



Roj: **STS 4227/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4227**

Id Cendoj: **28079110012021100769**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/11/2021**

Nº de Recurso: **866/2019**

Nº de Resolución: **801/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 801/2021

Fecha de sentencia: 23/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 866/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 866/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Civil

#### Sentencia núm. 801/2021

Excmos. Sres.

D. **Ignacio Sancho Gargallo**

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 23 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca. Es parte recurrente la entidad Globalía Corporación Empresarial S.A., representada por el



procurador Noel de Dorremochea Guiot y bajo la dirección letrada de Antonio Muñoz-Murillo Quirós. Es parte recurrida la entidad Quail Travel Group S.A., representada por la procuradora Catalina Campins Crespi y bajo la dirección letrada de Juan Carlos Rivera Domínguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Catalina Campins Crespi, en nombre y representación de la entidad Quail Travel Group S.A., interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca, contra la entidad Globalia Corporación Empresarial S.A., para que se dictase sentencia por la que acuerde:

"1º.- Condenar a Globalia Corporación Empresarial SA a cumplir con lo acordado en acta del Consejo de Administración de Quail Travel Group SA de 27 de febrero de 2009, instrumentando para ello el correspondiente contrato de préstamo participativo, y en todo caso, desembolsando el importe principal de 645.540 euros y

"2º.- Condenar a Globalia Corporación Empresarial SA al pago de los intereses devengados hasta la fecha del pago efectivo, así como al pago de las costas procesales causadas en la instancia".

2. La procuradora Margarita Jaume Noguera, en representación de la entidad Globalia Corporación Empresarial S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda planteada de contrario, con imposición de las costas procesales a la parte actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimo la demanda presentada por la representación procesal de Quail Travel Group SA contra Globalia Corporación Empresarial SA,

"1º.- Condeno a Globalia Corporación Empresarial SA a cumplir con lo acordado en acta del Consejo de Administración de Quail Travel Group SA de 27/02/2009, instrumentando el correspondiente contrato de préstamo participativo, y en todo caso, desembolsando el importe principal de 645.540 euros.

"2º.- Condeno a Globalia Corporación Empresarial SA al pago de los intereses devengados desde el 22/01/2013 hasta la fecha de la presente resolución, momento en que se devengarán los intereses legales procesales del artículo 576 LEC, hasta la fecha del pago efectivo.

"3º.- Condeno a la demandada al pago de las costas del procedimiento".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Globalia Corporación Empresarial S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca mediante sentencia de 10 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: 1. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Jaume Noguera, en nombre y representación de Globalia Corporación Empresarial S.A., contra la Sentencia dictada en fecha de 13 de junio de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma en los autos de Juicio Ordinario del que el presente rollo dimana.

"2. En consecuencia, se confirma la resolución recurrida.

"3. Se impone a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada.

"4. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso".

### TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora Margarita Jaume Noguera, en representación de la entidad Globalia Corporación Empresarial S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 24 de la CE al incurrir la sentencia impugnada en error patente en la valoración de la prueba.

"2º) Infracción del art. 24 de la CE en relación con los arts. 216 y 218 LEC, por incongruencia *infra petita*.

"3º) Infracción del art. 24 de la CE en relación con los arts. 216 y 218 LEC, por incongruencia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción de los arts. 1261.1º y 1262, párrafo primero, del CC.

"2º) Infracción de los arts. 1261.2º y 1273 CC.

"3º) Infracción del art. 20.1.a) del RD Ley 7/1996 de 7 de junio.

"4º) Infracción de los arts. 1257 y 1259 CC.

"5º) Infracción del art. 1091 CC".

2. Por diligencia de ordenación la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Globalia Corporación Empresarial S.A., representada por el procurador Noel de Dorremochea Guiot; y como parte recurrida la entidad Quail Travel Group S.A., representada por la procuradora Catalina Campins Crespi.

4. Esta sala dictó auto de fecha 19 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Globalia Corporación Empresarial S.A. contra la Sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 49/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 104/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Ceuta".

