



Roj: **STS 2703/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2703**

Id Cendoj: **28079110012021100474**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2021**

Nº de Recurso: **3144/2018**

Nº de Resolución: **482/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1365/2018,**
AAAP M 1263/2018,
STS 2703/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 482/2021

Fecha de sentencia: 05/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3144/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3144/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 482/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 5 de julio de 2021.

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de febrero de 2018, dictada en recurso de apelación 726/2017, de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio ordinario 1226/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid.

Recorre en casación la demandante Arfim S.A., representada en primera y segunda instancia y ante este Tribunal Supremo por la procuradora Dña. Sara Díaz Pardeiro que comparece en calidad de recurrente y recurrido y bajo la dirección del letrado D. José Javier Prieto Martín.

Recurren también en casación los demandados Residencial Leyre S.A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , Dña. Encarnacion y D. Braulio , representados en primera y segunda instancia por el procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la dirección letrada de D. Damián Gaubeka López, y personándose ante este Tribunal Supremo en representación de todos ellos el procurador D. Gabriel M.ª de Diego Quevedo que comparece en calidad de recurrente y de recurrido. Se hace constar que estos recurrentes interpusieron también recurso extraordinario por infracción procesal que en su momento procesal oportuno no fue admitido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil Arfim S.A., representada por la procuradora Dña. Sara Díaz Pardeiro y dirigida por el letrado D. J. Javier Prieto Martín, interpuso demanda de juicio ordinario contra Residencial Leyre S.A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo D. Anton , D. Augusto , D. Braulio y Dña. Encarnacion y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

"1.º- Se declare que Arfim, S.A., compró los dos inmuebles que se identifican en esta demanda a Residencial Leyre, S.A.

"2.º- Se declare la resolución de dicha compraventa inmobiliaria, por razón, entre otros incumplimientos, de la negativa de Residencial Leyre, S.A. a otorgar la escritura de venta y transmisión de la propiedad a terceros, con condena a Residencial Leyre, S.A. a pagar Arfim, S.A. la cantidad de 2.404.048,42 euros (equivalentes 400 millones de pesetas) entregados a cuenta del precio de la compraventa.

"3.º- Subsidiariamente con las pretensiones deducidas en los dos ordinales anteriores que se declare que cualquiera que sea la calificación jurídica del negocio otorgado entre Arfim S.A. y Residencial Leyre o cualquiera que sea el título en cuya virtud Arfim S.A. entregó a Residencial Leyre, S.A. la cantidad de 2.404.048,42 euros (equivalentes a 400 millones de pesetas), esta sociedad tiene la obligación de reintegro de la cantidad pagada por aquella a esta de 2.404.048,42 euros (equivalentes 400 millones de pesetas), condenándole a su pago debido por Residencial Leyre a Arfim S.A.

"4.º- Que se declare que el resto de los codemandados junto con Residencial Leyre, S.A., son responsables conjunta y solidariamente con esta sociedad (con fundamento en la doctrina de levantamiento del velo o por cualquier otro fundamento jurídico que resulte de aplicación) de la devolución a Arfim, S.A. del pago que quede sancionado en mérito de las pretensiones deducidas con anterioridad (en los ordinales 2.º y 3.º precedentes), condenándoles a su pago conjunta y solidariamente entre si (y subsidiariamente de forma mancomunada en proporción al importe que cada uno recibió con cargo a los 400 millones de pesetas de Residencial Leyre, S.A.).

"5.º- Subsidiariamente con la pretensión deducida en el ordinal anterior que se declare la nulidad de cualquier título en cuya virtud los codemandados recibieron de Residencial Leyre, S.A. la cantidad de 2.404.048,42 euros (equivalentes 400 millones de pesetas) antes referidos, condenándoles a su reintegro a Residencial Leyre, S.A. conjunta y solidariamente entre si (y subsidiariamente de forma mancomunada en proporción al importe que cada uno recibió con cargo a los 400 millones de pesetas de Residencial Leyre, S.A.).

"6.º- Que se declare que cualquier cantidad que resulte debida a cargo de cualquiera de los codemandados con cargo a la pretensión de pago de los 400 millones de pesetas, ha devengado intereses legales desde la fecha de su cobro por Residencial Leyre, esto es, desde el 20 de marzo de 1989 (según resulta del reverso de los dos cheques unidos como documento núm. 26 y 27 y de la página 3 del informe del Banco de España - documento núm. 32-), subsidiariamente desde la fecha de interposición de la querrela, esto es desde el día 3 de abril de 1990 (sello de presentación del documento núm. 1), subsidiariamente desde la fecha de interposición del procedimiento de mayor cuantía, esto es, desde el 29 de julio de 1998 (sello de presentación del documento núm. 6), subsidiariamente desde la fecha de interposición del procedimiento ordinario, esto es desde el 20 de junio de 2007 (sello de presentación del documento núm. 11) y en su defecto desde la fecha de interposición

de esta demanda, condenando a su pago a quien resulte deudor del principal sobre el que se calculen los intereses.

"7.º- Que se condene solidariamente a todos los codemandados al pago de las costas".

