

Jurisprudencia

Resoluciones en materia mercantil

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 320/12] DE 17 DE FEBRERO DE 2014 [Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel]

Contratos bancarios.- Permuta de tipos de interés: no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera es la causa de un error esencial con entidad suficiente para provocar la anulación de todo el contrato.

«La sentencia recurrida desestimó el recurso de apelación de la demandada, Bankinter, SA, contra la de la primera instancia que, a demanda de Mármoles Santa Olaya, SL, había anulado el contrato de gestión de riesgos financieros celebrado por ambas sociedades tres años antes, el cual incorporaba una permuta de tipos de interés, a liquidar trimestralmente.

De las causas de nulidad, absoluta o relativa, hechas valer en la demanda por Mármoles Santa Olaya, SL -la falta de causa, el dolo de Bankinter, SA y el error vicio sufrido por quien había representado a la demandante al contratar-, las sentencias de ambas instancias declararon concurrente la última y anularon el contrato.

Según se expresa en el primero de los fundamentos de la sentencia de apelación, Bankinter, SL, alegó en la segunda instancia que no era cierto el error afirmado por Mármoles Santa Olaya, SL y que el administrador de dicha sociedad, además de un inversor avezado, había percibido varias liquidaciones periódicas de los intereses en el funcionamiento del contrato, sin cuestionar la validez del mismo mientras fueron positivas para ella.

El Tribunal de segunda instancia dio respuesta al recurso reproduciendo -en el fundamento de derecho segundo- los argumentos que habían servido de apoyo a otras sentencias propias -al parecer, referidas a contratos celebrados por la misma recurrente-. Y, en el único fundamento específicamente destinado al contrato litigioso -el tercero-, tras destacar la importancia de que las entidades dedicadas

a prestar servicios financieros den cumplimiento a los deberes de información que les vienen impuestos -teniendo en cuenta las condiciones de sus clientes, el riesgo que la operación implicara y la desigualdad de prestaciones a cargo de quienes en ella intervenían-, se formuló las preguntas de si se había producido "adecuada información y si el consentimiento del actor fue formado correctamente" y dio a ellas una contestación negativa, puesto que Mármoles Santa Olaya, SL, hasta "diciembre de dos mil nueve [... con mucha posterioridad a la perfección del contrato...], no recibe la parte una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto, cifrado entonces en noventa y dos mil seiscientos setenta y cinco euros con dieciséis céntimos, importe en el que fija y se representa Bankinter el coste y pérdidas de su cancelación, sobre el que, al margen de la valoración sobre su realidad, debe ser objeto de información previa para evaluar el riesgo que representa una firma del contrato como el que nos ocupa, que penaliza en tan importante suma el desistimiento o resolución anticipada; información ausente hasta esa fecha, sin que la existencia de liquidaciones positivas de escasa cuantía permita adoptar la solución contraria a la expuesta, que aboca a la nulidad interesada, en coherencia con la doctrina de esta Sala ya adoptada en resoluciones que gozan de firmeza, a las que nos remitimos".

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso Bankinter, SA recurso de casación por dos motivos.

SEGUNDO. Enunciados y fundamentos de los dos motivos del recurso de casación.

I.- En el primero de los motivos de su recurso de casación denuncia Bankinter, SA la infracción, por indebida aplicación, de los artículos 78 bis y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, así como de los artículos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.

Alega la recurrente que esas normas habían sido indebidamente aplicadas, por cuanto no estaban en vigor cuando el litigioso contrato se perfeccionó por las litigantes.

Y, además, que el mismo no tenía por objeto un producto de inversión en el sentido que las referidas normas daban al término.

II.- En el segundo motivo denuncia Bankinter, SA la infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil, en relación con el 1.281 del mismo cuerpo legal.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación se había limitado a expresar unos razonamientos abstractos sobre el deber de información, sobre su importancia y sobre las consecuencias de su falta, sin determinar cuál había sido el error sufrido por la demandante ni identificar la materia objeto de la equivocación, limitándose a equiparar el defecto de información con el error en el consentimiento.

A mayor abundamiento niega que el error, de existir, fuera esencial y excusable.

TERCERO. Desestimación del primero de los motivos.

El primero de los motivos debe ser desestimado, exclusivamente por la interpretación que hacemos de la sentencia recurrida, la cual nos lleva a entender que las normas que la recurrente dice indebidamente aplicadas, realmente no las aplicó el Tribunal de apelación al litigio entre Mármoles Santa Olaya, SL y Bankinter, SA.

Como se dijo, el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida lo destinó el Tribunal de apelación, íntegramente, a reproducir "in extenso" las argumentaciones que habían dado soporte a otras decisiones propias sobre la materia, recaídas en anteriores procesos.

Ciertamente, como denuncia la recurrente, la reproducción contenida en ese fundamento de derecho contiene referencias -además de a consideraciones generales e, incluso, a pruebas en aquellos otros procesos practicadas-, al artículo 60, apartado 5, del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero -precepto referido a las condiciones que debe cumplir la información sobre resultados futuros para ser imparcial, clara y no engañosa- y al artículo 79 bis, apartado 3, in fine, de la Ley 24/1988, de 28 de julio -precepto relativo a las obligaciones de información de las entidades que prestan servicios de inversión-, como normas incumplidas en los casos enjuiciados en las sentencias citadas.

No obstante, dichas menciones -como se ha dicho, contenidas en sentencias reproducidas en la ahora recurrida- habrían sido, sin duda, útiles para decidir los casos enjuiciados en los respectivos procesos, pero carecen de relación con la que, en este, constituía la "res de qua agitur",

esto es, con la materia objeto del conflicto que hemos de decidir.

Es cierto que, al comienzo del fundamento segundo de su sentencia, el Tribunal de apelación proclamó la identidad entre este y los conflictos anteriores. Pero con esa afirmación inicial no basta para que debamos entender que lo declarado por dicho órgano judicial para otros litigios valga, sin más, para decidir el surgido al suscribir Mármoles Santa Olaya, SL el contrato de gestión de riesgos financieros de que se trata. Y, en particular, para entender que Bankinter, SA infringió las normas a que se refiere el motivo.

Impide llegar a esa conclusión, en primer término, la consideración de que lo normal y lo procedente es que no se prescindiera de las circunstancias de cada caso para determinar si un contratante informó o no al otro y, con mayor razón, si uno de ellos padeció o no error al contratar. Y, en segundo término, la evidencia de que los supuestos enjuiciados en los procesos no eran, realmente, los mismos, como pone de relieve el hecho de que el contrato de gestión de riesgos financieros a que se refiere el recurso de casación hubiera sido celebrado en el año dos mil seis, cuando no habían sido promulgadas las repetidas normas.

Es evidente que de no darse esa interpretación a la sentencia recurrida, la conclusión debería ser la que ha postulado la recurrente, dado que las normas a que se refiere el motivo habrían sido incorrectamente aplicadas.

CUARTO. Argumentos que llevan a decidir el segundo motivo.

La decisión del segundo motivo del recurso de casación, en el que la recurrente señala como infringidas las normas sobre el error -al haber considerado el Tribunal de apelación que, conforme a ellas, el vicio existió y tenía entidad suficiente para invalidar el contrato-, parte de un conjunto de consideraciones que, a modo de premisas, llevarán lógicamente a la conclusión requerida.

1ª.- Una interpretación libre del motivo de casación podría llevar a entender que lo que en él denuncia Bankinter, SA es un defecto de motivación de la sentencia recurrida. Sin embargo, no cabe desconocer que la recurrente, en legítimo ejercicio de sus facultades de defensa, ha optado por llevar el defecto al ámbito del recurso de casación, al que debemos dar respuesta conforme a su régimen específico.

2ª.- El recurso de casación no abre una tercera instancia, pues no permite discutir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de la segunda. Antes bien, cumple la función de contrastar la correcta aplicación del

ordenamiento sustantivo a la cuestión de hecho, pero no a la reconstruida por la parte recurrente, sino a la que se hubiera declarado probada en la sentencia recurrida por el Tribunal que la dictó -sobre ello, sentencias 532/2008, de 18 de julio, 142/2010, de 22 de marzo, y 153/2.010, de 16 de marzo, entre otras muchas-.

Ese carácter de la casación impone respetar los hechos que declaró probados el Tribunal de apelación y cierra la posibilidad de alterarlos al decidir el recurso de casación.

No obstante, los hechos también constituyen el enunciado de las normas que a ellos vinculan la consecuencia jurídica pretendida, de manera que, además de reconstruidos o fijados en el proceso, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que constituyen supuesto, a fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista.

Esa doble consideración de los hechos, cómo acontecimiento y como enunciado, impone someterlos -no obstante ser intocables como tales en casación- a determinados juicios de valor que aportan criterios para posibilitar su subsunción en la norma de que se trate.

Y el control de estos enjuiciamientos no queda fuera de este extraordinario recurso -sentencias 797/2011, de 18 de noviembre, 22/2012, de 7 de febrero, 71/2012, de 20 de febrero, 75/2012, de 29 de febrero, 138/2012, de 20 de marzo, entre otras muchas-.

Hay que añadir que esos juicios de valor son particularmente necesarios para declarar existente el error, como vicio del consentimiento; esto es, para afirmar que la voluntad de una de las partes contratantes se formó sobre la base de una creencia inexacta.

La sentencia 26/1996, de 25 de enero -con cita de otras- recordó, al respecto, que "es cuestión de hecho, reservada a la libre apreciación del Tribunal de instancia, la concurrencia o no de consentimiento viciado, que ha de entenderse respecto a los hechos, pero no a su valoración jurídica para poder alcanzar si de los mismos se deduce la existencia de error, por integrar propia función juzgadora casacional, que esta Sala reserva apreciar y decidir".

3ª.- Respecto del error puso de manifiesto la sentencia de 29 de diciembre de 1978 que la voluntad, base esencial del contrato, ha de ser libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten dichas condiciones, por lo que la Ley considera un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo

del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando, en otros o siempre, el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias, en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder a lo que quisieron o hubieran querido los contratantes.

4ª.- Parece innecesario destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión.

Omitir esa información -que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa- puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación -sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014-; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril, destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada "lex privata" o "lex contractus" que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante.

Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios.

Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado -otra cosa es que sea excusable- y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue.

Esa conclusión, que viene motivada por la peculiar estructura de la sentencia recurrida, se formula a los solos efectos de guiar la revisión -reclamada en el motivo- de los juicios de valor que llevaron al Tribunal de apelación a anular, por error de la demandante, el contrato litigioso.

4ª.- Es claro que cuando, de entre los distintos remedios que el ordenamiento ofrece, se opta por el que lleva a la anulación del contrato por error vicio, se impone obtener la prueba del mismo, demostrando los hechos externos que

llevaron a él, esto es, los datos que permitan deducir si lo hubo o no. La jurisprudencia así lo ha exigido tradicionalmente.