Con fecha 8 de junio de 2021 se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"Rectificar el auto de fecha 19 de mayo de 2021 en el siguiente sentido:

"i) En el antecedente de hecho primero donde dice "[...]contra la Sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 49/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 104/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Ceuta,", debe decir "[...]contra la Sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 549/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 104/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Palma de Mallorca",

"ii) En la parte dispositiva donde dice "[...]contra la Sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 49/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 104/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Ceuta,", debe decir "[...]contra la Sentencia dictada con fecha 10 de enero de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 549/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 104/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Palma de Mallorca".

"Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Quail Travel Group S.A. presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

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

Quail Travel Group, S.A. (en adelante, Quail) es una sociedad constituida en noviembre 2007 para la comercialización de cruceros. En febrero 2009, Globalia Corporación Empresarial, S.A. (en adelante, Globalia)



era socia mayoritaria de Quail, al ser titular de acciones que representaban el 21,518% del capital social. Para entonces el órgano de administración de Quail era un Consejo de administración del que formaba parte Sabino , que era a su vez presidente ejecutivo de Globalia.

En su reunión de 27 de febrero de 2009, el Consejo de administración de Quail, con la participación de Sabino , acordó por unanimidad que los socios realizaran una aportación extraordinaria de 3.000.000 euros, en concepto de préstamo participativo. Cada uno de los socios debía contribuir a realizar esta aportación de forma proporcional a su respectiva participación en el capital social. En concreto, a Globalia le correspondían 645.540 euros. Todos los socios realizaron su respectiva aportación, salvo Globalia.

Aunque en el acuerdo no se fijaba el tipo de interés, en una certificación posterior del acuerdo firmada por el presidente del Consejo, que está fechada el mismo día (27 de febrero de 2009), se afirma que el préstamo tendría una remuneración anual del 3% anual, liquidable mensualmente.

Quail fue declarada en concurso de acreedores por auto de 3 de febrero de 2012.

2. El administrador concursal de Quail interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en la que reclamaba de Globalia la cantidad que se había comprometido a aportar como préstamo participativo (645.540 euros).

3. La sentencia de primera instancia, después de analizar la prueba, concluyó que el Sr. Sabino había estado en la reunión del Consejo de administración de Quail de 27 de febrero de 2009, en la que se acordó por unanimidad que los socios realizaran una aportación de 3.000.000 euros como préstamos participativos; que todos los socios, también Globalia, por medio del Sr. Sabino , se comprometieron a realizar esa aportación; y que todos los socios hicieron efectiva la aportación que a cada uno les correspondía, salvo Globalia. El juzgado condenó a Globalia a entregar la suma que se había comprometido a aportar como préstamo participativo.

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por Globalia y la Audiencia desestima el recurso.

5. Frente a la sentencia de apelación, Globalia formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado en cinco motivos.

#### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, y denuncia la "infracción del art. 24 CE, al incurrir la sentencia impugnada en un error patente en la valoración de la prueba, al declarar que el Sr. Sabino , en la reunión del consejo de administración de fecha 27 de febrero de 2009, intervino en representación de Globalia Corporación Empresarial, S.L."

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

2. *Desestimación del motivo.* El análisis y la resolución del motivo se enmarca en la doctrina de esta sala sobre el margen de revisión de la valoración de la prueba al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, que se contiene, entre otras, en la sentencia 334/2016, de 20 de mayo:

"(...) aunque la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, Sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero ), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados".

En este caso, el error notorio denunciado se refiere a la conclusión alcanzada por el juzgado y luego ratificada por la Audiencia de que el Sr. Sabino había actuado en la reunión del Consejo de Quail de 27 de febrero de 2009 en representación de Globalia.