2.- Admitida a trámite la demanda, el demandado D. Augusto , representado por el procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la dirección letrada de D. Damián Gaubeka López, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Desestimando íntegramente la demanda, con total absolución de mi mandante y con imposición de costas a la parte demandante".

Posteriormente se fueron personando los demandados D. Anton , D. Carlos Jesús , D. Segundo , D. Pedro Miguel y D. Urbano , cada uno de ellos contestó a la demanda de forma independiente pero representados todos ellos por el mismo procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la misma dirección letrada de D. Damián Gaubeka López, contestaron a la demanda oponiéndose con los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que consideraron aplicable y con el mismo suplico al juzgado, que dictase en su día sentencia:

"Desestimando íntegramente la demanda, con total absolución de mi mandante y con imposición de costas a la parte demandante".

3.- En fecha 8 de febrero de 2016, por diligencia de ordenación se declaró en situación de rebeldía procesal a Residencial Leyre, S.A. y en fecha 21 de marzo se declaró en situación de rebeldía procesal a los codemandados D. Braulio y Dña. Encarnacion .

4.- Ulteriormente se personaron en las actuaciones los demandados D. Braulio y Dña. Encarnacion , representados por el mismo procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la misma dirección letrada que los demás codemandados personados, y contestaron a la demanda, mediante diligencia de ordenación de 12 de abril de 2016, se les tuvo por personados cesando su situación de rebeldía procesal, sin haber lugar a admitir la contestación a la demanda al estar precluido el trámite por estar presentada fuera de plazo.

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 57 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 27 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la demanda presentada por la procuradora de los tribunales Sra. Díaz Pardeiro, en nombre y representación de Arfim S.A., contra Residencial Leyre, S.A., declarada en situación de rebeldía procesal, D. Carlos Jesús , D. Alfredo , D. Pedro Miguel , D. Urbano , D. Anton , D. Augusto , D. Segundo , D. Braulio y Dña. Encarnacion representados por el procurador de los tribunales Sr. Mairata Laviña debo declarar y declaro que Arfim, S.A. compró los dos inmuebles a que se refieren las presentes actuaciones a Residencial Leyre, S.A.; y asimismo debo declarar y declaro la resolución de dicha compraventa, con condena a Residencial Leyre S.A. a abonar a la actora la cantidad de dos millones cuatrocientos cuatro mil cuarenta y ocho euros con cuarenta y dos céntimos (2.404.048,42 euros) (equivalentes a 400 millones de pesetas), que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la presente demanda.

"Asimismo debo declarar y declaro que el resto de los codemandados son responsables conjunta y solidariamente junto con Residencial Leyre, S.A. a la devolución a Arfim, S.A. de las referidas cantidades, condenándoles a su pago conjunta y solidariamente entre sí.

"Se imponen a los codemandados las costas procesales devengadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes demandante y demandada, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 13 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: que, con estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos por la procuradora Dña. Sara Díaz Pardeiro, en representación de Arfim S.A., y por el procurador D. Carlos Mairata Laviña, en representación de D. Carlos Jesús y D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , D. Braulio y Dña. Encarnacion , frente a la sentencia dictada en fecha 27 de febrero de 2017 por la magistrada-juez titular del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 57 de Madrid, en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos revocar y revocamos parcialmente la expresada sentencia en el sentido de que los recurrentes deberán abonar la cantidad a que han sido condenados de forma mancomunada, en proporción a su cuota de participación en la sociedad Residencial Leyre S.A.; Así mismo, deberán abonar los intereses legales desde la fecha del cobro de dichos importes, el 20 de marzo de 1989. No se hace especial imposición de las costas procesales de esta alzada".



Y con fecha 16 de marzo de 2018, se dictó auto de aclaración de la sentencia de apelación en cuya parte dispositiva se acuerda:

"Se subsana el defecto de la sentencia dictada en fecha 13 de febrero de 2018 solicitada por la procuradora Dña. Sara Díaz Pardeiro, en representación de Arfim S.A., en el sentido de que los recurrentes deberán abonar la cantidad a que han sido condenados de forma mancomunada, en proporción al importe que cada uno recibió con cargo a los 400 millones de pesetas de Residencial Leyre S.A., tal y como se solicitó como pretensión subsidiaria en la demanda".

TERCERO.- 1.- Por la entidad mercantil Arfim S.A., demandante, se interpuso recurso de casación basado en el siguiente:

Motivo único.- Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo creada en la interpretación de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, que se consideran infringidos, preceptos, ambos de naturaleza sustantiva.

Por la entidad Residencial Leyre S.A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , Dña. Encarnacion y D. Braulio , codemandados todos ellos, se interpuso recurso de casación del que fueron admitidos los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 de la LEC, por infracción del art. 325 del Código de Comercio al entender el tribunal *a quo* que el contrato de opción de compra de 16 de marzo de 1989, celebrado entre la compañía mercantil Residencial Leyre S.A., como concedente, y la también compañía mercantil Arfim S.A., como optante, es una operación que debe ser calificada de civil, y no mercantil, por lo que es de aplicación, según la sentencia recurrida, el ordenamiento civil, lo que es contrario a la evolución de la comunidad jurídica y de la realidad económica y social del derecho (art. 3.1 Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica de la norma, por lo que se solicita doctrina de este alto tribunal en esta materia: "tienen carácter mercantil, las operaciones inmobiliarias realizadas por dos entidades mercantiles, de acuerdo con su objeto social, realizadas con el ánimo de obtener un lucro, bien en la reventa, bien mediante su explotación, en cualquiera de las modalidades admitidas en derecho".