La sentencia de 10 de marzo de 1980 precisó que "la concurrencia de ese vicio, por implicar una anomalía contractual, no debe admitirse sin una cumplida prueba de su realidad". Y la número 495/1995, de 30 de mayo, "que los vicios del consentimiento sólo son apreciables en juicio si existe una prueba cumplida de la existencia y realidad de los mismos, cuya prueba incumbe a la parte que los alega".

Cierto que, como se expuso antes, la prueba de los hechos corresponde valorarla a los Tribunales de las instancias y, por ello, que el que podemos denominar componente fáctico del error no puede ser revisado en casación. Pero también lo es que los enjuiciamientos precisos para subsumirlos en la norma reguladora -susceptibles de ser revisados- no tienen una significación abstracta, sino que sufren las consecuencias negativas de una deficiente base fáctica.

QUINTO. El fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida.

Tras esas consideraciones, debemos volver a la sentencia recurrida, que sólo dedica al caso enjuiciado -al margen de la inicial referencia a las alegaciones de la apelante- el fundamento de derecho tercero.

Examinado ese fundamento se advierten en él dos partes.

En una primera, tras destacar que la demandante -propiamente, quien la representó al contratar- no era "un experto en contratos financieros complejos", el Tribunal de apelación afirmó la importancia de una información "precontractual, contractual y postcontractual [...] para formar adecuadamente el consentimiento", sin tener en cuenta que el error vicio del consentimiento es totalmente ajeno a la ausencia de una información posterior a la perfección del contrato -a la que, además y según se entiende, atribuye especial importancia, como resulta de las referencias a que "la crisis se vislumbra en el horizonte y era posible predecir para una entidad bancaria un flujo a la baja de los tipos [...] pese a las tendencias alcistas del periodo inmediatamente anterior a la oferta, tendencias que continúan poco tiempo después [...]". Por otro lado, el Tribunal de apelación se refiere a la información "expresada en anteriores sentencias", en las que, como se expuso, aparecen mencionadas algunas normas que no habían entrado en vigor cuando el contrato litigioso se perfeccionó.

La conclusión de que dicha parte del fundamento tercero de la sentencia recurrida no contiene los juicios de valor suficientes para afirmar que la voluntad de la demandante se formó anormalmente por haber creído algo que no se correspondía con la realidad entonces contemplada, se reafirma con la lectura de la segunda parte del mismo fundamento, en la que el Tribunal de apelación -ahora entrando, sin duda, en las circunstancias particulares del caso- considera como "cuestión relevante a la hora de determinar si se ha producido adecuada información y si el consentimiento del actor fue formado correctamente", el hecho de que la demandante no recibiera "una información del costo (elevadísimo) que supone la cancelación anticipada del producto", más que "con mucha posterioridad a la perfección del contrato".

Visto el contenido de la sentencia recurrida y ponderadas las posibilidades de defensa de la recurrente, consideramos que no puede ser más que esta última la "ratio" de la decisión contra la que recurre.

SEXTO. La esencialidad del error vicio.

La sentencia 683/2012, de 21 de noviembre, con un resumen de la jurisprudencia sobre el error, recordó que un elemental respeto a la seriedad de la contratación y, al fin, a la palabra dada impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide los contratos y pueda quien dice haberlo sufrido quedar desvinculado de ellos.

Entre las exigencias para que quepa hablar de error vicio se encuentra la referida a su esencialidad, en el sentido de que ha de proyectarse sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato.

En este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de la cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato.

Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos.

El motivo -en el que se negó que el error vicio existiera y, en todo caso, que fuera esencial- debe ser estimado.

En consecuencia, procede casar la sentencia recurrida y, en su lugar, desestimar la demanda».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 234/12] DE 19 DE MARZO DE 2014 [Ponente. Rafael Sarazá Jimena]

Propiedad intelectual.- Cesión de los derechos de explotación de una obra futura con determinación del ámbito objetivo, territorial y temporal, y previsión expresa de constancia en la edición del copyright a favor del cedente. Obra colectiva: la Ley prevé expresamente la consideración de una persona jurídica como titular originario de los derechos de autor sobre una obra colectiva.

«1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: «La excepción de cosa juzgada. Los efectos negativos y positivos de la cosa juzgada. Infracción de las normas contenidas en el artículo 222 de la LEC y la doctrina jurisprudencial dictada al respecto».

2.- El motivo se fundamenta, sucintamente, en que la sentencia recurrida vulnera la cosa juzgada negativa de la anterior sentencia, pues la primera de las pretensiones de ARCO fue objeto del anterior proceso en el que se reconoció la titularidad de RBA sobre los derechos de explotación de los 100 fascículos de la obra, incluidos los 23 primeros, de modo que la estimación parcial de la demanda es contrario a lo declarado en el anterior litigio. Y vulnera también la regulación de la vertiente positiva de la cosa juzgada al considerar que ha de partirse de la autoría de ARCO sobre los citados 23 fascículos, pues, afirma la recurrente, tal cuestión no fue nunca objeto del anterior proceso, aunque sea cierto que las partes del anterior proceso, incluida RBA, y la sentencia allí dictada, partieron de esa premisa errónea.

TERCERO

Valoración de la sala. Términos en que fue resuelto el anterior litigio.

1.- La impugnación formulada por RBA en este motivo no versa tanto sobre la función y el alcance de la cosa juzgada, en sus vertientes negativa y positiva, sino en la fijación de los términos en que fue resuelto el anterior litigio.

El efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, en su aspecto negativo, «excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en

que aquella se produjo» (art. 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y «afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes» (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En su aspecto positivo, «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» (art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pero ese efecto lo produce lo que efectivamente ha decidido el órgano jurisdiccional y ha plasmado en la sentencia de acuerdo con las pretensiones formuladas por las partes, no la interpretación interesada que de la sentencia pueda hacer la parte (sentencias de esta sala núm. 23/2012, de 26 enero (RJ 2012, 1905), y 777/2012, de 17 de diciembre (RJ 2013, 1549)).

2.- La sala considera acertada la fijación que la audiencia hace de los términos en que fue resuelto el anterior litigio por sentencia firme. Como explica la sentencia recurrida, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que resolvió el anterior litigio calificó el contrato de cesión de los derechos de explotación de una obra futura, concreta, individualizada y determinable, que la cedente, ARCO, se comprometió a ejecutar previamente, de la que ARCO solo realizó 23 fascículos, de los 100 comprometidos, y de ahí que al incumplir ARCO de manera generalizada y no meramente aislada o esporádica los plazos de entrega convenidos, la sentencia acordara la resolución solicitada por RBA, precisando la audiencia en aquella sentencia que tal resolución afectaba a la relación contractual, no al contrato, y que nos hallábamos «ante la necesidad de liquidar una extinguida sobrevenidamente relación sinalagmática, de tracto sucesivo, duradera y en parte consumada, que ha de regirse por el principio de equivalencia, por virtud del cual la parte que recibió más de lo que entregó debe restituir el exceso».

La estimación de la demanda no fue plena, sino parcial, y no declaró la propiedad de RBA de todos los derechos para explotar en exclusiva la obra, como se pretendía en la demanda, sino sólo del derecho de continuación y explotación de la obra, a que se refiere el contrato suscrito en marzo de 1998, pronunciamiento que ha de entenderse referido a los derechos de explotación en exclusiva de la obra en los términos del contrato.

Se consideró entonces que en el contrato celebrado por las partes ARCO era reconocida como autora, titular también

del contenido moral de la propiedad intelectual, y RBA resultaba ser cesionaria de los derechos de explotación limitados al canal kiosco por un plazo de nueve años. Los derechos de explotación de la obra reconocidos en aquella sentencia a RBA eran los previstos en el contrato y, por tanto, sujetos a los límites igualmente previstos, límites que en lo fundamental se referían al canal de comercialización, kiosco, y al plazo de nueve años, de lo que se desprende que ARCO seguía siendo titular del resto de derechos de explotación de la obra no afectados por la cesión realizada en el contrato.

3.- En consecuencia, es correcta la conclusión a que llega la sentencia recurrida de que no puede apreciarse cosa juzgada negativa de la anterior sentencia respecto de este litigio. No concurren las identidades objetivas, dadas las diferencias considerables entre el objeto de uno y otro litigio, al no haber estimado plenamente la anterior sentencia la pretensión formulada por RBA en términos muy amplios de que se reconociera la titularidad de RBA sobre los derechos de explotación, única que podía suponer un obstáculo a que en el presente litigio pudieran estimarse las pretensiones de ARCO, sino que se le reconocieron determinados derechos de explotación (distribución por canal kiosco) por haber sido cedidos por ARCO, titular originario de los mismos, limitados a nueve años.

4.- Asimismo es correcta la conclusión de la sentencia recurrida de que la sentencia dictada en el anterior litigio despliega efectos de cosa juzgada positiva, en tanto que sus pronunciamientos constituyen un antecedente lógico de lo que constituye el objeto del presente litigio, puesto que tales pronunciamientos se asentaban en la titularidad de ARCO de los derechos de autor sobre los 23 fascículos en cuestión y en que los derechos de explotación de RBA eran los fijados en el contrato firmado por las partes en 1998, y existe una coincidencia en las partes, al venir promovida la demanda por ARCO y por quien de ella trae causa, contra RBA.

Las consideraciones del recurso, y la invocación de la jurisprudencia de esta sala, se proyectan sobre una base equivocada al tergiversar la recurrente los términos en que fue resuelto el anterior litigio entre las partes por sentencia firme.

El motivo por tanto debe ser desestimado.

CUARTO

Formulación del segundo motivo del recurso.

1.- El segundo motivo de infracción procesal se encabeza con el siguiente enunciado: «Litisconsorcio pasivo en relación con los autores materiales de la obra. Vulneración de los arts. 12.2 y 420 de la LEC y la doctrina jurisprudencial dictada al respecto».

2.- El motivo se fundamenta en que debió dirigirse la demanda contra D. Bienvenido, D. Fabio y D. Jacobo, puesto que los mismos eran los autores materiales de la obra.

QUINTO

Valoración de la sala. Desestimación del motivo

1.- ARCO ha interpuesto la demanda como titular originaria de los derechos de autor sobre los 23 fascículos en cuestión, y ATRIUM como cesionaria de los derechos económicos integrados en tales derechos de autor.

2.- Si tales derechos de autor no correspondieran a tales demandantes sino a los señores que se dicen por RBA, la cuestión no sería, como se pretende, que debiera haberse demandado también a los mismos, sino que las demandantes carecerían de acción contra RBA.

Atribuyéndose a la obra el carácter de colectiva del art. 8 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, quien se atribuye los derechos de autor conforme a dicho precepto legal puede ejercitar las acciones derivadas de tal cualidad sin necesidad de llamar al proceso a los autores de las aportaciones fundidas en la creación única y autónoma. En el contexto de la reclamación formulada por ARCO y ATRIUM contra RBA, por la vulneración de aquellos derechos, para que pueda considerarse correctamente constituida la litis resulta innecesario que se demande a quienes contribuyeron con sus aportaciones a la obra colectiva. Estos no se verán afectados por la sentencia que resuelva el caso, pues siempre podrán discutir en otro proceso la calificación de la obra como colectiva y el alcance de sus respectivos derechos.

