias objetivas precisas conforme a lo previsto en el artículo 190.4 de la LC».