Motivo quinto.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 LEC; infracción del art. 1973 CC, por aplicación indebida e infracción del art. 944 del Código de Comercio, por inaplicación, en relación a la prescripción de las acciones ejercitadas con la demanda, al entender el tribunal *a quo* que la operación derivada del contrato de opción de compra es un contrato de naturaleza civil, negando su carácter mercantil, lo que es contrario a la doctrina de este alto tribunal, de acuerdo con la sentencia más reciente, a STS 630/2009, de 8 de octubre, y las allí citadas.

Motivo sexto.- Subsidiariamente, por el cauce del apartado 1 del art. 477 de la LEC por infracción del inciso final del art. 1103 del Código Civil al no haberse moderado la indemnización, siendo así que la actora ha incurrido en un retraso desleal en la reclamación que le ha proporcionado unos intereses de demora superiores al capital, lo que es contrario a la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de concurrencia de circunstancias especiales, y contrario al ponderado, racional y lógico, como señalan las SSTS de 19 de mayo de 2010, 20 de julio de 2011, 19 de julio y 10 de octubre de 2007.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de febrero de 2021, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por la demandante Arfim S.A., y respecto a los recursos interpuestos por los demandados Residencial Leyre S.A. y otros, admitió únicamente los motivos primero, quinto y sexto del recurso de casación, inadmitiendo tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como los motivos segundo tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto por estos; y confirió traslado a las partes contrarias a cada recurso, personadas como recurridas, para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos reseñados y evacuados los traslados conferidos, el procurador D. Gabriel M.^a de Diego Quevedo, en nombre y representación de Residencial Leyre S.A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , Dña. Encarnacion y D. Braulio , presentó escrito de oposición al recurso de casación contrario; y la procuradora Dña. Sara Díaz Pardeiro en nombre y representación de Arfim S.A. presentó escrito de oposición a los motivos admitidos del recurso de casación interpuesto por la recurrente contraria.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 29 de junio de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

Resumen del pleito:

El procedimiento se inicia por demanda interpuesta por la entidad Arfim S.A., frente a Residencial Leyre S.A. y otros, en la que solicita la devolución del importe de 2.404.048,42 euros (antes 400 millones de pesetas) pagados por la primera a la entidad codemandada y recibidos por los codemandados en el año 1989, más intereses legales desde esa fecha con causa en el otorgamiento de un negocio jurídico tendente a la compra de dos edificios en Madrid, previa declaración de su resolución por incumplimiento imputable a la parte vendedora.

En primera instancia se estimó la demanda, por lo que se declaró que Arfim S.A. compró los inmuebles referidos a Residencial Leyre S.A., la resolución de la compraventa y condenó, por un lado, a Residencial Leyre, S.A., a pagar a la actora la suma de 2.404.048,42 euros y, de otro lado, declaró aplicando la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, la responsabilidad del resto de los codemandados al pago de dicha cantidad de dinero solidariamente entre sí. Impone los intereses legales desde la interposición de la demanda y no desde el año 1989, ya que la parte demandada no debe soportar el transcurso de los plazos que no le son imputables, al resultar que las anteriores demandas civiles fueron archivadas o caducadas en la instancia. Para ello, en primer lugar, desestimó la excepción de prescripción alegada en la contestación, no solo por la tramitación anterior de un proceso penal sobre los mismos hechos sino por las sendas demandas civiles interpuestas y las reclamaciones extrajudiciales habidas. Sobre la cuestión de fondo considera no controvertido que el contrato suscrito era un contrato de opción de compra y considera probado que el demandante ejerció tácitamente la opción de compra, que la demandada recibió la suma de 400 millones de pesetas (para cancelar una hipoteca e indemnizar al titular de un estanco) que fue repartido entre el resto de codemandados en atención a su participación en el capital social. Ejercida la opción de compra y negada la elevación a público del contrato de compraventa, la entidad demandada procedió a vender a un tercero los inmuebles objeto de compraventa, por lo que se considera que ha existido un incumplimiento contractual y acuerda la resolución del contrato y la recíproca restitución de las prestaciones, condenando a la demandada a la devolución de la parte del precio abonado.