3.- La jurisprudencia exige que concurren conjuntamente los siguientes requisitos para que pueda apreciarse el litisconsorcio necesario: (i) nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; (ii) que ese nexo sea inescindible, homogéneo y paritario; y (iii) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor (sentencias de esta sala núm. 266/2010, de 4 mayo (RJ 2010, 4365), y 76/2011, de 1 de marzo (RJ 2011, 2615)). En el caso enjuiciado, no existe entre la demandada, RBA, y quienes hubieran podido contribuir a la obra colectiva un nexo común que configure una comunidad de riesgo procesal, en los términos exigidos

por la jurisprudencia para que proceda apreciar la existencia del litisconsorcio necesario.

Por tanto el motivo debe también desestimarse.

SEXTO

Formulación del tercer motivo del recurso.

1.- El tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de las normas sobre los efectos del incumplimiento de la carga de la prueba (art. 217.1 LEC), sobre motivación de las sentencias (art. 218.2 LEC) y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la existencia de una cesión de derechos entre las dos compañías actoras».

2.- El motivo se fundamenta en que la sentencia recurrida vulnera las reglas de la carga de la prueba al considerar existente la cesión de derechos de ARCO a ATRIUM, referirlos al contrato celebrado entre ARCO y RBA y no a los derechos de propiedad de la primera, y se vulnera la obligación de motivación del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues la sentencia resulta en este punto falta de toda lógica y se desvía del resultado probatorio, resultando notoriamente arbitraria e irracional.

SÉPTIMO

Valoración de la sala. Admisión de la cesión de derechos

1.- Cuando cedente y cesionario concurren conjuntamente como demandantes, alegan en la demanda la existencia de la cesión y esta no supone perjuicio alguno para el tercero demandado como infractor, a quien resulta indiferente ser deudor de una o de otra, la cesión de derechos no exige más que la declaración de voluntad del cedente, que puede acreditarse perfectamente mediante un documento privado aportado con la demanda, y la aceptación del cesionario, que resulta de la propia demanda. Resulta absurdo exigir una "prueba" distinta de esa mera declaración, cuando ARCO no obtenía beneficio alguno de esa cesión y podía haber demandado en solitario a RBA de no haberla realizado.

No hay infracción de las reglas de la carga de la prueba, pues no se atribuye indebidamente a RBA las consecuencias de la falta de prueba de un extremo relevante controvertido, ni existe arbitrariedad en la motivación.

2.- Cuando la audiencia se refiere a que se ha producido la cesión del contrato entre ARCO y RBA no lo hace para

circunscribir el contenido de la cesión a la posición jurídica que ARCO mantenía en tal contrato, excluyendo de la cesión los derechos de explotación que no fueron objeto de tal contrato (distribución por vías diferentes del canal kiosco, y por este, una vez pasados nueve años), sino para dejar claro que también se cedió aquel contrato a efectos de que ATRIUM no pudiera oponerse a la compensación de las cantidades que RBA debiera abonarle, de ser estimada la demanda, con el importe de la condena impuesta a ARCO en el anterior litigio instado por RBA.

OCTAVO

Formulación del cuarto motivo de infracción procesal

1.- El motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza así: «Infracción de las normas sobre los efectos del incumplimiento de la carga de la prueba (art. 217.1 LEC), sobre motivación de las sentencias (art. 218.2 LEC) y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con la cuantificación de la indemnización».

2.- El motivo se fundamenta en la consideración de que la sentencia incurre en arbitrariedad al fijar el porcentaje del royalty hipotético, al escoger un porcentaje superior incluso al que resultaba de la prueba que presentó la recurrente que se intentó justificar con la expresión «consideramos prudencial», pese a reconocer que la demandante había incumplido la carga de la prueba sobre tal extremo.

NOVENO

Valoración de la sala. La carga de la prueba. La razonabilidad en la fijación del royalty hipotético

1.- No constituye infracción de las reglas de la carga de la prueba que la sentencia recurrida se base en datos extraídos de las pruebas aportadas por la demandada para estimar en parte la pretensión de la demandante.

La carga de la prueba no significa que solo puedan valorarse, para estimar las pretensiones de cada parte, las pruebas practicadas a su instancia. Las reglas de la carga de la prueba, entre las que se encuentra la que prevé que corresponde al demandante la carga de la prueba de los hechos en que se apoye su pretensión, no tienen por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" (literalmente, "no está claro") que se establece

en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas aplicables para su atribución a una y otra de las partes, establecidas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y desarrolladas por la jurisprudencia.

No es ese el caso de autos, en que la sentencia se apoya en las pruebas practicadas, no en la ausencia de prueba. Que tales pruebas se hayan practicado a instancias de la demandada y no a instancias de la demandante a quien corresponde la carga de la prueba es por tanto irrelevante.

2.- La recurrente alega también infracción de las normas reguladoras de la motivación de la sentencia por ser arbitraria la fijación del porcentaje de royalty hipotético y no ser adecuada la justificación empleada, la del uso de un criterio "prudencial".

La impugnación se ha formulado por el cauce adecuado, por cuanto que no se impugna una valoración de las pruebas por considerarla arbitraria o errónea, sino, fijadas cuáles son las pruebas y los datos que resultan de las mismas, una motivación arbitraria al valorar tales datos y extraer las conclusiones pertinentes. Sin embargo, pese a lo acertado del cauce elegido, la impugnación no puede prosperar.

La parte demandante ha elegido como criterio indemnizatorio, de los previstos en el art. 140 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1996, el de la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, esto es, lo que suele denominarse como regalía o royalty hipotético.

Como la propia denominación indica, para fijar tal indemnización hay que formular una hipótesis dada la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, esto es, cuál hubiera sido la remuneración que la demandante hubiera percibido en caso de que RBA no hubiera actuado ilícitamente y hubiera solicitado

autorización para la explotación de la obra. Se trata de un problema común a las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar, que exige la contrastación entre la situación real, consecuencia de la conducta ilícita de quien infringe los derechos de propiedad intelectual ajenos, y la hipotética, que habría acaecido de no producirse la conducta ilícita.

Esta dificultad no debe impedir que el titular de los derechos vulnerados reciba un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido. En todo caso, justifica una mayor amplitud del arbitrio judicial para fijar la indemnización.

Teniendo en cuenta lo anterior, que el tribunal de apelación haya fijado con base en criterios de prudente cálculo estimativo un porcentaje ligeramente superior al royalty medio abonado en los dos ejercicios anteriores al inicio del litigio según resulta de las cuentas anuales de la demandada (un 3% frente a un 1,60% de media en 2008 y un 2,38% de media en 2007) no puede ser considerado como ilógico o arbitrario, por más que hubieran podido justificarse otros porcentajes similares.

Por tanto el motivo no puede ser estimado.

Recurso de casación

DÉCIMO

Formulación de los motivos primero y segundo del recurso de casación

1.- El primer motivo de casación se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de la jurisprudencia relativa a los límites de la doctrina de los actos propios: indisponibilidad de las normas imperativas, como la que impide considerar como autor de una obra de propiedad intelectual a una persona jurídica».

2.- El motivo se fundamenta en que no puede aplicarse la doctrina de los actos propios al hecho de que RBA reconociera en la demanda del anterior litigio la autoría de ARCO sobre los fascículos, así como sus derechos morales de autor, o que así se estableciera en el contrato suscrito por ARCO y RBA, pues se trata de un acto ineficaz por ser abiertamente contrario a la norma imperativa que establece que solo las personas naturales pueden ser autoras de una obra de propiedad intelectual (art. 5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 1996).

3.- El segundo motivo de casación se formula con el siguiente epígrafe: «Infracción de la jurisprudencia dictada

en interpretación del art. 5 de la Ley de Propiedad Intelectual y en relación a que no cabe considerar autor de una obra a una persona jurídica. La consecuente ausencia de derechos de ARCO/ATRIUM frente a los que sí ostenta la demandada RBA».

4.- El motivo se basa en que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no permite atribuir la condición de autor a una persona jurídica, que la obra en cuestión no es una obra colectiva sino más bien una obra compuesta, y que en todo caso ARCO no llevó a cabo la coordinación de la obra ni la ha editado y divulgado bajo su nombre, pues ello lo ha hecho RBA.

5.- Los motivos han de ser resueltos conjuntamente, puesto que el primero se apoya sobre el segundo.

UNDÉCIMO

Valoración de la sala. La atribución originaria de los derechos de autor a la persona natural.

1.- La obra consistente en los fascículos de la colección del curso práctico de dibujo y pintura reúne las características adecuadas para ser considerada como una obra colectiva, pues es creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona, en este caso jurídica, que la edita y divulga bajo su nombre (a su nombre se acordó que apareciera el copyright en la obra tal como fue divulgada en virtud del contrato celebrado entre ARCO y RBA) y está constituida por la reunión de aportaciones (textos, dibujos, fotografías) de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada, por lo que encaja en el concepto de tal obra establecido en el art. 8 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Este carácter de obra colectiva es más frecuente en este tipo de obras educativas o de divulgación que en las obras literarias o artísticas.

En este caso, con el término "editar" la ley no se está refiriendo al editor que es parte en un contrato de edición, es decir, aquel que asume la obligación de reproducir y distribuir la obra por su cuenta y riesgo, sino que se refiere al encargado, por sí o por las personas que de él dependen, de ensamblar las distintas aportaciones individuales para conseguir la creación única y autónoma en que consiste la obra colectiva. Así se reflejaba en el contrato suscrito en 1998 entre ARCO y RBA, en el que ARCO se obligaba a proporcionar a RBA los fotolitos de los 100 fascículos de que constaba la obra proyectada, en los que ya aparecían

ensambladas las aportaciones individuales de quienes redactaban el texto y quienes realizaban las ilustraciones y las fotografías.

Esta condición de autor, en tanto que creador de la obra colectiva, resulta no solo del contrato suscrito por ARCO y RBA en 1998 sino también de la propia demanda que interpuso RBA contra ARCO, y de la sentencia que resolvió el litigio.

En lo que respecta al contrato, la cesión de derechos de explotación de la obra por parte de ARCO a RBA, con determinación del ámbito objetivo («derecho a imprimir, publicar, distribuir y vender la OBRA en exclusiva en el canal kiosco en forma de fascículos»), territorial («en todos los países del mundo») y temporal («NUEVE (9) años contados a partir de la fecha del primer lanzamiento de la OBRA en fascículos por parte del EDITOR, estimado para el próximo mes de septiembre de 1998»), con previsión expresa de constancia en la edición del copyright a favor del cedente, supone justamente el reconocimiento de que la titularidad originaria de los derechos de autor sobre la obra colectiva recae en ARCO.

En la demanda origen del anterior litigio, interpuesta por RBA contra ARCO, las pretensiones de la demandante se basaban en el incumplimiento de las obligaciones que ARCO, como autor de la obra colectiva, asumió frente a RBA, a quien cedía determinados derechos de explotación por cierto tiempo, y de este presupuesto partieron los pronunciamientos de la sentencia que resolvió aquel litigio.

