

Apreciad@ Amig@;

Adjunto tenemos el agrado de remitirle una reseña de Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre determinadas cuestiones que, esperamos, resulten de su interés.

En concreto, en el apartado de Jurisprudencia sobre materia **Mercantil (Societario, Bancario y Concursal)** podrán encontrar los pronunciamientos más recientes del Alto Tribunal (i) relativos a los límites del ejercicio de la acción para exigir responsabilidad a los administradores por parte de los socios que, a su vez, forman parte del órgano de administración; (ii) valoración de acciones, a efectos de su transmisión, por parte del auditor de cuentas designado por los administradores (caso El Corte Inglés); (iii) nulidad de los contratos de swap; y (iv) calificación en el concurso del crédito derivado de tales contratos. En el apartado **Civil-Patrimonial** (i) se analizarán las arras en los contratos de compraventa. Por último, en el espacio dedicado a materia **Inmobiliaria (propiedad horizontal y arrendamiento urbano)** (i) se analizará la obligación de contribuir a determinados gastos de comunidad por parte de los propietarios de locales; (ii) así como el alcance que tiene la jubilación del arrendatario en el contrato de arrendamiento de local de negocio.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

MERCANTIL

Sentencia del Tribunal Supremo, número 395/2012, de 18 de junio.

Litigación abusiva: Inadmisibilidad del ejercicio por el socio-administrador-fiador de la acción de responsabilidad por las deudas sociales contra los demás administradores

La sentencia analizada parte de un supuesto habitual en la contratación, en el que un socio (titular de más del 40% del capital social), y además Presidente del Consejo de Administración, había afianzado varias aperturas de crédito concedidas a la sociedad. Tras devenir insolvente la compañía, con la imposibilidad de hacer frente a los pagos derivados del crédito, el banco ejecuta las garantías, debiendo responder el socio, como fiador, tras lo cual ejercita la acción de reembolso contra el deudor (esto es, la sociedad) y, asimismo, dado que ésta es insolvente, la acción de responsabilidad por deudas sociales prevista en el antiguo artículo 262.5 Ley de Sociedades Anónimas (ahora 367 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital -en adelante, "TRLSC"-) contra los restantes miembros del Consejo de Administración, por no

haber instado la disolución de la sociedad en el plazo de dos meses desde que estuvo incurso en causa de disolución por pérdidas.

El Tribunal Supremo (en adelante, “**TS**”) casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado, imponiendo las costas al demandante por actuar abusivamente. El fallo de la sentencia parte del reconocimiento de que el demandante reunía, en principio, la totalidad de los requisitos exigidos por el TRLSC para que los administradores deban responder solidariamente, *“dada su condición de acreedor de la sociedad, por subrogación en la posición de aquellos a los que satisfizo sus créditos en cumplimiento de la fianza prestada.*

*Pero, como sostiene la recurrente y el propio demandante admite, éste no ostenta solo la condición de acreedor, sino también la de corresponsable de la omisión determinante de que surja la obligación de responder, de tal forma que **se superponen el derecho a reclamar y el deber de responder.**”*

El TS sigue razonando que si bien, y en principio, ante el pago por el socio-administrador que es corresponsable solidario, podría aplicarse la regla de la proporcionalidad prevista en los artículos 1.145 y 1.844 del Código Civil –en adelante, “**CC**”- (por analogía a los casos de pago por codeudores solidarios), en este supuesto se excluye tal posibilidad dado que *“el demandante ha incurrido en mala fe en los términos en los que se ha ejercitado la acción (...) por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella (...) por lo que deviene evidentemente abusiva la pretensión de que los demás coadministradores respondan solidariamente entre sí, haciendo tabla rasa de las circunstancias concurrentes y de la regla de la prorrata para el supuesto de que alguno o algunos de los corresponsables fuesen insolventes”*.

Conclusión: El TS parece admitir, a priori, que si no hubiese mediado mala fe, podría ser aplicable la regla de la proporcionalidad entre los corresponsables solidarios, si bien, en este supuesto, dado que el demandante “provocó” con su comportamiento – al no promover la disolución de la sociedad - el nacimiento de la responsabilidad de los administradores, en realidad, creó artificialmente a unos deudores (esto es, los restantes miembros del Consejo de Administración), por lo que no podrá reclamar nada a los demás consejeros.