Interpuso recurso de apelación la entidad Arfim, S.A., interesando la condena al pago de los intereses desde la fecha del pago, 20 de marzo de 1989, que fue su pretensión principal. También recurren los codemandados a excepción de la entidad Residencial Leyre S.A., solicitando entre otras pretensiones, que se declare prescrita la acción, al no considerarse interrumpida, ser de aplicación el art. 944 C.COM y considerar que la venta es mercantil, que no existió ejercicio tácito de la opción, que no fue una declaración recepticia, negando la existencia de incumplimiento que determina la resolución del contrato y defendiendo la responsabilidad mancomunada frente a la declaración de solidaridad que resulta de la sentencia de primera instancia.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial resuelve ambos recursos y los estima parcialmente, de manera que condena a los demandados a pagar intereses legales sobre la cantidad de 2.404.048,42 euros desde el día 20 de marzo de 1989 y de otro lado, declara la responsabilidad mancomunada de los codemandados recurrentes en proporción al importe que cada uno de ellos recibió con cargo a los 400 millones de pesetas de Residencial Leyre S.A. Para ello considera que en el presente caso, no existe una expresa manifestación de solidaridad y el hecho de que se repartieran los demandados la suma de 400 millones de pesetas en proporción a su cuota de participación en la sociedad es prueba de que no existía voluntad de generar una responsabilidad solidaria, ni siquiera igualitaria entre todos ellos, por lo que considera que la responsabilidad debe ser mancomunada, como se pidió subsidiariamente en el escrito de demanda.

Contra dicha sentencia interponen recurso ambas partes.

El recurso de casación de Arfim, S.A. se compone de un único motivo en el que se alega la infracción de los arts. 1136 y 1137 CC y en el defiende la responsabilidad solidaria de quienes obraron de forma fraudulenta y de quienes frustraron los derechos del acreedor apropiándose ilícitamente de un dinero. Alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del TS que concluye que en presencia de una actuación dolosa o fraudulenta el objetivo a satisfacer es la efectividad de la indemnización debida al perjudicado a través de la condena solidaria, evitándole las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse y que deben recaer en todo caso sobre los que se enriquecieron torticeramente a costa ajena. Cita en apoyo de su doctrina las SSTs de 26 de enero de 2006, 25 de febrero de 2014, 5 de febrero de 2014 y 13 de febrero de 2009.

La representación procesal de Residencial Leyre S.A. y otros, también formula recurso de casación al amparo del art. 477.2.3.º LEC y recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación se articula en seis motivos con el siguiente encabezamiento:



Primero.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 de la LEC, por interpretación indebida del art. 325 del Código de Comercio al entender el Tribunal *a quo* que el contrato de opción de compra de 16 de marzo de 1989, celebrado entre la compañía mercantil Residencial Leyre, S.A. como concedente, y la también compañía mercantil Arfim, S.A. como optante, es una operación de carácter civil, y no mercantil, por lo que es de aplicación, según la sentencia recurrida, el ordenamiento civil, lo que es contrario a la evolución de la comunidad jurídica y la realidad económica y social del Derecho (art. 3.1. Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica de la norma, por lo que se solicita doctrina de este alto tribunal en esta materia: tienen carácter mercantil, las operaciones inmobiliarias realizadas por dos entidades mercantiles, de acuerdo con su objeto social, realizadas con el ánimo de obtener un lucro, bien en la reventa, bien mediante su explotación, en cualquiera de las modalidades admitidas en derecho.

Segundo.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 LEC, se denuncia infracción del art. 1.281.2 y 1.282 CC, por inaplicación de los mismos, que ha dado lugar a una interpretación ilógica, errónea, arbitraria y desorbitada, contraria a la doctrina jurisprudencial, de las cláusulas del contrato de opción de compra de 16 de marzo de 1989, en concreto la cláusula segunda y cuarta, que ha vulnerado la doctrina jurisprudencial en cuanto a la voluntad realmente querida por las partes, en especial las sentadas en las SSTs, núm. 106/2015, de 19 de mayo y 30 de septiembre de 2009, Rec. 216/2005, que cita la de 30 de diciembre de 1985 y 21 de febrero de 1986. En el desarrollo combate no la calificación del contrato sino su contenido, en especial, la cláusula segunda y cuarta, defendiendo que los 400 millones de pesetas entregados era una mayor prima de opción, que no figura en el contrato, por tratarse de dinero B, opaco fiscalmente pero no supone el ejercicio tácito de la opción.

Tercero.- Por el cauce del apartado 3 del art. 477 LEC aplicación indebida de la doctrina del ejercicio tácito de la opción de compra, en contra de los criterios sentados por las SSTs de 4 de febrero de 2011 (RJ 2011/1815), núm. 517/2010, de 10 de septiembre, la de 30 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2538) y la 495/2010, de 28 de julio, entre otras muchas, lo que supone que la sentencia recurrida contraviene el artículo 1262, apartado primero del Código Civil. En la fundamentación refiere que las sentencias que admiten un ejercicio tácito de la opción de compra se refieren a actos realizados con posterioridad a la celebración del contrato que concede la opción pero no, como sucede en el presente caso, que el ejercicio de la opción se realiza inequívocamente el mismo día que se otorga el derecho al optante. Por consiguiente, concluye que no hubo ni pudo haber ejercicio del derecho de la opción de compra, sino el pago de un mayor importe de la prima de opción.