2.- El art. 5.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual prevé que de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella, y uno de esos casos es el de las obras colectivas a que se refiere el art. 8 de la ley, en las que se otorga la titularidad originaria de los derechos de autor a una persona jurídica, incluidos los de naturaleza no patrimonial.

3.- Por consiguiente, la consideración de una persona jurídica como titular originario de los derechos de autor sobre una obra colectiva no vulnera ningún precepto imperativo, antes al contrario, está previsto expresamente en la ley, por lo que el motivo segundo no puede ser estimado.

Sentado lo anterior, tampoco puede ser estimado el motivo primero, en el que se denunciaba que se vulneraba la doctrina de los actos propios en tanto que la conducta de RBA al reconocer anteriormente a ARCO como autor de una

obra colectiva era un acto ineficaz por ser abiertamente contrario a norma imperativa, pues, como se ha expuesto, tal contrariedad no existe.

4.- Las consideraciones que se hacen en el recurso sobre la falta de concurrencia de las condiciones necesarias para que ARCO reúna la condición de coordinador de la obra en los términos que le permiten ser titular originario de los derechos de autor sobre la misma no solo parten de una base fáctica inexistente en la sentencia recurrida sino que además es contraria a los actos propios de la recurrente y al efecto de cosa juzgada positiva de la sentencia dictada en el anterior litigio entre las mismas partes, que partía del presupuesto de considerar a ARCO titular de los derechos de autor sobre la obra colectiva consistente en los 23 primeros fascículos de la colección.

DUODÉCIMO

Formulación y resolución del tercer motivo de casación. Inconsistencia del motivo

1.- El tercer motivo del recurso de casación se encabeza así: «Infracción de la jurisprudencia dictada en interpretación del art. 5 de la Ley de Propiedad Intelectual y en relación a que no cabe considerar autor de una obra a una persona jurídica. La consecuente ausencia de derechos de ARCO/TRIUM frente a los que sí ostenta la demandada RBA».

2.- La recurrente reconoce que la sentencia recurrida ha desestimado la reclamación de indemnización del daño moral por omisión del símbolo ©, pero formula el motivo porque «entendemos que ni tan siquiera debería haberse considerado».

3.- La formulación del motivo carece manifiestamente de fundamento, no ya solo en cuanto al sustento jurídico de su contenido, como se desprende de lo expresado al resolver los anteriores motivos de casación, sino por la falta de gravamen para impugnar un pronunciamiento que no le es desfavorable, en tanto que la pretensión de la demandante sobre indemnización del daño moral fue desestimada.

DECIMOTERCERO

Formulación de los motivos cuarto y quinto del recurso de casación

1.- El motivo cuarto se encabeza con el siguiente enunciado: «Vulneración de la doctrina jurisprudencial que determina la necesidad de existencia del título traslativo del dominio en base al cual se reclama».

2.- Se alega como fundamento del motivo que «careciendo ARCO -en tanto que persona jurídica- de la condición de autor por los motivos ya expuestos» no ha podido ceder a TRIUM derechos propios de tal condición.

3.- El motivo quinto comienza con el siguiente epígrafe: «Vulneración de la doctrina jurisprudencial en relación a la imposibilidad de transmisión a un tercero de más derecho que el que el transmitente tiene (nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet)».

4.- El motivo se sustenta en que ARCO no ha acreditado qué derechos ha adquirido para poder transmitirlos a TRIUM.

DECIMOCUARTO

Valoración de la sala. Remisión a los anteriores fundamentos

1.- Estos motivos parten del presupuesto de negar a ARCO la titularidad originaria de los derechos de autor sobre la obra consistente en los 23 primeros fascículos de la colección.

Una vez que tal presupuesto carece de fundamento, como se ha razonado al resolver los anteriores motivos, la argumentación desarrollada en estos motivos cae por incurrir en una petición de principio».

10

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 752/12] DE 14 DE ABRIL DE 2014 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Sociedades profesionales.- Separación de socios profesionales: en la medida en que la disolución está provocada por el derecho de separación del socio, el acuerdo de disolución condiciona necesariamente el cálculo de la cuota de liquidación.

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

Hasta el 9 de noviembre de 2010, formaban parte de la sociedad profesional Proydol Soluciones de Arquitectura e Ingeniería, S.L.P: Víctor Manuel, que era ingeniero superior y tenía una participación del 6%; Sixto, que era ingeniero técnico y tenía una participación del 26%; y Federico, que era delineante y tenía una participación del 68%.

El objeto social de la compañía era la prestación de servicios profesionales de ingeniería, ingeniería técnica y delineación.

Desde septiembre de 2009, el Sr. Víctor Manuel dejó de prestar su actividad de forma ordinaria para la sociedad y sólo colaboraba puntualmente en algún proyecto. El 9 de noviembre de 2010, comunicó a la entidad su decisión de separarse. Con anterioridad, había habido conversaciones entre el Sr. Víctor Manuel y los otros dos socios, respecto de la valoración de sus participaciones, sin que se hubiera llegado a un acuerdo.

En la junta de socios de 11 de noviembre de 2010, los otros dos socios profesionales comunicaron su decisión de separarse de la sociedad.

El 2 de diciembre de 2010, la junta de socios de la compañía acordó su disolución, en atención a la concurrencia de la causa legal de que no haya socios profesionales que pudieran cumplir el objeto social, en este caso ingenieros superiores.

2. El Sr. Víctor Manuel interpuso una demanda en la que pedía que se declarara la eficacia inmediata el derecho de separación ejercitado el día 9 de noviembre de 2010, y que se condenara a la sociedad a pagarle el importe proporcional a sus participaciones del valor de la sociedad profesional; y, subsidiariamente, que se declarara la nulidad del acuerdo de liquidación adoptado en la junta de 2 de diciembre de 2010. También pedía que se declarara la nulidad del derecho de separación ejercitado por los otros dos socios, el día 11 de noviembre de 2010.

El juez mercantil que resolvió en primera instancia reconoció la eficacia del derecho de separación ejercitado por el Sr. Víctor Manuel el 9 de noviembre de 2010 y condenó a la sociedad a abonarle el importe proporcional de sus participaciones, de acuerdo con la valoración que debería realizar el auditor designado por el registro, pero en atención a que, como consecuencia del ejercicio del derecho de separación, la junta de socios acordó la disolución, esta valoración debía tener en cuenta esta circunstancia.

La sentencia de primera instancia desestimó el resto de las pretensiones ejercitadas con la demanda.

3. Recurrída en apelación, la audiencia entendió que el derecho de separación ejercido por el Sr. Víctor Manuel debía producir efectos desde el día 9 de noviembre de 2010, y que tenía derecho a la parte proporcional que, conforme a sus participaciones, tenía en la sociedad, pero valorando esta no en liquidación sino en funcionamiento. La audiencia, sobre la base del informe aportado por el demandante, valora esta parte proporcional en 44.955,83 euros, que es la cantidad a la que condena, a la sociedad, a pagar al Sr. Víctor

Manuel. Al estimar la pretensión principal, la audiencia entiende que no procede entrar en la petición subsidiaria relativa a la impugnación del acuerdo de disolución de 2 de diciembre de 2010. Por último, la sentencia de apelación consideró que el ejercicio del derecho de separación por parte de los otros dos socios no respetó el principio de la buena fe, a que se refiere el art. 13 LSP, por lo que lo declaró nulo.

Recurso de casación.

4. Formulación del motivo de casación.

La sentencia de la audiencia es recurrida en casación sobre la base de un único motivo, que denuncia la infracción del art. 13.1 LSP, en relación con los arts. 4.1.a), 5.1 y 4.5 LSP. En el desarrollo del motivo se argumenta que el ejercicio del derecho de separación por parte del Sr. Víctor Manuel, al ser el único ingeniero superior y constituir objeto de la sociedad la prestación de servicios de ingeniería, determinó que la sociedad incurriera en causa de disolución, conforme al art. 4.5 LSP, por lo que, al acordarse la disolución, la parte proporcional solicitada por el demandante debía ser respecto del valor de la sociedad en liquidación y no en funcionamiento.

Para justificar el interés casacional, el recurso aduce que la norma con que debía resolverse el asunto tenía una vigencia inferior a cinco años.

5. Desestimación de la oposición a la admisión del recurso.

La parte recurrida se opone a la admisión del recurso, al negar que concurra interés casacional porque no se funda en la aplicación de una norma de vigencia inferior a cinco años, pues no se discute tanto la aplicación del art. 13.1 LSP, como de las normas que regulan en la ley de sociedades de capital la valoración de la cuota de liquidación, cuya infracción no ha sido invocada.

No cabe negar interés casacional pues, aunque en principio los efectos de la separación se regulan en otra norma, el art. 353 RDLeg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, que sustituyó al art. 100 Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, la cuestión que se suscita en casación guarda relación con la aplicación de normas contenidas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que entonces llevaba menos de cinco años en vigor. En concreto, se refiere a los requerimientos legales para su constitución (entre los que se encuentra que los socios personas físicas reúnan los requisitos para ejercer la actividad profesional que constituye el objeto social) y la

previsión de que su incumplimiento sobrevenido constituye causa legal de disolución (art. 4.5 LSP), en relación todo ello con el ejercicio del derecho de separación (art. 13.1 LSP), cuando este determina el reseñado incumplimiento y con él la aparición de la causa de disolución.

6. Estimación del recurso.

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

El art. 13.1 LSP confiere a los socios profesionales un derecho de separación, a ejercitar en cualquier momento cuando la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido. Pero su ejercicio ha de hacerse de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Conforme a este mismo precepto, el derecho de separación se hace efectivo desde que se comunica a la sociedad.

A falta de una previsión estatutaria sobre el reembolso de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado, en un supuesto como el presente en que la forma social adoptada es la sociedad de responsabilidad limitada, regirán las normas sobre valoración de las participaciones y reembolso previstas en los arts. 353 y ss LSC. El art. 353 LSC establece un procedimiento para el cálculo del valor razonable de las participaciones sociales.

Es lógico que este cálculo se haga teniendo en consideración que la sociedad está en funcionamiento. Pero si, como ocurre en este caso, la separación del socio ha provocado que la sociedad incurra en una causa legal de disolución porque deja de haber socios profesionales que reúnen los requisitos exigidos para prestar servicios de ingeniero superior, que es uno de las tres actividades profesionales que constituye el objeto social de la compañía, y la junta de socios acuerda a continuación la disolución, el reembolso de la cuota de liquidación que corresponde al socio que se separa debe realizarse teniendo en cuenta esta circunstancia. Esto es, el valor de sus participaciones debe realizarse teniendo en cuenta la liquidación de la compañía y se corresponderá con la cuota de liquidación que le corresponda en función de la proporción de su participación en el capital social.