La valoración cuestionada es consiguiente a otra realizada por los tribunales de instancia, a la vista de la prueba practicada: que en la reseñada reunión del Consejo de administración de Quail en que se acordó por unanimidad que los socios hicieran una determinada aportación, a título de préstamo participativo, en atención a quienes acudieron y lo que ocurrió después (todos menos Globalia realizaron la aportación acordada), cada uno de los socios asumió la obligación de realizar la aportación que le correspondía en proporción a su participación en el accionariado. En este contexto, el tribunal de instancia entiende que el Sr. Sabino no sólo prestó su conformidad como miembro del consejo al acuerdo alcanzado, sino que, al mismo tiempo, en representación del Globalia, de la que era presidente ejecutivo, asumió la obligación de realizar la aportación que le correspondía. Esta conclusión, al margen de que pueda ser discutible, no constituye un error patente, a la vista de los hechos a partir de los cuales se realiza ese juicio de inferencia: Globalia era el socio mayoritario de Quail, el Sr. Sabino era presidente ejecutivo de Globalia, el Sr. Sabino intervino en la reunión y prestó su



conformidad al acuerdo adoptado por el Consejo, y todos los demás socios, representados de alguna manera en la reunión, asumieron la obligación de realizar el préstamo participativo y cumplieron con esa obligación. Como decíamos, resulta discutible, pero no constituye un error notorio.

**3. Formulación del motivo segundo.** El motivo se ampara en los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC, en relación con los arts. 216 y 218 LEC, por incongruencia *infra petita*, al no dar respuesta a las alegaciones del demandado referentes a la falta de objeto del acuerdo de promesa de préstamo que fundamenta la petición de la demandante.

En el desarrollo del motivo se advierte que en la contestación a la demanda se esgrimió la ausencia de objeto de la promesa de préstamo, en el hecho cuarto (página 11) y en el fundamento de derecho cuarto (página 18).

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

**4. Desestimación del motivo segundo.** Como en otras ocasiones, hemos de partir del marco jurisprudencial sobre el deber de congruencia de las sentencias contenido, entre otras, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"Con carácter general, venimos considerando que "el deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la causa *petendi* [causa de pedir] y el fallo de la sentencia" ( Sentencias 173/2013, de 6 de marzo). "De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*") , o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*infra petita*") , siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito" ( Sentencias 468/2014, de 11 de septiembre, y 375/2015, de 6 de julio)

Además, las sentencias de apelación se encuentran afectadas por las exigencias derivadas de la determinación de lo que es objeto del recurso, conforme a lo previsto en el art. 465.5 LEC. Este precepto dispone lo siguiente:

"El auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".

Esto es, el tribunal de apelación ha de resolver sólo las cuestiones controvertidas en el recurso de apelación y, en su caso, en la impugnación del recurso, en cuanto que las partes pueden haberse conformado con alguno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia y haber ceñido la controversia en apelación a unas determinadas cuestiones.

Es cierto que en el hecho cuarto de la contestación a la demanda se alude a la falta de objeto del negocio jurídico, por la ausencia de los requisitos del préstamo participativo, en concreto del interés y las demás condiciones del préstamo, y que en el fundamento de derecho cuarto también se hacen alegaciones al respecto. Pero también lo es que la sentencia de primera instancia, además de que expresamente se refiere a que el acuerdo tuvo por causa y objeto una inyección de capital en un momento en que Quail lo necesitaba, y en qué consistía (una aportación económica proporcional a la cuota de participación en la sociedad), también justifica la existencia de un interés del 3%, a partir de la certificación del acuerdo extendida por el presidente del Consejo en la misma fecha del acuerdo. Todo lo cual es ratificado por la sentencia de apelación, que además declara que el resto de los elementos cuya ausencia se denuncia no impiden la existencia ni afectan a la validez del contrato. Además, entra a resolver sobre una alegación nueva contenida en el escrito de apelación, relativa a que la situación concursal de Quail no excluye "que Globalia deba hacer mérito a las obligaciones contraídas", cuya existencia no se ha discutido en el concurso.

Por lo que, sin perjuicio de que la sentencia ahora recurrida haga referencia a que lo relativo al objeto y a la causa del contrato de préstamo son alegaciones nuevas en la instancia, en la práctica da respuesta a esas objeciones, y por ello no cabe apreciar ninguna incongruencia *infra petita*.