Cuarto.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 de la LEC por infracción del art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, vigente en el caso de autos, y aplicación indebida de la doctrina casacional del Tribunal Supremo sobre "el levantamiento del velo", infringiendo los criterios sentados en las SSTs núm. 874/2011, de 20 de diciembre, núm. 326/2012, de 30 de mayo, núm. 628/2013, de 28 de octubre y núm. 572/2016, de 29 de septiembre, entre otras. En el desarrollo rechaza que la sociedad Residencial Leyre se hubiere constituido con el propósito de defraudar, sino para reunir a una pluralidad de inversores, pues su finalidad fue la de adquirir los inmuebles para poder ser revendidos, por lo que otorgó un contrato de opción de compra, hizo suya la prima de opción por no ejercitar la opción en plazo su beneficiario y luego, lo revendió a terceros, sin que haya razones que justifiquen la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

Quinto.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 LEC; infracción del art. 1973 CC por aplicación indebida e infracción del art. 944 del C. de C., por inaplicación, en relación a la prescripción de las acciones ejercitadas en la demanda, al entender el Tribunal *a quo* que la operación derivada del contrato de opción de compra es un contrato de naturaleza civil, negando su carácter mercantil, lo que es contrario a la doctrina de este Alto Tribunal, de acuerdo con la sentencia más reciente, la STS 630/2009 de 8 de octubre, y las allí citadas.

Sexto.- Subsidiariamente, por el cauce del apartado 1 del artículo 477 de la LEC por infracción del inciso final del artículo 1.103 del Código Civil al no haberse moderado la indemnización, siendo así que la actora ha incurrido en un retraso desleal en la reclamación que le ha proporcionado unos intereses de demora superiores al capital, lo que es contrario a la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de concurrencia de circunstancias especiales, y contrario al criterio ponderado, racional y lógico, como señalan las SSTs de 19 de mayo de 2010, 20 de julio de 2011, 19 de julio y 10 de octubre de 2007.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de tres motivos:

Primero.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso al infringir el Tribunal *a quo*, al igual que el Juzgado de 1.ª Instancia, el art. 265.1.1.º LEC, al haber admitido en el acto de la audiencia previa los documentos 43, 44 y 45, a pesar de que la parte recurrente, previo recurso de reposición, formuló protesta, documentos que obraban en poder de la actora, antes de la interposición de la demanda, y no hallarse de entre los comprendidos en el art. 270 LEC.



Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC, se denuncia la vulneración del derecho de defensa conculcando el art. 24 de la Constitución Española, al admitir los referidos documentos aportados en el acto de la audiencia previa, y no ordenar su devolución a la parte actora, conforme establece el art. 272 .

Tercero.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC se denuncia error en la prueba que causa indefensión, contrario al art. 24 C.E., al no tener en cuenta la documental señalada de números 23 y 24, aportada con la demanda, esenciales para la interpretación del contrato de opción de compra (según se verá en el recurso de casación), infringiendo el art. 326.1 LEC, pues la autenticidad de tales documentos no solo no ha sido impugnada, sino que han sido aportados por la actora.

A la vista de las cuestiones planteadas, se estimó procedente la admisión del recurso de casación interpuesto por Arfim S.A. y de los motivos primero, quinto y sexto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Residencial Leyre S.A. y otros. Se inadmitieron los motivos segundo y tercero en cuanto suponen una interpretación nueva del contrato sin atenerse a los requisitos establecidos para acceder al recurso de casación (ser arbitraria, irrazonable, ilógica o contraria a un precepto la interpretación hecha por la audiencia por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) y el motivo cuarto en tanto en cuanto el recurrente hace supuesto de la cuestión, al partir de la inexistencia de ánimo fraudulento, qué es precisamente el fundamento del levantamiento del velo jurídico qué declara la audiencia (art. 483.2.4.º LEC). También se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal por carencia de fundamento (art. 473.2 LEC).

Recurso de casación de Leyre S.A. y otros.

SEGUNDO.- *Motivos primero y quinto.*

Motivo primero.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 de la LEC, por infracción del art. 325 del Código de Comercio al entender el tribunal *a quo* que el contrato de opción de compra de 16 de marzo de 1989, celebrado entre la compañía mercantil Residencial Leyre S.A., como concedente, y la también compañía mercantil Arfim S.A., como optante, es una operación que debe ser calificada de civil, y no mercantil, por lo que es de aplicación, según la sentencia recurrida, el ordenamiento civil, lo que es contrario a la evolución de la comunidad jurídica y de la realidad económica y social del derecho (art. 3.1 Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica de la norma, por lo que se solicita doctrina de este alto tribunal en esta materia: "tienen carácter mercantil, las operaciones inmobiliarias realizadas por dos entidades mercantiles, de acuerdo con su objeto social, realizadas con el ánimo de obtener un lucro, bien en la reventa, bien mediante su explotación, en cualquiera de las modalidades admitidas en derecho".

Motivo quinto.- Por el cauce de los apartados 1 y 3 del art. 477 LEC; infracción del art. 1973 CC, por aplicación indebida e infracción del art. 944 del Código de Comercio, por inaplicación, en relación a la prescripción de las acciones ejercitadas con la demanda, al entender el tribunal *a quo* que la operación derivada del contrato de opción de compra es un contrato de naturaleza civil, negando su carácter mercantil, lo que es contrario a la doctrina de este alto tribunal, de acuerdo con la sentencia más reciente, a STS 630/2009, de 8 de octubre, y las allí citadas.