Lo verdaderamente relevante es que la disolución es consiguiente al ejercicio del derecho de separación, que genera la aparición de la causa legal de disolución. Es cierto que podría subsanarse el defecto en el plazo de seis meses, mediante la modificación de los estatutos sociales para adaptar el objeto social a las actividades profesionales para

las que están capacitados y habilitados sus socios profesionales (art. 4.5 LSP), pero se trata de una posibilidad, no de una obligación o deber. De ahí que el acuerdo de disolución adoptado el 2 de diciembre de 2010, después de que el socio que pretendía separarse comunicara el ejercicio de este derecho de separación el día 9 de noviembre de 2010, en la medida en que está provocada por el derecho de separación, condiciona necesariamente el cálculo de la cuota de liquidación».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 7ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA [Recurso 562/13] DE 10 DE FEBRERO DE 2014 [Ponente: Mª del Carmen Escrig Orenga]

Contratación mercantil.- Contrato de distribución en exclusiva: aunque no se pacta un volumen mínimo de ventas, el principal no viene obligado a pagar los derechos derivados de la venta en exclusiva si la distribuidora no realiza, a su vez, ninguna compra de productos.- Dado que la redacción del contrato suscrito por las partes genera dudas de hecho y de derecho, de modo que se hace preciso acudir a las normas generales sobre interpretación de los contratos, no se imponen costas.

« (...) Sustenta su pretensión en que suscribió con la demandada, el día 6 de mayo de 2009, un contrato de venta exclusiva de sus productos en tres heladerías que regentaba, que a lo largo de los años ha quedado reducida a una. En el citado contrato se pactó que la total colaboración ascendía, (iva incluido) a 128.760, si bien, se le entregó una parte a la firma del contrato y el resto mediante pagos anuales en el mes de enero. Que llegado enero de 2012 no le abonó la cantidad pactada, y tras el oportuno requerimiento se insta la resolución del contrato y el pago de las sumas adeudadas.

La demandada se opuso a la reclamación alegando que se aceptó la resolución del contrato a instancias de la parte demandada y que no se abonó la suma en enero de 2012 porque iniciado el año, la demandada no compró cantidad alguna de productos, incumpliendo la base del negocio.

(...)

En el escrito de recurso la parte apelante comienza con un relato de los antecedentes y de los hechos controvertidos, señalando que la finalidad de los pactos suscritos entre las partes no se basaba en la rentabilidad de las ventas por

parte de la demandante si no en la venta en exclusiva y en la promoción de los productos de la demandada. Por ello estima que la actora no ha incumplido con ninguna de las obligaciones que asumió en el contrato, puesto que no se pactaron consumos mínimos; en el año 2012 no se produjo ningún consumo porque siempre iniciaba las compras de productos con el comienzo de la campaña, en el mes de marzo. Y, para tales fechas la casa Nestle realizaba lo que se denominaba "colaboraciones", que consistía en la entrega gratuita de productos para su promoción.

En segundo lugar, invoca el error en la interpretación del contrato y en la valoración de la prueba. Alega que la sentencia realiza una interpretación torticera del contrato sin tomar en consideración los contratos anteriores suscritos entre las partes, la facturación de campañas anteriores, ni las declaraciones de los testigos, acreditándose que la finalidad del contrato no era dar cumplimiento a una expectativa de venta sino la exclusividad en la venta, consumo y publicidad. Así consta que el sr. Primitivo, adquirente de una de la heladerías de la demandante, sí que percibió el pago de la exclusiva correspondiente al año 2012 y que la demandada, unilateralmente, decidió cambiar las condiciones del contrato. Concluye que la sentencia yerra al estimar que la finalidad del contrato era una expectativa de venta y una rentabilidad del pago de la exclusiva, por tanto, no puede imputarse a la demandante un incumplimiento del contrato respecto de unas expectativas de venta no fijadas en el contrato ni en las relaciones comerciales.

El recurso debe desestimarse:

De los documentos aportados a las actuaciones destacamos que en el contrato suscrito por las partes, el día 6 de mayo de 2009, se pactó una exclusiva por 5 años, fijando que el total de la colaboración y pago por la hoy demandada ascendía a 128.760.- € (IVA incluido); parte de dicha cantidad ya la había percibido a la firma del contrato y otra se le abonaba en dicho acto; el resto quedaba aplazado a razón de 20.990.- € por año (IVA incluido), a satisfacer en el mes de enero de 2010, de 2011, de 2012 y de 2013.- También pactaron que a la finalización de cada ejercicio la demandada liquidaría a la actora un rappel del 38% sobre la facturación neta del año. Este contrato se hallaba precedido por otros tres: Uno, de 30 de noviembre de 2007 relativo a la heladería "La Mercè" Y Dos contratos de 16 de febrero de 2009, uno de ellos por la "Heladería Badal" y otro por la "Heladería La Lone".

En cada caso, la demandante percibió la correspondiente retribución por la venta en exclusiva. Por ello, en el contrato del 6 de mayo de 2009 se hizo referencia a pagos anteriores.

El día 22 de marzo de 2012, (f. 164) la actora remitió una carta a la demanda exigiendo el cumplimiento del contrato en cuanto al pago de la exclusiva prevista para dicha anualidad y la siguiente.

La demandada no contestó y el día 2 de abril siguiente (f. 170) remitió una nueva misiva haciendo constar que consideraba resuelto el contrato de exclusividad que vinculaba a las partes y les requería para que procedieran al abono del pago convenido por la exclusiva así como a una indemnización por daños y perjuicios. También les pidió que retirasen la maquinaria.

La demandada contestó al requerimiento mediante carta de 10 de abril (f. 176) manifestando que daba por resuelto el contrato, pero se negaba al pago de cantidad alguna dado que durante el año en curso no había existido suministro de helados, al tiempo que negaba el incumplimiento unilateral del contrato. En el escrito manifestaba la necesidad de adaptar las condiciones comerciales a la cifra de ventas.-

A instancias de la demandada se levantaron dos actas notariales el día 14 de agosto de 2012 en las que se aprecia que en las heladerías que en aquel momento regentaba la demanda, "Heladería Lone" en Espluges de Llobregat y "Mercè" en L'Hospitalet se expendían productos de la marca Prestige, Kalise y Frigo.

Tanto de la lectura del contrato como del informe pericial elaborado a instancias de la parte demandada, queda acreditado que en el citado contrato la hoy actora no se obligó a realizar un volumen mínimo de ventas, puesto que nada se dice sobre ello.

Ahora bien, del informe pericial de la demanda se desprende que la actora, durante el año 2009, adquirió a la demandada productos por importe de 50.683,91 €; en el año 2010 la de 38.756,84.- €; en 2011, con dos heladerías 25.391,39.- € y en el año 2012, antes de formular la reclamación de las cantidades adeudadas, no había adquirido ni un solo producto a la demandada, por tanto, la suma total de productos adquiridos era de 114.822,14 €.

Por su parte, las cantidades recibidas de la demandada por exclusividad, rappel y obsequios en mercancías en el mismo periodo ascendían a la suma de 117.485,88.- €.

Esta plasmación contable de las relaciones entre las partes nos lleva a interpretar el contrato que las mismas suscribieron, para determinar la verdadera intención de las partes, puesto que siendo cierto no se pactaron unas compras mínimas, sí lo es que el contrato era sinalagmático, con prestaciones recíprocas y el [artículo 1.283](#) del [CC](#) nos

dice que «Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieran contratar» y el artículo 1.289 del CC propugna, ante la imposibilidad de resolver la dudas en la interpretación nos dice que cuando un contrato sea oneroso se resolverá a favor de la mayor reciprocidad de las prestaciones.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir, como así hace el juzgador de instancia, que si bien nada se pactó expresamente, la demandada no podía estar obligada a pagar los derechos derivados de la venta en exclusiva si la demandante no realizaba, a su vez, ninguna compra de productos. Y de la documentación aportada se desprende que la actora nada había comprado a la demandada cuando en marzo instó la resolución del contrato, pese a que otros años ya lo había realizado aunque no fuera temporada alta.

CUARTO

En el tercer motivo de su recurso, pide la parte actora que no se le condene al pago de las costas causadas en la primera instancia por las dudas de hecho y de derecho que presenta la cuestión debatida.

Este motivo debe acogerse.

Si bien estimamos acertada la resolución de instancia, consideramos que la redacción del contrato suscrito entre las partes genera dudas de hecho y por ello de derecho, haciéndose necesario acudir a las normas generales sobre interpretación del contrato. Contrato que fue redactado por la demandada. Por todo ello, haciendo uso de la facultad que nos confiere el artículo 394 y 398 de la LEC, dejamos sin efecto la condena en costas que establece la sentencia de primera instancia y, con ello, la de esta alzada, al estimarse en parte el recurso».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 15ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 304/13] DE 4 DE ABRIL DE 2014 [Ponente: Jordi Lluís Forgas Folch]

Sociedades de capital.- Responsabilidad de administradores: no procede la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de promover la disolución de la sociedad cuando la deuda social es anterior a la concurrencia de la causa de disolución. Tampoco procede la acción individual de responsabilidad cuando no se prueba la relación de

causalidad entre las conductas imputadas al administrador y el daño que se considera inferido.

«La parte actora, AVALIA ARAGÓN SGR, formula demanda de responsabilidad contra Lázaro, demandado en su condición de administrador de Montserrat Benabarre SA. La responsabilidad del administrador se ejercitó con fundamento en lo que establecían los arts. 133, 135, 260.1 3º y 4º y 262.5 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), de aplicación al caso de autos por razones de índole temporal. La sentencia de primera instancia estimó la demanda formulada contra el referido administrador de la sociedad deudora, con base en el art. 262.5 TRLSA en relación con la causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves. Frente a este pronunciamiento recurre en apelación la parte demandada y con él pretende la desestimación de la demanda.

SEGUNDO

En el primero de los motivos que fundamentan la apelación se impugna el pronunciamiento de estimación de la acción de responsabilidad por no promover la disolución social. Se alega en él que la deuda social se originó con anterioridad a la concurrencia de las causas de disolución invocadas en el escrito de demanda.

La sentencia apelada señaló que el momento de contraerse la deuda social fue el día 5 de junio de 2009, cuando la parte actora abonó un aval al que se había comprometido por virtud de la fianza prestada. Dado que Montserrat Benabarre SA, la sociedad afianzada administrada por el demandado, había dejado de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil desde el ejercicio 2006, la sentencia concluyó que en el momento de contraerse la deuda social, Montserrat Benabarre SA ya se hallaba incurso en la causa de disolución por pérdidas patrimoniales graves invocada en el escrito de demanda, ya que situó el momento de originarse la obligación social reclamada en el momento de hacerse efectivo el aval.

Sin embargo, y respecto de la deuda social ya en el escrito de demanda se indicó que, en realidad, la propia parte actora abonó, el día 5 de junio de 2009, un aval al que se había comprometido a abonar en virtud y como consecuencia de un contrato de afianzamiento mercantil firmado el día 7 de febrero de 2003 entre la demandante y la sociedad afianzada Montserrat Benabarre SA (f.3).

Por ello, debemos señalar que la deuda social no se originó en el momento de ejecutarse el aval sino en el momento en el que la sociedad avalada contrajo la deuda tributaria y

ésta, según es de ver, entre otros, en el doc. 6 de la demanda -resolución de la Agencia Tributaria (Delegación Barcelona)- se originó por el impago de la Tasa Fiscal. Efectivamente, los avales prestados por la actora con los núms. NUM000 y NUM001 (fs. 55 y 64) respondían por deudas sociales (Taxes Fiscals de joc) devengadas por la sociedad Montserrat Benabarre SA durante el año 2002 (fs. 61,62 y 63) ante la Agencia Tributaria.