**5. Formulación del motivo tercero.** El motivo se formula al amparo de los ordinales 2º y 4º del art. 469.1 LEC, en relación con los arts. 216 y 218 LEC, por incongruencia, "al afirmar la sentencia apelada que el acuerdo de 27 de febrero de 2009 emana del Consejo de administración de Quail, para inmediatamente y, al confirmar la sentencia de instancia, ordenar a mi mandante que cumpla con dicho acuerdo".

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



**6. Desestimación del motivo tercero.** Propiamente, lo denunciado no constituye un vicio de incongruencia de la sentencia, a la vista de lo expuesto al comienzo del apartado 4 de este mismo fundamento jurídico, al desestimar el motivo segundo. Lo que el recurrente denuncia no es una incongruencia de la sentencia, sino la inconsistencia de lo argumentado y decidido en la sentencia, que no tiene cabida en el motivo invocado.

**TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación de los motivos primero y cuarto.** El *motivo primero* denuncia la infracción de los arts. 1261.1 y 1262 del Código Civil, al declarar que Quail y Globalia concertaron una promesa de préstamo participativo sin que ningún representante de la primera hubiera prestado su consentimiento.

El *motivo cuarto* denuncia la infracción de los arts. 1257 y 1259 CC, al declarar que Sabino concertó un préstamo participativo con Quail, obrando en representación de Globalia. En el desarrollo del motivo aduce que no ha quedado acreditado que el Sr. Sabino, que era miembro del Consejo de administración de Quail a título personal y no como representante de Globalia, hubiera actuado y prestado consentimiento en representación de Globalia.

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

**2. Desestimación de los motivos primero y cuarto.** La sentencia recurrida, al ratificar la de primera instancia, aprecia que el Consejo de administración de Quail, que la representa, acordó por unanimidad que los socios hicieran una aportación de 3.000.000 euros a título de préstamo participativo y en la proporción que cada socio tuviera en el capital social, y, al mismo tiempo, que todos los socios asumieron esta obligación. Por parte de Quail, habría intervenido el Consejo de administración al adoptar el acuerdo, y por parte de los socios quienes en cada caso les pudieran representar, dándose el caso de que todos los socios, salvo Globalia, se dieron por obligados y realizaron las aportaciones que les correspondían. Y por Globalia habría asumido esta obligación su presidente ejecutivo, quien habría prestado el consentimiento.

Partiendo de la anterior consideración, el recurrente incurre en una petición de principio cuando denuncia en el motivo cuarto la infracción de los arts. 1257 y 1259 CC, por no haber intervenido el Sr. Sabino como representante de Globalia. No es incompatible que el Sr. Sabino, en cuanto miembro del Consejo de administración, hubiera mostrado su conformidad al acuerdo de que los socios realizaran esa aportación de 3.000.000 euros, y que al mismo tiempo la sentencia recurrida entienda que el Sr. Sabino como presidente ejecutivo de Globalia, socio de Quail, hubiera consentido en la asunción de esta obligación, al igual que el resto de los socios, también representados de alguna forma por otros miembros del Consejo.

**3. Formulación del motivo segundo.** El motivo denuncia la infracción de los arts. 1261.2º y 1273 CC, al declarar la sentencia recurrida que Quail y Globalia concertaron una promesa de préstamo participativo, cuando no concurre un objeto cierto que sea materia de contrato.

En el desarrollo del motivo se aduce que la falta de objeto cierto viene determinada por la absoluta indeterminación del objeto del contrato a la vista de los términos recogidos en el acta.

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

**4. Desestimación del motivo segundo.** La Audiencia aprecia, al igual que el juzgado, que los socios asumieron la obligación de realizar una aportación dineraria, con la consideración de préstamo participativo, que se cuantificaba en relación con la suma total que debían aportar (3.000.000 euros) y con la proporción que a cada socio le correspondía en atención a su participación en el capital social. Por lo que está claro que Globalia se comprometía a realizar una aportación de 645.540 euros. Además se convino, como deja constancia la certificación del acuerdo del Consejo de administración de Quail, que el interés sería del 3% anual, liquidable mensualmente.

Es cierto que se omite cualquier referencia al término y la forma de amortización del préstamo, pero estos elementos no son esenciales. Así se entiende que el art. 313 CCom disponga que "(e)n los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho".