Se desestiman ambos motivos, analizados conjuntamente.

En el desarrollo reconoce que si bien la compraventa inmobiliaria no encaja dentro de los límites de la compraventa mercantil, en el presente caso, dado que en la operación intervienen dos empresas mercantiles que actúan en el mercado con un evidente ánimo de lucro bien en la reventa, bien mediante su explotación, y la sujetan al pago de IVA el contrato debería ser calificado como mercantil y por tanto, debe aplicarse el art. 944 C.COM y no el art. 1973 CC. Las consecuencias de lo anterior es que no interrumpen la prescripción los dos pleitos anteriores, esto es, el desistimiento del primer pleito y la caducidad de la instancia del segundo pleito por lo que el plazo de prescripción de 15 años (marzo 1997 a 2012) se habría consumado antes de la interposición de la demanda.

En el motivo quinto, partiendo de la calificación del contrato de autos como mercantil conforme a lo argumentado en el motivo primero, insiste en la aplicación del art. 944 C.COM en lugar del art. 1973 CC en materia de prescripción de acciones. Las consecuencias de lo anterior es que no interrumpen la prescripción los dos pleitos anteriores, esto es, el desistimiento del primer pleito y la caducidad de la instancia del segundo pleito por lo que el plazo de prescripción de 15 años (marzo 1997 a 2012) se habría consumado antes de la interposición de la demanda.

Los recurrentes pretenden que la sala extienda el concepto de compraventas mercantiles, para incluir a la compraventa de inmuebles, en contra de lo dispuesto en el art. 325 del Código de Comercio (C.COM).

Por los recurrentes se pretende que el Tribunal efectúe una interpretación extensiva de la norma, para entender incluidos los inmuebles dentro del ámbito de la compraventa mercantil.



Esta sala debe declarar que la labor hermenéutica del Tribunal no puede llevarle a convertirse en legislador (art. 1.6 del C. Civil).

Aún cuando las tesis esgrimidas, puedan tener predicamento en la doctrina mercantilista, carecen de reflejo normativo en el Código de Comercio.

Sobre el particular se ha pronunciado esta sala en sentencia 673/2013 de 31 de octubre:

"No obstante esta Sala tiene declarado que la calificación del contrato consiste en la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, todo lo cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos, ya que "los contratos son lo que son y no lo que las partes digan", como ha repetido la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de 22 octubre y 10 noviembre 1986, 7 julio 1987, 3 mayo 1993, 18 febrero y 9 abril 1997, 28 septiembre 1998, y como más recientes las núm. 1170/2002, de 11 diciembre y 395/2005, de 26 mayo). Cuando se trata de compraventa de bienes inmuebles su calificación es civil, con independencia de que la adquisición pueda hacerse con ánimo de proceder posteriormente a la reventa, ya que la compraventa mercantil se caracteriza fundamentalmente por el hecho de que recae sobre cosas muebles tal como establece el artículo 325 del Código de Comercio".

Por tanto, debemos desestimar los motivos, en cuanto se ha de mantener la calificación de la compraventa como civil y, por ende, procede la interrupción de la prescripción, conforme a lo dispuesto en el art. 1973 del C. Civil, en base a lo cual las demandas interpuestas ostentan eficacia interruptora del plazo de prescripción, aún cuando se desistiera de una y caducase la otra, pues lo esencial es que la reclamación fue efectuada ante la autoridad judicial, es decir, no se abandonó el derecho por parte de la demandante, habiéndose acordado el emplazamiento de los demandados (sentencias 610/1994, de 20 de junio; 308/2010, de 25 de mayo y 319/2010, de 25 de mayo).

A ello deben unirse las reclamaciones extrajudiciales como muestra del interés de la parte demandante en mantener viva su acción.

TERCERO.- *Motivo sexto.*

Subsidiariamente, por el cauce del apartado 1 del art. 477 de la LEC por infracción del inciso final del art. 1103 del Código Civil al no haberse moderado la indemnización, siendo así que la actora ha incurrido en un retraso desleal en la reclamación que le ha proporcionado unos intereses de demora superiores al capital, lo que es contrario a la doctrina del Tribunal Supremo en supuestos de concurrencia de circunstancias especiales, y contrario al ponderado, racional y lógico, como señalan las SSTS de 19 de mayo de 2010, 20 de julio de 2011, 19 de julio y 10 de octubre de 2007.

CUARTO.- *Decisión de la sala. Intereses.*

Se desestima el motivo.

En el desarrollo se alega que se dan circunstancias excepcionales que justifican la revisión de la responsabilidad referida en el art. 1103 CC ya que han transcurrido 18 años desde el 20 de marzo de 1989, en que se celebró el contrato, con diferentes avatares procesales, siendo injusto hacer pechar con la suma de 3.911.699,65 euros de intereses cuando el principal es 2.404.048,42 euros y cuando la inactividad y el retraso es imputable únicamente a la parte actora. Para el supuesto de que se considere que hubo un ejercicio tácito de la opción de compra, los intereses deben devengarse desde la fecha de la sentencia y subsidiariamente desde la interposición de la demanda.