Asimismo, en la liquidación practicada ante notario en fecha 1 de octubre de 2009 (fs. 69 y 70) por parte de AVALIA ARAGÓN SGR, se indica que de la documentación aportada por la entidad acreedora resulta que a la sociedad deudora Montserrat Benabarre SA se "le concedió el día 7 de febrero de 2003, una línea de avales hasta el límite máximo de 18.036 euros, por el plazo de un año prorrogable tácitamente por periodos iguales" y que "conforme a los extractos bancarios resulta que cerrada la cuenta a 5 de junio de 2009, la misma presenta un saldo deudor a favor de AVALIA ARAGÓN SGR de 18.036 euros".

TERCERO.- Acción de responsabilidad por no promover la disolución social.

Situado en realidad el nacimiento de la deuda social en el mes de febrero de 2003, debemos recordar que la parte actora, diversamente, situó la deuda en el momento de hacerse efectivo el aval y por ello manifestó en su demanda que la sociedad deudora dejó de depositar las cuentas anuales en el Registro Mercantil desde el año 2006. Sin embargo, junto a la demanda, solo se aportan copia de las cuentas anuales de 2004 y 2005 depositadas en el Registro Mercantil en las que no se advierte, en modo alguno, que la sociedad se hallase en situación de pérdidas patrimoniales graves (f.105). En esas cuentas se declaran, en el ejercicio 2005, 170.961,83 euros de fondos propios y, en el ejercicio 2004, se declaran 168.073,40 euros, mientras que el capital social es de 90.151,82 euros, en ambos ejercicios. No se han aportado por la parte actora las cuentas de los ejercicios 2002 o 2003, ni tampoco se propuso prueba alguna por la demandante al respecto. Tampoco hay prueba alguna de que en el referido momento de originarse la deuda social ahora reclamada la sociedad deudora estuviere desaparecida de hecho, antes al contrario (devengo de los impuestos y tasas, así como las cuentas posteriores depositadas en el Registro Mercantil) consta que en el aquel momento la sociedad se hallaba activa. Todo lo anterior lleva a desestimar la acción pues la deuda social cuyo pago se reclama al administrador se originó en el año 2003 por lo que se trata de una obligación anterior a la efectiva concurrencia de las causas de disolución invocadas en la demanda.

CUARTO.- La acción individual de responsabilidad.

La parte demandada también señala en su recurso que no procede la acción de responsabilidad ejercitada con base en el art. 135 LSA ya que no concurren los requisitos establecidos para ello. En el escrito de demanda se sustenta la referida acción (f.13) en la desaparición fraudulenta de la sociedad (deudora) que provoca un perjuicio directo en el haber de la demandante ya que imposibilita el cobro de la deuda a través del patrimonio de la sociedad,

Hemos señalado reiteradamente que el art. 135 de la LSA tiene por finalidad restaurar el patrimonio individual de los socios o de terceros que hayan resultado directamente dañados por un acto u omisión imputable a título de dolo o de culpa al administrador. Se trata de una acción de carácter resarcitorio que exigen la presencia de actos u omisiones de los administradores, carentes de la diligencia debida y que da lugar a un daño, de tal modo que el accionante ha de probar también que el acto se ha realizado en concepto de administrador y [que] existe un nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso. Por ello se hace necesaria la prueba de hechos, actos u omisiones dolosas o culposas de los administradores de los que se deriven adecuadamente, esto es, en relación causal directa, los daños a tercero. Respecto a la referida conducta imputada para justificar la acción de responsabilidad ex art. 135 LSA, se ha de recordar que a la sociedad deudora ya no se le pudo notificar el saldo deudor a finales del año 2009 sin que conste la promoción de liquidación de clase alguna. Sin embargo no se ha acreditado que exista un enlace directo y preciso entre el hecho de desaparición de hecho sin proceder a formular ninguna clase de liquidación y el daño (impago del suministro), dado que esas dos conductas realmente imputadas al administrador demandado no hay prueba en las presentes actuaciones que hayan determinado, en relación causal directa, el daño que se dice inferido.

De ahí que, por todo ello, proceda estimar el recurso y a desestimar la demanda».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 28ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID [Recurso 561/12] DE 11 DE ABRIL DE 2014 [Ponente: Alberto Arribas Hernández]

Sociedades de capital.- Sociedad de responsabilidad limitada.- Nulidad de acuerdos: el hecho de que el informe

de auditoría pueda obrar entre la documentación entregada al registrador mercantil para el depósito de las cuentas no restringe ni limita el derecho de información del socio a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, dicho informe.- Abierto el periodo de liquidación carece de justificación objetiva una ampliación de capital por compensación de créditos y tampoco guarda relación alguna con los fines liquidatorios la sustitución del objeto social.- La nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas de un ejercicio por vulneración del derecho de información no arrastra la de otros acuerdos de aprobación de cuentas de ejercicios posteriores por infracción del principio de imagen fiel.

«Don José Antonio, como socio de la mercantil "BUENO Y ÁLAMO, S.L., EN LIQUIDACIÓN", interpuso demanda contra dicha sociedad interesando la nulidad de la junta general de socios celebrada el día 15 de diciembre de 2008 y, subsidiariamente, la nulidad o anulabilidad de todos los acuerdos adoptados en la junta.

En la junta de referencia se adoptaron los siguientes acuerdos:

- 1.- Aprobación de las cuentas del ejercicio 1999, de la gestión social y de la propuesta de aplicación de resultados.
- 2.- Aprobación de las cuentas del ejercicio 2000, de la gestión social y de la propuesta de aplicación de resultados.
- 3.- Aprobación de las cuentas del ejercicio 2001, de la gestión social y de la propuesta de aplicación de resultados.
- 4.- Aprobación de las cuentas del ejercicio 2002, de la gestión social y de la propuesta de aplicación de resultados.
- 5.- Aprobación de las cuentas del ejercicio 2003, de la gestión social y de la propuesta de aplicación de resultados.
- 6.- Reducción de capital, en la cantidad de 0,07 euros, restituyendo las aportaciones de los socios en la cantidad de 0,00233 euros por participación social para que éstas tengan sólo dos decimales, como consecuencia de la adaptación al euro.
- 7.- Aumento de capital en 90.150 euros, mediante la creación de 750 participaciones sociales con un valor nominal de 120,20 euros cada una de ellas, con exclusión del derecho de suscripción preferente, que suscribe don Basilio mediante compensación de los créditos líquidos y exigibles que tiene contra la sociedad.

8.- Modificación (en realidad, sustitución) del objeto social, siendo el nuevo: "la actividad de arrendamiento de bienes inmuebles".

9.- Disolución de la sociedad, en cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de octubre de 2007, por la causa prevista en el artículo 104.1 (d) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Cese de administradores y nombramiento como liquidadores de los anteriores administradores cesados.

Conviene tener presente desde este momento que idénticos acuerdos a los adoptados en los numerales 1 a 8 fueron tomados en las juntas generales de socios de la entidad demandada celebradas los días 9 y 10 de marzo de 2005, concretamente, los acuerdos 1 a 5 y 7, fueron aprobados en la junta celebrada el día 10; y los acuerdos 6 y 8, en la junta celebrada el día 9. Dichos acuerdos fueron declarados nulos por la sentencia de este tribunal de 17 de octubre de 2007 al apreciar infracción del derecho de información (acuerdos 1 a 5), infracción de los requisitos para suprimir el derecho de suscripción preferente (acuerdo 7) y por no ponerse a disposición de los socios el texto íntegro de las modificaciones estatutarias, además de no expresarse con claridad en la convocatoria los extremos a modificar respecto del objeto social (acuerdos 6 y 8). La sentencia también acordó la disolución de la sociedad al estar incurso en la causa de disolución prevista en el artículo 104.1.d de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, esto es, por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituye su objeto durante tres años consecutivos.

La referida sentencia ganó firmeza al ser desestimado por el Tribunal Supremo con fecha 29 de julio de 2008 el recurso de queja formulado por la sociedad contra la inadmisión del recurso de casación interpuesto por dicha parte contra la referida resolución.

En la demanda se interesaba la nulidad de la junta y, en consecuencia, la de todos los acuerdos adoptados y, subsidiariamente, la nulidad o anulabilidad de éstos por haber convocado la junta don Eleuterio en calidad de administrador cuando la sociedad estaba disuelta; porque estando disuelta la sociedad y abierto el período de liquidación sólo cabía proceder a la liquidación de la sociedad; defectos en la representación del socio don Basilio, ejercida en la junta por su hijo don Eleuterio; vulneración del derecho de información respecto de los acuerdos de aprobación de cuentas; y falta de acreditación de los créditos con los que se compensa la suscripción de la ampliación de capital.

La sentencia, tras rechazar la nulidad por defectos en la convocatoria al ser el convocante liquidador de la sociedad, declara la nulidad de los acuerdos relativos a la aprobación de las cuentas del ejercicio 1999 (punto primero del orden del día), por infracción del derecho de información al no ponerse a disposición del socio el informe de auditoría relativo a dicho ejercicio; así como la de los acuerdos de ampliación de capital por compensación de créditos y modificación del objeto social, al ser acuerdos ajenos a la finalidad liquidatoria a la que se circunscribe la competencia de la junta una vez disuelta la sociedad (puntos séptimo y octavo del orden del día).

Por el contrario, la resolución desestima la pretensión de nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas de los ejercicios 2000 a 2003 (puntos segundo al quinto del orden del día) al no haberse acreditado que las cuentas del ejercicio 1999 tuvieran algún vicio que se hubiera comunicado a las de los ejercicios posteriores de modo que éstas no reflejen la imagen fiel de la situación económica de la sociedad; y el acuerdo de reducción de capital para adaptar la cifra de capital al euro, por no contravenir la finalidad de la liquidación.

La parte demandada se alza contra la sentencia interesando que se revoquen los pronunciamientos por los que se declara la nulidad de los acuerdos adoptados bajo los puntos 1, 7 y 8 del orden del día.

La parte actora se opone al recurso de apelación e impugna la sentencia para que también se declare la nulidad de los acuerdos de aprobación de cuentas, gestión y aplicación de resultado correspondientes a los ejercicios 2000 a 2003 (acuerdos 2 a 5 del orden del día) al partir aquéllas de las cuentas del ejercicio 1999 que han sido declaradas nulas.

Quedan ya al margen del objeto de enjuiciamiento de esta segunda instancia la pretensión de nulidad de la junta y, subsidiariamente, la nulidad o anulabilidad de los acuerdos adoptados en ella por haber sido aquélla convocada por don Eleuterio en su condición de administrador, así como por los defectos en la representación de uno de los socios. Tampoco ha impugnado el actor la desestimación de la nulidad o anulabilidad de los acuerdos adoptados bajo el noveno punto del orden del día relativo a la disolución de la sociedad, cese de los administradores y nombramiento de liquidadores, disolución que ya había sido acordada por resolución judicial con los efectos legales consiguientes.