Sentencia del Tribunal Supremo, número 635/2012, de 2 de noviembre.

Posibilidad de revisar la valoración de las acciones efectuada por el auditor de cuentas: Caso El Corte Inglés

Como es sabido, los antecedentes de este famoso litigio se sitúan en el conflicto surgido entre El Corte Inglés, S.A. y varios accionistas en relación con la valoración atribuida a las acciones de cara a su transmisión.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil condenó a los accionistas a la formalización de la compraventa de las acciones al precio fijado por el auditor designado por el Consejo de Administración de la Sociedad.

Por su parte, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia al considerar que el valor de las acciones fijado por el auditor designado por el Consejo de Administración de El Corte Inglés, S.A. no era el valor razonable.

La importancia de la sentencia analizada se centra en el razonamiento efectuado en torno a **la posibilidad de revisar y, en su caso, sustituir la valoración realizada por el auditor, al calificarlo como un arbitrador legal y no como un árbitro, siendo susceptible de impugnación su valoración ante los tribunales.**

A resultas de esta calificación, el régimen jurídico es el que se deduce del artículo 1.447 del CC, precepto que contiene dos reglas: **que la revisión judicial de lo hecho por el tercero sólo procede cuando haya faltado a la equidad, y que si el tercero – arbitrador – llamado a determinar el precio de la compraventa no puede, o no quiere determinarlo, el contrato quedará ineficaz** (por falta de determinación del objeto).

El CC declara la ineficacia del contrato en los supuestos en los que la fijación del precio se atribuye a “persona determinada”, no en aquellos en los que las partes no han determinado *intuitu personae* la concreta persona que debe fijarlo. **La atribución de la valoración de las acciones a un auditor tiene exclusivamente finalidad instrumental con objeto de garantizar la alta cualificación profesional del designado.**

El vacío estatutario no impide que sean los tribunales quienes fijen el valor de las acciones si los términos del contrato o de los estatutos no lo impiden. En consecuencia, **el valor fijado por el auditor designado al efecto puede ser sustituido por el determinado por el tribunal**, incluso con base en informes de expertos que sin tener la condición de auditor permitan su concreción.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el TS rechaza los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por los accionistas y por El Corte Inglés, S.A. por considerar que la sentencia recurrida detalla los motivos de la insuficiencia de las pruebas practicadas sobre el valor razonable de las acciones.

Conclusión: El auditor es un arbitrador y, por tanto, el valor de las acciones determinado por el auditor designado al efecto por el órgano de administración puede ser sustituido por el determinado por el tribunal.

Sentencia del Tribunal Supremo, número 683/2012, de 21 de noviembre.

Primer pronunciamiento sobre la nulidad de los swaps

El TS se ha pronunciado por primera vez sobre una demanda de nulidad de un contrato swap por error en el consentimiento identificando como posibles causas de nulidad la infracción de los deberes de información de los bancos y la existencia de un error-vicio del consentimiento sufrido por el cliente. En el supuesto de hecho analizado, el TS casa la sentencia – y da la razón al banco – porque **no se probó la concurrencia de los requisitos para apreciar que el cliente sufrió un vicio del consentimiento**, aunque fuera discutible si el banco había infringido sus obligaciones de información sobre la

variación del tipo que servía de referencia para determinar quién – el banco o el cliente – tenía que hacer pagos a la otra parte.

La sentencia argumenta que *“Por virtud de dichos contratos las partes debían ejecutar unas prestaciones inicialmente determinables, pero cuya determinación quedó sujeta a factores básicamente aleatorios, dada la inestabilidad del índice de referencia utilizado. Cabe decir que **la operación financiera, en su conjunto, tuvo un carácter puramente especulativo**, en el sentido etimológico de realizada con la esperanza de obtener beneficios basada en las variaciones de los índices utilizados. De esa naturaleza de la operación tuvo conocimiento la demandante, **no sólo por resultar así de los trazos fundamentales de la reglamentación pactada, sino, también, porque fue expresamente informada por la entidad de crédito en lo esencial de los riesgos, tal como consta declarado en la propia sentencia recurrida”**.*