Esta sala debe rechazar el presente motivo, dado que si bien se ha alargado en el tiempo la reclamación, ello no es ajeno, en parte, a la actuación de la parte demandada, que ocultó la percepción de los 400 millones de pesetas que se reclaman, siendo necesaria la tramitación de una querrela, durante ocho años, para la averiguación del cobro, lo que solo fue posible tras el informe evacuado por la Inspección del Banco de España.

En suma, retraso ha existido en la reclamación, pero no puede declararse que sea malicioso por parte de la demandante, y sin embargo sí se puede constatar una obstrucción injustificada y continuada en el tiempo por parte de las demandadas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Entre las más recientes, la sentencias 356/2020, de 24 de junio y 63/2018, de 5 de febrero, con cita de otra anterior, declararon:

"La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud



definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo)".

Aplicada la referida doctrina debemos concluir que la parte demandante no generó en la demandada un cierta confianza en el abandono de su acción, dado que planteó una querrela y dos demandas (una desistida y otra caducada) además de dos requerimientos extrajudiciales, por lo que era previsible que la actuación futura de la demandante fuese la reclamación de una cantidad tan importante como la ahora exigida.

Recurso de casación de Arfim S.A.

QUINTO.- *Motivo único.*

Se alega la infracción de los arts. 1136 y 1137 CC y en el defiende la responsabilidad solidaria de quienes obraron de forma fraudulenta y de quienes frustraron los derechos del acreedor apropiándose ilícitamente de un dinero. Alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del TS que concluye que en presencia de una actuación dolosa o fraudulenta el objetivo a satisfacer es la efectividad de la indemnización debida al perjudicado a través de la condena solidaria, evitándole las contingencias que de la mancomunidad puedan derivarse y que deben recaer en todo caso sobre los que se enriquecieron torticeramente a costa ajena. Cita en apoyo de su doctrina las SSTs de 26 de enero de 2006, 25 de febrero de 2014, 5 de febrero de 2014 y 13 de febrero de 2009.

SEXTO.- *Decisión de la sala. Solidaridad.*

Se estima el motivo.

En la sentencia del juzgado de primera instancia se declaró: "En el presente caso, ha de tenerse en cuenta lo anterior y resolver el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución Española (arts. 1,1 y 9,3), y a la luz de las pruebas practicadas procede decidir prudencialmente y teniendo en cuenta el caso y circunstancias que nos ocupan, con aplicación por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7,1 CC), que efectivamente y con independencia de la actuación de la mercantil codemandada en el tráfico jurídico, lo cierto es que en la actuación concreta que nos ocupa, prescindió de la forma social y de la regulación propia de la persona jurídica, pues si bien bajo su forma social percibió unas cantidades, que de forma prácticamente inmediata y sin soporte jurídico ni social alguno, fueron entregadas a las personas físicas que componían su accionariado, lo que evidencia que en la operación concreta que se analiza proceda aplicar la mencionada doctrina del levantamiento del velo, haciendo responsables solidariamente de la devolución de las cantidades percibidas a todos los codemandados".

En la sentencia de la Audiencia Provincial se declaró: "De lo expuesto queda acreditado que se actuó al margen de la legislación societaria en el reparto entre los socios de la parte del precio percibido por una compraventa que no llegó a celebrarse. Además, de la documental aportada los autos, se prueba que Residencial Leyre S.A. se constituyó mediante escritura pública el 25 de marzo de 1988 y se inscribió en el Registro Mercantil en julio de ese año (doc. 38 de la demanda). No consta disuelta, pero no se han depositado cuentas anuales desde 1995, constando su cierre provisional por falta de depósito de las mismas. El contrato de opción de compra se celebra el 16 de marzo de 1989, se perciben los 400 millones de pesetas el 20 de marzo de ese año, se reparten entre los accionistas el 6 de abril del mismo año y se venden los inmuebles a un tercero el 26 de febrero y 22 de marzo de 1990 (doc. 40 de la demanda), posteriormente se encuentra inactiva y totalmente despatrimonializada. De lo expuesto debemos tener por acreditado que, la sociedad Residencia Leyre S.A. se constituyó con la única finalidad de proceder a la venta de los inmuebles objeto del pleito y que los demandados actuaron al margen de la legislación societaria, de forma fraudulenta, al percibir y apropiarse de parte del precio por una compraventa que no llegó a celebrarse, antes de que transcurriera el plazo de opción de compra concedido a la mercantil actora, lo que frustra los derechos de la demandante en su condición de acreedora. Es perfectamente aplicable la doctrina del levantamiento del velo".

De lo transcrito se deduce que la operación contractual se efectuó con la sociedad Residencial Leyre S.A., la que se constituyó exclusivamente para la venta, quedando totalmente despatrimonializada, repartiéndose los socios el importe del contrato, declarando la sentencia recurrida que los demandados actuaron de forma fraudulenta, negando incluso la percepción de la cantidad abonada, lo que fue aclarado con el informe de la Inspección del Banco de España.