Debe, por último, ponerse de manifiesto que de conformidad con el artículo 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el tribunal se pronunciará

exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso de impugnación de la sentencia y en los escritos de oposición.

A pesar de que el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, entró en vigor el 1 de septiembre de 2010, se precisa que las citas legales que se efectuarán en la presente resolución vendrán referidas a la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, en su caso, al también derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, al ser dichos textos, por razones temporales, los aplicables al supuesto enjuiciado.

SEGUNDO.- Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

1.- Acuerdo de aprobación de las cuentas del ejercicio 1999.

La sentencia declara la nulidad del acuerdo adoptado bajo el primero de los puntos del orden del día por infracción del derecho de información del socio al no haberse puesto a su disposición, pese haberlo solicitado, el informe de auditoría referido a dicho ejercicio.

La demandada apelante considera que existen versiones contradictorias y frente a la tesis del actor que sostiene que no se le entregó el informe de auditoría, la sociedad mantiene lo contrario y, en todo caso, que al tiempo de la convocatoria de la junta el referido informe obraba en el Registro Mercantil al haber sido depositadas las cuentas de dicho ejercicio tras su aprobación en la junta celebrada el día 10 de marzo de 2005 -cuyos acuerdos fueron luego declarados nulos por la sentencia de este tribunal de 17 de octubre de 2007- estando pendiente de cancelación los asientos causados por dichos acuerdos, por lo que entonces estaban vigentes y era accesible el depósito de las cuentas del ejercicio 1999.

Negada por el demandante la puesta a disposición del informe de auditoría, corresponde a la sociedad demandada acreditar su entrega o puesta a disposición de conformidad con el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda hacerse recaer sobre el actor las consecuencias de la falta de prueba de un hecho negativo.

Por lo demás, en la convocatoria de la junta, con infracción del artículo 212 de la Ley de Sociedades Anónimas al que se remite el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni siquiera se hizo mención al derecho de los socios a obtener, de forma inmediata y

gratuita, el informe de auditoría, refiriéndose exclusivamente la convocatoria a las cuentas anuales y al texto de las modificaciones estatutarias propuestas (documento nº 4 de la demanda).

Al recibir la convocatoria, el actor puso de manifiesto que nunca se le había facilitado el informe de auditoría (documento nº 5 de la demanda) y en la propia junta, antes de someterse a aprobación el acuerdo, solicitó su entrega, sin que se pusiera a su disposición, limitándose el liquidador, en trámite de ruegos y preguntas y una vez aprobados todos los acuerdos, a requerir al demandante para que reconociera que se lo había entregado con anterioridad, lo que el socio negó (documento nº 6 de la demanda).

El hecho de que el informe de auditoría pudiera obrar entre la documentación entregada al Registrador para el depósito de las cuentas del ejercicio 1999 y que fuera objeto de publicidad junto con las cuentas (artículos 366, 369 y 370 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que se hubieran cancelado los asientos al tiempo de la convocatoria de la nueva junta, no restringe ni limita el derecho de información del socio que tiene derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, el informe de auditoría.

En consecuencia, debe desestimarse el motivo de apelación ahora analizado.

2.- Acuerdos de aprobación de la ampliación de capital por compensación de créditos y modificación (sustitución) del objeto social.

La sentencia apelada declara la nulidad de los referidos acuerdos porque considera, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003, que disuelta la sociedad los acuerdos de ampliación de capital y modificación del objeto social carecen de toda justificación objetiva y son contrarios a los fines liquidatorios, en tanto que disuelta la sociedad y abierta la fase de liquidación, toda la actividad social persigue la conversión del activo social en dinero, estando limitadas las competencias de la junta general a la adopción de aquellos acuerdos necesarios para la finalidad liquidatoria, añadiendo respecto del aumento de capital que al hacerse por compensación de créditos de uno de los socios, constituye, además, una actuación abusiva, al pretender poner a dicho socio en una situación de ventaja.

Frente a los razonamientos de la sentencia, el recurso de apelación se limita a señalar, por un lado, la licitud de la ampliación (sustitución) del objeto social porque el hecho de que estuviera incurso en la causa de disolución apreciada

por la anterior sentencia de este tribunal, no significa que no estuviera en pleno funcionamiento aunque dedicada a una actividad no comprendida en su objeto social, sin que pudiera ampliarse el objeto social al estar cerrado el Registro Mercantil; y, por otro, que la ampliación de capital reúne todos los requisitos para hacerse por compensación de créditos con exclusión del derecho de suscripción preferente, sin que constituya una actuación abusiva.

Declarada por sentencia firme la disolución de la sociedad demandada, entró, sin solución de continuidad, en período de liquidación. La disolución abre el período de liquidación (artículo 109.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Aun cuando la disolución no implica la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, sí se producen notables modificaciones en su funcionamiento y estructura, en tanto que determina el cese de los administradores que son sustituidos por los liquidadores (artículo 110) y la actividad de la sociedad se dirige a realizar las operaciones necesarias para lograr su liquidación y extinción (artículo 116). La junta general se mantiene como órgano social (artículo 109.3), estando encargada de acordar lo que convenga al interés común tal y como señalaba el artículo 271 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y ahora con carácter general para las sociedades de capital el artículo 371.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo demás, se mantiene la obligación de llevar la contabilidad (artículo 116), pero los liquidadores no formulan cuentas anuales sino balances o estados de cuentas que son objeto de mera presentación a la junta (artículos 115), debiendo ser aprobado por la junta general el balance final (artículo 118). [Hay que tener en cuenta que, pese a que la sentencia no lo indique, por el art. 1.24 de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, se modificó el apartado 2 del art. 388 de la actual LSC, recogiendo entre los deberes de información del liquidador a los socios, el de presentar en los seis primeros meses de cada ejercicio -siempre que la liquidación se prolongue por un plazo superior al previsto para la presentación de las cuentas anuales-, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación].

Respecto a las competencias de la junta general de una sociedad en liquidación, el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 5 de febrero de 2003, citada en la resolución apelada, señala que: "En la fase de liquidación precisamente toda la actividad social persigue la conversión del activo social en dinero, y la competencia de la Junta General se limita a la adopción de los acuerdos necesarios para la finalidad liquidatoria", por lo que consideró que carecía de

toda justificación objetiva un acuerdo de ampliación del capital social, siendo contrario a los fines para los que se instaura un proceso de liquidación de la sociedad, que no es el de hacer nuevas operaciones para las que se requiriese las aportaciones.

En el supuesto de autos, abierto el período de liquidación carece de justificación objetiva la pretendida ampliación de capital por compensación de créditos, pues de existir tales créditos a favor de uno de los socios, deberán ser abonados en la liquidación. Precisamente, una de las operaciones de la liquidación consiste en el pago de las deudas sociales (artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) de 30 de mayo de 2005 y A Coruña (sección 4ª) de 17 de enero de 2000 -que analiza un supuesto de responsabilidad del administrador por deudas sociales-, invocadas por la apelante, no resultan de aplicación al supuesto de autos por la sencilla razón de que no analizan acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos tomados en el seno de una sociedad en liquidación que es lo que reprocha abusiva la sentencia apelada.

Tampoco guarda relación alguna con los fines liquidatorios la sustitución del objeto social y si lo que pretende el recurrente es vincular dicha sustitución a la posterior reactivación de la sociedad, se trata de una cuestión nueva que no fue oportunamente invocada en su contestación a la demanda, sin que la misma pueda introducirse en segunda instancia de conformidad con el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, nada impedía a los socios haber adoptado el acuerdo de sustitución del objeto social antes de que se acordara la disolución con independencia de que se hubiera o no producido el cierre del Registro por falta de depósito de las cuentas anuales, pero es que, además, es la demandada la que afirma que al convocarse la junta objeto de este procedimiento y desde el año 2005, las cuentas estaban depositadas al no haberse cancelado todavía los asientos como consecuencia de la nulidad declarada en la anterior sentencia de este tribunal, por lo que no habría razón alguna para que, de haberse adoptado el acuerdo con anterioridad, pudiera haber sido inscrito en el Registro Mercantil.

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

TERCERO.- Impugnación de la sentencia formulada por la parte demandante.

La parte actora impugna la sentencia para que también se declare la nulidad de los acuerdos adoptados bajo los puntos segundo al quinto del orden del día por los que se aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2000 a 2003, la gestión social y las propuestas de aplicación de resultado, porque entiende que al haberse declarado la nulidad de las cuentas del ejercicio 1999, las cuentas de los ejercicios 2000 a 2003 también deben ser declaradas nulas al no poder saber si éstas parten de realidades y no de ficciones creadas por los administradores en tanto que las cuentas anuales han de partir de las existentes, criterio que el impugnante entiende que se sostiene en la sentencia de este tribunal de 11 de diciembre de 2009.

No compartimos la tesis del apelante. La nulidad de cuentas del ejercicio 1999 por vulneración del derecho de información no arrastra, como una especie de efecto dominó, la de las cuentas de los ejercicios 2000 a 2003 por infracción del principio de imagen fiel de los artículos 34 del Código de Comercio y 172 de la Ley de Sociedades Anónimas, al que se remite el artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Las consecuencias de la impugnación del acuerdo de aprobación de cuentas anuales, así como las de su anulación, ha sido analizado por las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 y 9 de julio de 2012.

En la primera se recuerda que: «Sobre los efectos de la nulidad del acuerdo aprobatorio de las cuentas de un ejercicio sobre las cuentas de ejercicios posteriores, la sentencia de 29 de noviembre de 1983, citada en los motivos tercero y cuarto, declara que la contienda judicial no puede evitar la formulación de las cuentas de ejercicios posteriores, si bien la pendencia del litigio "habrá de reflejarse en las estimaciones realizadas y en la memoria explicativa", y ratifica la doctrina de la sentencia de 14 de marzo de 1980, citada en el motivo cuarto, en el sentido de que "la declaración de nulidad de un balance en el extremo relativo a su aprobación y cuenta de pérdidas y ganancias no supone que los balances practicados en los años sucesivos adolezcan de dicha nulidad, puesto que en los mismos pudieron ser corregidos los vicios que le hicieron incurrir en la declarada"; y la sentencia de 8 de julio de 1987, citada en el motivo cuarto, ratifica lo declarado por la de 1983 en cuanto a la pertinencia de reflejar la contienda judicial pendiente en las estimaciones realizadas y en la memoria explicativa. No obstante, la sentencia de 1983 precisa que únicamente en el caso de que el acuerdo aprobatorio anterior estuviera en suspenso "podría ponerse en tela de julio la nulidad del último"».