El pretendido vicio del consentimiento se habría producido *“por omisión de información referida a la fluctuación al alza que sufrió el Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis, más de un año después de celebrados los contratos litigiosos. Sin embargo, no se aportan datos que permitan entender imputada a Banco Español de Crédito, SA una ocultación maliciosa de tal información, en cuyo caso debería hablarse de dolo omisivo (...).*

Para que quepa hablar de error es necesario que la representación equivocada a causa de la falta de información sobre la previsión futura del Euribor sea suficientemente segura y no una mera posibilidad, y difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato tiene un acusado componente de aleatoriedad, como es el caso que nos ocupa.

Además, el error sólo invalida el contrato si la ignorancia o equivocación determinante de la voluntad negocial se produjo en el momento de su perfección, no si recae sobre una variación de los hechos posterior a la mera prestación del consentimiento: *“Tampoco se argumenta en la sentencia recurrida sobre **la influencia que pudiera haber tenido (...) el desconocimiento de una futura mutación de las condiciones existentes al contratar, siendo que lo normal es que la incertidumbre excluya la posibilidad de una presuposición razonablemente segura, sustituida por la lógica asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida contrapuesto a la esperanza de ganancia. Por último, no se expresa en la repetida sentencia, al menos con la claridad precisa para entender bien anulado un contrato, que el error supuestamente sufrido por Concha y Estrada, SL sobre la fluctuación al alza del Euribor en el segundo semestre del año dos mil seis fuera contradictorio con la reglamentación creada con la perfección o génesis de los contratos.**”*

Conclusión: El TS subraya el carácter meramente especulativo de la operación y que el demandante conocía esa característica, motivo por el cual no cabe hablar de error en el consentimiento.

La doctrina sobre el error como motivo de nulidad contractual, debe interpretarse con criterios restrictivos en aplicación del principio *pacta sunt servanda* y para garantizar la seguridad jurídica. Además, el error (i) debe recaer sobre algún motivo relevante para la contratación, no basta con que se refiera a algún aspecto que hubiera quedado en el

ánimo interno de una de las partes contratantes; (ii) debe referirse a algún aspecto concreto, más o menos seguro, no a circunstancias aleatorias de lo que pueda ocurrir en el futuro; (iii) además ser excusable, es decir, que no se deba a la negligencia de la propia víctima del error, de manera que la otra parte quede protegida frente a errores imputables sólo a quien alega haber sufrido el error.

Sentencia del Tribunal Supremo, número 797/2012, de 9 de enero de 2013.

Calificación en el concurso de los créditos derivados de un swap

El TS ha justificado el carácter concursal del crédito resultante de un swap de tipos de interés en que las prestaciones que se deben las partes de tal intercambio no son recíprocas, con base en lo establecido en los artículos 61.2 y 84.2 de la Ley Concursal (en adelante, “LC”). Dichos preceptos establecen que son créditos contra la masa las prestaciones debidas por el concursado como consecuencia de un contrato celebrado antes de la declaración del concurso pero que esté, en el momento del concurso, pendiente de cumplimiento.

El TS considera que el contrato de swap no da lugar a un intercambio de prestaciones recíprocas porque no hay “sinalagma funcional” entre las obligaciones de una y otra parte. Si el swap no está vinculado a otro contrato, no hay obligaciones recíprocas pues éstas únicamente surgen para una de las partes a cada fecha de liquidación: *“En el presente litigio, bajo la denominación de "confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)", la partes suscribieron un contrato desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de ellas debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre "un Tipo de Interés Variable EURIBOR3M" y "un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In)". No se trata, en consecuencia de obligaciones funcionalmente recíprocas ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes. En este sentido la sentencia de la Audiencia declara que "las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra", (...)*”.

Conclusión: En los contratos de swap puramente especulativos (no vinculados a otro contrato) no hay obligaciones recíprocas, pues éstas únicamente surgen para una de las partes a cada fecha de liquidación y, por tanto, dado que no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 61.2 de la LC, los créditos merecerán la calificación de concursales.