En consecuencia, hemos de concluir que el objeto del préstamo participativo a que se había comprometido Globalia está determinado, en el sentido previsto en el art. 1273 CC, por lo que no cabe apreciar su infracción.

**5. Formulación de los motivos tercero y quinto.** El *motivo tercero* denuncia la infracción del art. 20.1.a) del RDL 7/1996, de 7 de junio, que regula los préstamos participativos, por declarar que las partes acordaron uno, cuando lo pactado por ellas no cumple los requisitos exigidos en aquel precepto.

En el desarrollo del motivo se aduce que el reseñado art. 20.1.a) del RDL 7/1996, de 7 de junio, establece como requisito esencial de los préstamos participativos que el prestamista reciba un interés variable que se



determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. Aunque se diera por válida la certificación del acuerdo que hacía referencia a un interés fijo del 3% anual, liquidable mensualmente, no se cumple con esta exigencia del interés variable determinable en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. Y si se calificara el negocio jurídico de promesa de préstamo, a juicio del recurrente, no podrían extraerse las consecuencias jurídicas contenidas en la sentencia.

El *motivo quinto* denuncia la infracción del art. 1091 CC, al haber condenado la sentencia recurrida a Globalia a "instrumentar un contrato de préstamo participativo y a desembolsar un importe dinerario cuando no era procedente condenarla a tal desembolso pecuniario porque, en último término, sólo habría concertado una promesa de préstamo".

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

**6. Desestimación de los motivos tercero y quinto.** El préstamo participativo viene regulado en el art. 20 del RDL 7/1996, de 7 de junio, según el cual:

"Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

"a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

"b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

"c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

"d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil".

En nuestro caso, consta de la certificación del presidente del Consejo de administración de Quail que en la reunión de 27 de febrero de 2009 se acordó por unanimidad que los socios realizaran una aportación a la sociedad de 3.000.000 euros, cada uno en la parte proporcional que le correspondiera en atención a su participación en el capital social, y que esa aportación dineraria tendría la consideración de préstamo participativo. En consecuencia, para que pudiera tener esta consideración, con el consiguiente tratamiento legal, entre otros requisitos era necesario que los prestamistas percibieran un interés variable que se determinara en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. Aunque la certificación del presidente del Consejo hace referencia a que estos préstamos acordados devengarían un interés fijo del 3% anual, a liquidar mensualmente, esa mención no satisfacía la reseñada exigencia legal. Lo que conlleva que esta aportación dineraria de los socios no pudiera considerarse como un préstamo participativo.

Esta infracción normativa, la del art. 20.1.a) del RDL 7/1996, de 7 de junio, carece, como veremos, de efecto útil, pues tan sólo determina que la aportación convenida no pueda ser tratada como un préstamo participativo, pero no que no exista una obligación por parte de Globalia de prestar a Quail la cantidad que se había comprometido a aportar y en las condiciones realmente convenidas.

La sentencia recurrida se hace eco de la doctrina contenida en nuestra sentencia 432/2018, de 11 de julio, que reconoce validez al contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. De tal forma que "la "promesa" de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso". Razón por la cual, no se infringe el art. 1091 CC, como se denuncia en el motivo quinto, por estimar la solicitud de condena a Globalia a cumplir con la obligación de realizar la aportación de 645.540 euros a favor de Quail, a que se había comprometido tras la reunión del Consejo de administración de esta última entidad del 27 de febrero de 2009.

#### **CUARTO. Costas**

Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer a la recurrente las costas generadas por cada uno de estos dos recursos, de conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9.ª, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**



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

**1.º** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Globalia Corporación Empresarial, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) de 10 de enero de 2019 (rollo 549/2018), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Palma de Mallorca de 13 de junio de 2018 (juicio ordinario 104/2013).

**2.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Globalia Corporación Empresarial, S.A. contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) de 10 de enero de 2019 (rollo 549/2018).

**3.º** Imponer a Globalia Corporación Empresarial, S.A. las costas generadas por los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