La sentencia 64/2014, de 25 de febrero, declaró:

"Ciertamente la norma general es que en caso de concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación, ésta se constituya con el carácter de mancomunada (art. 1137 CC), salvo que del texto de la obligación no



resulte otra cosa, por lo que la deuda se presumirá dividida en tantas partes iguales como deudores haya (art. 1138 CC).

"Pero también la jurisprudencia de esta Sala ha sentado una interpretación correctora del art. 1137 CC, en orden a no exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad, admitiendo su existencia cuando las características de la obligación permitan deducir la voluntad de los interesados en crear una obligación generadora de responsabilidad solidaria, y de modo especial cuando se trata de facilitar la garantía del perjudicado al existir una interna conexión entre las obligaciones de los distintos deudores (SSTS de 19 a abril de 1983, 7 de enero y 13 de febrero de 1984, 26 de abril de 1985, 20 de octubre de 1986, 12 y 17 de marzo y 12 de mayo de 1987, 11 de octubre de 1989, entre otras muchas). Entre las más recientes, la núm. 43/2014 de 5 de febrero y la núm. 892/2008, de 8 de octubre, que señalan que la producción de un daño por varios causantes desemboca en una solidaridad que impone a cada uno la obligación de satisfacerlo íntegramente; y finalmente las SSTS de 26 de noviembre de 2008, RC 2417/2003; 13 de febrero de 2009, RC 2200/2003 y 26 de noviembre de 2008, RC 2417/2003, que señalan que el art. 1137 CC tampoco impide que pueda ser aplicable la solidaridad tácita, cuando entre los obligados se da una unidad de objeto o comunidad jurídica de objetivos manifestándose una interna conexión entre todos ellos".

La sentencia 57/2009, de 13 de febrero, declaró:

"Por otro lado, la presencia de las otras demandadas, como sujetos pasivos de la misma relación obligatoria - las demás demandadas-, también deudoras del total y pasivamente legitimadas para soportar la reclamación de pago íntegro que les ha dirigido la acreedora, no significa desviación de la norma del artículo 1.137 del Código Civil, ya que la jurisprudencia entiende existente la solidaridad cuando entre los causantes del daño se comprueba la realidad de una comunidad jurídica de objetivos de los distintos comportamientos - sentencias de 26 de julio de 2.000, 26 de diciembre de 2.001, 25 de mayo de 2.004, 30 de octubre de 2.005 y 19 de octubre de 2.006-, cual es el caso".

Aplicada la doctrina jurisprudencial al caso de autos debemos declarar que concurre una relación de solidaridad entre los demandados, pues en la sentencia recurrida se declara aplicable la doctrina del levantamiento del velo, por lo que debemos entender que pese a la forma societaria de la venta, en realidad, los demandados actuaron al margen de la legislación societaria, de forma fraudulenta, manteniendo con posterioridad la inactividad de la sociedad y repartiéndose los pagos.

Concurre una conexión interna entre las obligaciones de los demandados que actuaron con una comunidad jurídica y económica de objetivos, generando fraudulentamente daños a la parte demandante, que han de ser resarcidos solidariamente (art. 1137 del C. Civil).

En la sentencia recurrida se deduce la mancomunidad, en base a que los 400 millones se los repartieron los demandados en proporción a su cuota de participación en la sociedad, pero ello solo prueba la relación interna entre los socios en función de su participación accionarial, pero no desvirtúa la conducta para con la compradora que fue, entre los demandados, homogénea en la ocultación, defraudación y en la elusión de las normas societarias.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

Procede imponer las costas del recurso de casación interpuesto por Residencial Leyre S.A. y otros, a los propios recurrentes, conforme establece el art. 398 LEC, y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Respecto al recurso de casación de Arfim SA. no procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido a su recurrente (art. 398 LEC).

Se imponen a los demandados las costas de la primera instancia.

No procede imposición de las costas de la apelación al demandante.

Procede imposición de las costas de su recurso de apelación a los demandados al ser desestimadas sus peticiones, en base a lo pronunciado en esta sentencia, en cuanto se declara la solidaridad y se rechaza el retraso desleal en el cobro de las cantidades reclamadas (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Arfim S.A. contra la sentencia de 13 de febrero de 2018, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª (apelación 726/2017).



2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Residencial Leyre S. A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , Dña. Encarnacion y D. Braulio , contra la misma sentencia.

3.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de que la condena es solidaria para todos los demandados, condenándoles al pago conjunta y solidariamente entre si.

4.º- Procede imponer a Residencial Leyre S.A., D. Carlos Jesús , D. Urbano , D. Segundo , D. Pedro Miguel , D. Alfredo , D. Anton , D. Augusto , Dña. Encarnacion y D. Braulio , las costas correspondientes a su recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

5.º- No procede imponer las costas de su recurso de casación a Arfim SA, con devolución del depósito constituido.

Se imponen a los demandados las costas de la primera instancia.

No procede imposición de las costas de la apelación al demandante.

Procede imposición de las costas de su recurso de apelación a los demandados.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.