Merece la pena destacar la interesante argumentación que, sobre esta misma materia y con igual fallo, realiza la **Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia número 62/2012, de 20 de febrero:**

“Lo determinante del art. 61.2 LC es la referencia a "obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento". El contrato con obligaciones recíprocas es algo más que un contrato bilateral, pues la reciprocidad de las prestaciones guarda relación con la categoría de contratos sinalagmáticos, esto es, de contratos en los que existen

obligaciones para ambas partes que se encuentran vinculadas, en la medida en que la prestación asumida por una es causa de la contraprestación de la otra. Ese vínculo o nexo (sinalagma) opera tanto en el nacimiento de la obligación (sinalagma genético) como en su cumplimiento (sinalagma funcional). De este último se deriva la regla de la prestación simultánea, por virtud de la cual ninguno de los contratantes está facultado para exigir al otro el cumplimiento sin cumplir simultáneamente su contraprestación.

El art. 61.2 LC no se refiere a todas las obligaciones recíprocas en su origen sino fundamentalmente a aquellas entre las que exista un sinalagma funcional, que es lo que permite considerar injusto que se pueda exigir una prestación sin cumplir simultáneamente aquella contra con la que está ligada de forma recíproca. Y no es esto lo que ocurre en el contrato de swap, respecto a la obligación de pago de cada una de las obligaciones periódicas, que no aparece condicionada a contraprestación alguna de la contraparte (...).

En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por una de ellas, razón por la que no entran dentro del presupuesto del art. 61.2 LC. Por ello debemos considerar concursales los créditos que hayan surgido a favor de Banco Santander en las liquidaciones ya practicadas tras la declaración del concurso o bien que se puedan practicar en el futuro.”

CIVIL-PATRIMONIAL

Sentencia del Tribunal Supremo, número 116/2013, de 25 de febrero.

Las arras en los contratos de compraventa

La sentencia objeto de comentario resume la doctrina jurisprudencial sobre las arras, en particular, sobre la interpretación constante que se ha hecho del artículo 1.454 CC.

El supuesto de hecho parte de la celebración de un contrato de compraventa sobre dos fincas, por el precio de 207.349 €, abonando el comprador en señal 5.000 € y reteniendo el resto del precio para la firma de la escritura pública de compraventa.

En el contrato se insertó una cláusula que establecía que:

“En el supuesto de la renuncia por parte de los compradores a la compraventa de la vivienda, la parte vendedora se quedará para sí, con la cantidad de cinco mil euros (5.000 €) entregados como pago y señal, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Si por el contrario la renuncia se produce por parte de los vendedores, estos deberán abonar a los compradores la cantidad de diez mil euros (10.000 €), en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El mismo importe de indemnización corresponderá en el supuesto de cancelación de este contrato si no se otorgase escritura pública en los 65 m2 anteriormente descritos”.

Cuando el comprador insta a la parte vendedora para otorgar la escritura pública de compraventa, ésta no comparece, desistiendo del contrato a través de acta notarial y depositando 10.000 € a favor del comprador.

El comprador demanda al vendedor, instando el cumplimiento del contrato sobre la base de que la cantidad entregada no puede calificarse como arras penitenciales sino como arras confirmatorias. Si bien, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, tras el recurso de apelación interpuesto, otorgan la razón a la parte demandada y califican las arras como penitenciales o liberatorias.

El TS comienza su exposición distinguiendo tres clases de arras existentes:

- a) Las **confirmatorias**, que refuerzan la existencia del contrato y son una señal de su realización.
- b) Las **penales**, que tienen como fin establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución duplicada para el caso de incumplimiento.
- c) Las **penitenciales o liberatorias**, que constituyen un medio lícito que las partes se otorgan para desistir del contrato con su pérdida o restitución doblada. Esta clase de arras es la contemplada en el artículo 1.454 del CC.

Según la doctrina jurisprudencial, cuando las partes pactan la entrega de una cantidad de dinero en el momento de celebrar el contrato como “señal” o “a cuenta”, **no estamos ante unas arras penitenciales sino ante arras confirmatorias, es decir, la entrega de las arras constituye una prueba de la celebración del contrato, salvo que sea evidente la voluntad de las partes de rescindir el contrato entregando las arras** (o devolviéndolas duplicadas). En consecuencia, las partes pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato.

No obstante, en este supuesto el TS entiende que la estipulación transcrita establece **la facultad de las partes de renunciar al contrato**, que cada una puede ejercitar mediante el pago de una cierta cantidad de dinero en concepto de daños y perjuicios por la resolución voluntaria del mismo, bien perdiendo lo pagado inicialmente (5.000 €) o devolviendo el doble de lo recibido (10.000 €), lo que constituye un contrato accesorio de arras liberatorias o penitenciales.

Conclusión: La palabra señal no tiene imperativamente que considerarse que entraña la facultad de desistir del contrato, pudiendo consistir en una parte del precio que sirve para confirmar el contrato.

La calificación como liberatorias o penitenciales de las arras posibilita a la parte vendedora a desistir el contrato abonando el doble de lo percibido. Es importante que cuando las partes deseen estipular arras penitenciales, lo afirmen expresamente en el contrato, pues expresiones como “a cuenta del precio” o como “señal” indicarían precisamente lo contrario, esto es, que las partes han querido vincularse y no se han dado recíprocamente el derecho a desistir del contrato entregando las arras o devolviéndolas duplicadas.

INMOBILIARIO

Sentencia del Tribunal Supremo, número 691/2012, de 13 de noviembre.

Contribución a los gastos de instalación de ascensor por propietario de local

En el presente supuesto se interpuso una acción de impugnación de acuerdos de la junta de propietarios sobre instalación de un ascensor. Entre las cuestiones de fondo, la demanda argumentaba sobre la improcedencia de soportar los gastos derivados de la citada instalación por parte del propietario de un local sobre la base de un determinado artículo de los Estatutos de la comunidad de propietarios.

Concretamente, el precepto estatutario establecía, en relación a los propietarios de locales, que: *"Estarán exentos de contribuir a los gastos de los portales o zaguanes, escaleras, salvo en el caso que abran puertas de comunicación a los respectivos portales, para los que quedan facultados, en cuyo caso habrán de contribuir a los gastos de tal portal o zaguán"*.

El TS desestima el motivo dado que ***"Los gastos de instalación de ascensor son de cargo o cuenta de todos los copropietarios, independientemente de que existan cláusulas estatutarias que exoneren del abono de ciertos gastos ordinarios o extraordinarios, basado o fundamentado en que el ascensor es una mejora exigible en la comunidad y que asimismo incrementa el valor del edificio. (...)"***

Dichas consideraciones no pueden quedar desvirtuadas por las alegaciones que efectúa la parte recurrente en relación con la interpretación de la cláusula primera de los Estatutos en cuanto a la extensión de la exoneración a los gastos de ascensor ya que, según la doctrina jurisprudencial fijada, las cláusulas de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias han de interpretarse siempre restrictivamente de modo que no abarquen los gastos de instalación de ascensor.

Conclusión: La instalación del ascensor afecta al conjunto del edificio y produce un incremento del valor que beneficia a todos los propietarios y, por tanto, su gasto debe ser soportado por todos.

Las cláusulas estatutarias de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias han de interpretarse siempre restrictivamente.

Sentencia del Tribunal Supremo, número 11/2013, de 21 de enero.

La jubilación del arrendatario como causa de extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio

El supuesto de hecho en el que se funda el pronunciamiento de la sentencia, se basa en la acción de extinción de un contrato de arrendamiento de local de negocio por jubilación del arrendatario en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, "LAU") a instancia de la parte arrendadora. Por su parte, el arrendatario se opuso a la pretensión ejercitada al mantener que continuaba al frente del negocio desarrollado en el local.

La sentencia confirma que, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la LAU, aplicable a contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985, **la jubilación del arrendatario de un local de negocio determina la extinción del contrato de arrendamiento** independientemente de que aquél continúe al frente de la actividad empresarial realizada en el local comercial.

El TS fundamenta su resolución en que el arrendatario, como trabajador, resulta afectado por la situación de jubilación. “*La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia (...), a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas.*”

Conclusión: La jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento con independencia de que el arrendatario continúe al frente de la actividad comercial o empresarial realizada en el local de negocio.