Por su parte, la sentencia de 9 de julio de 2012 ratifica la anterior doctrina y añade: «Bajo la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, esta Sentencia de 29 de noviembre de 1983 afirma algo que sigue estando vigente bajo el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre), aplicable al presente caso, y la actual Ley de Sociedades de Capital de 2010 (RDLeg 1/2010, de 2 de julio): la impugnación de las cuentas anuales de un ejercicio anterior no afecta, en principio, a las cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas antes de que alcance eficacia la estimación de la impugnación, en cuanto que la nulidad de las cuentas impugnadas no provoca la nulidad de todas las cuentas anuales de los ejercicios posteriores que se basaron en la información contable contenida en las cuentas impugnadas. Ni es necesario, una vez que consta la firmeza de la anulación de las cuentas, que se corrijan todas las demás cuentas de los ejercicios posteriores aprobadas mientras estaba pendiente la impugnación, sin perjuicio de que, en las siguientes cuentas pendientes de aprobación, se tengan en consideración las correspondientes modificaciones.».

En el supuesto aquí enjuiciado, la mera nulidad de las cuentas del ejercicio 1999, por infracción del derecho de información, no implica la de los ejercicios posteriores por infracción del principio de imagen fiel, en tanto que ni siquiera se ha alegado -y menos probado- circunstancia concreta alguna por la cual debamos llegar a la conclusión de que los asientos de partida de las cuentas de los ejercicios 2000 y sucesivos no corresponden a la situación patrimonial y financiera de la sociedad al cierre del ejercicio anterior.

El impugnante parte de que la nulidad de las cuentas del ejercicio 1999 arrastra, sin más, la de los ejercicios posteriores lo que, como hemos razonado, no puede compartirse en tanto que el demandante y ahora apelante, debió alegar y, luego, probar las concretas circunstancias por las que, en su opinión, las cuentas de los ejercicios 2000 a 2003 no reflejaban la imagen fiel del patrimonio de la sociedad, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. No puede mantenerse su nulidad con base en la nulidad de las cuentas de un ejercicio anterior por infracción de derecho de información, porque esta circunstancia no implica por sí sola la infracción del principio de imagen fiel de las cuentas de los ejercicios posteriores.

Por último, en la sentencia de este tribunal de 11 de diciembre de 2009, citada en apoyo de su tesis por el impugnante, la declaración de nulidad de las cuentas de un determinado ejercicio de una sociedad (2005) por infracción del principio de imagen fiel se asentaba, muy

resumidamente, en que habían sido anuladas las del ejercicio anterior (2004) por haber sido declaradas nulas, a su vez, las de los anteriores (2003 y 2002) por infracción del principio de imagen fiel, sin que constase que se hubieran corregido en las impugnadas los defectos apreciados en las anteriores declarada nulas.

Además, el apelante censura y mutila sin recato nuestra sentencia en aquellos pasajes que no se acomodan a su tesis. Así, en la transcripción del siguiente párrafo omite la frase que a continuación remarcamos: "El hecho de que con posterioridad a la demanda se hayan reformulado las cuentas de los ejercicios 2002, 2003 y que en junta celebrada el día 15 de abril de 2008 se hayan aprobado las cuentas de los ejercicios 2002 y 2003 (reformuladas) y las del 2004 (manteniendo su contenido), no impiden declarar la nulidad del acuerdo de aprobación de las cuentas del 2005 por infracción del artículo 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues parten de cuentas cuyos acuerdos aprobatorios han sido declarados nulos y sin que consten cuáles han sido las correcciones efectuadas en los sucesivos ejercicios para subsanar las deficiencias en la contabilidad,...".

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación de la impugnación de la sentencia formulada por la parte demandante».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 3ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ [Recurso 95/14] DE 16 DE ABRIL DE 2014 [Ponente: María Isabel Bueno Trenado]

Obligaciones y contratos.- Acción rescisoria de una cesión de créditos realizada en fraude de acreedores. Para el ejercicio de la acción es suficiente la existencia y legitimidad del derecho de crédito del legitimado activamente. Evolución de la concepción tradicional: concurre el elemento subjetivo cuando en el momento de la cesión del crédito tanto cedente como cesionario conocían perfectamente la trascendencia patrimonial que la cesión suponía en orden a la incapacidad patrimonial del deudor-cedente, con la consiguiente frustración del derecho de crédito tanto en el ámbito prestacional, como de vulneración de su garantía patrimonial.

«En el presente procedimiento se ejercita acción encaminada a la rescisión de la escritura de cesión de crédito otorgada por los demandados el 10 de febrero de 2011, ante el notario D. Fernando Gutiérrez Valdemoro en virtud de la cual, los deudores, Fapintex, D. Hipólito y

Antonia, cedían el crédito que ostentaban respecto de la entidad apelante Lico Leasing S.A., en las tasaciones de costas llevadas a cabo en el procedimiento ordinario 804/2009, impidiendo a la recurrente compensar el derecho de crédito que ostentaría por la resolución del contrato de arrendamiento financiero nº NUM000 suscrito en fecha 20 de Marzo de 2007.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda en base fundamentalmente a los siguientes argumentos:

A) No haber quedado acreditado el crédito que legitimaría al actor en su propósito rescisorio, pues la acción rescisoria trae como base un hipotético derecho de crédito - constituido por la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre el apelante y Fábricas de Pintura Extremadura S.L., el Sr. Hipólito y la Sra. Antonia- que tras dos intentos de reclamación (procedimiento declarativo y de ejecución), no ha obtenido reconocimiento judicial.

B) En base a lo anterior, (dos procedimientos judiciales en los que se desestiman las pretensiones de la apelante en relación a la resolución del contrato de arrendamiento financiero), concluye asimismo, el juez a quo, que difícilmente puede decirse que se le privara a aquel, de la facultad de compensar dicho crédito frente a la reclamación que los cesionarios de aquel negocio, dirigieron a la demandante en el procedimiento de ejecución judicial 567/12, pues dicho crédito no era cierto, ni líquido, ni exigible.

SEGUNDO

La sentencia de primera instancia indica de forma correcta cuáles son los requisitos necesarios para el triunfo de la acción revocatoria o pauliana. En efecto, como indica la reciente sentencia de la Sala 1ª del T.S. de 26 de Octubre del 2012 (Recurso: 526/2010, Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS): invocando las anteriores de 19 junio 2007 y 12 noviembre 2008, entre otras, son requisitos de tal acción los siguientes: "a) La existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; b) La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; c) El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los arts. 643.2º y 1.297, primer párrafo, del Código Civil; y d) La ausencia de otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. En consecuencia la salida del bien del patrimonio del demandado ha de producir como resultado el perjuicio del

"crédito" del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien".

En la sentencia del mismo Tribunal de 07 de Septiembre del 2012 (Recurso: 560/2010 | Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO) a cuyo contenido nos remitimos sin reproducirlo, dada su extensión, se hace un estudio sobre la evolución doctrinal de la acción rescisoria y se expone cómo la jurisprudencia ha venido sustituyendo la concepción tradicional, marcadamente subjetiva y dolosa del fraude, con una aplicación rígida y restrictiva de sus presupuestos, por una concepción más objetivable del fraude y más funcional y flexible en cuanto a sus requisitos, centrada ya en la protección patrimonial del derecho de crédito sobre la base de tutelar y favorecer el cobro de la deuda, de forma tal que el consilium fraudis como confabulación de un propósito defraudatorio entre el deudor y el tercero adquirente no se erige en el elemento principal de la acción y la imputación subjetiva del fraude requiere solamente del concurso de la scientia fraudis como referencia, ya al conocimiento propio del perjuicio, ya a la diligencia exigible de haber debido conocer dicho perjuicio.

Por otra parte, respecto de la insolvencia del deudor, para que pueda considerarse presupuesto material de la lesión patrimonial, se establece que ha de tener carácter sobrevenido (no alcanza a acreedores posteriores al acto o negocio), debe implicar una merma significativa de su garantía patrimonial, y esta merma debe perdurar en el momento en que se ejercitan las acciones de tutela del crédito.

Para terminar, por lo que hace a la subsidiariedad del ejercicio de la acción indica que el avance en la configuración técnica de la acción rescisoria por fraude de acreedores, particularmente en la conexión existente entre el eventus damni y la juridicidad de la insolvencia, ha permitido a la Sala adecuar y flexibilizar la nota de subsidiariedad como caracterización del ejercicio de la acción, tanto en el plano de su referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal para obtener el cobro del derecho de crédito, como en el campo referido a la acreditación del perjuicio y su respectiva prueba.

Respecto del primer aspecto indica que la nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento; de forma que se estime, en dicho momento, la

falta de utilidad de otros posibles remedios preventivos o ejecutivos en orden a la defensa de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento (STS de 18 de julio de 1991, RJ 1991, 5399).

También respecto del primer aspecto señala que no resulta necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo para el ejercicio de la acción, bastando la propia existencia y legitimidad del derecho de crédito.

En cuanto al segundo aspecto recuerda que la Sala ya ha establecido que la prueba o realidad de la insolvencia no ha de producirse de una forma absoluta, sino que es suficiente con la acreditación de la existencia de una notable disminución patrimonial que impida o haga sumamente difícil la percepción o cobro del crédito (SSTS 5 de junio de 2006, RJ 2006, y 1 de julio de 2009).

En esta línea, también resulta innecesaria la demostración de la carencia absoluta de bienes del deudor, siendo suficiente con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los bienes que le sean debidamente conocidos según las circunstancias del caso (SSTS 28 de noviembre de 1994, RJ 1994, 8630 y 31 de octubre de 2002, RJ 2002, 9735).

TERCERO

Pues bien, examinados a la luz de tal doctrina al caso de autos, la Sala, tras un renovado examen de la prueba practicada llega a distintas conclusiones que el Juzgador de Instancia pues, a diferencia de lo que el mismo sostiene sí ha quedado acreditado el crédito que legitimaría al actor en su propósito rescisorio, pues si bien es cierto como afirma el juez a quo que se desestimaron en la instancia dos demandas entabladas por él en reclamación del mismo, lo cierto es que en ninguno de esos procedimientos se negó la existencia de dicho crédito, muy al contrario, en la sentencia de juicio ordinario nº 804/2009 -sentencia de 18 de Mayo de 2010 del juzgado de Villafranca de los Barros- se afirma expresamente en el Fundamento de Derecho cuarto: "...dicha falta de pago ha sido reconocida por la demandada, tanto en su escrito de contestación a la demanda como en el acto del juicio, mediante la declaración de la cofiadora Sra. Antonia " "...no plantea dudas a esta juzgadora el que la parte actora pueda ejercitar la acción rescisoria del contrato de arrendamiento financiero de 7 de Marzo de 2009, con base en la falta de pago de cuotas vencidas, ya que se considera acreditado el incumplimiento del deudor, como ya se anticipó anteriormente, afirmación, que debería llevar,

sin más a la estimación de la pretensión ejercitada..." aunque finalmente la demanda se desestima por falta de adecuación del suplico de la misma con las consecuencias que se preveían para caso de incumplimiento en el contrato suscrito entre las partes el 7 de marzo de 2.009.

Y en el auto de ejecución de Título no Judicial nº 768/2011 del Juzgado de Villafranca de los Barros, tampoco se niega la existencia del crédito, de hecho se llegó a despachar ejecución, lo que ocurrió es que se estimó la oposición planteada por los ejecutados por falta de notificación a los fiadores de la cantidad exigible -auto de 27 de febrero de 2013-.

Y ya hemos señalado, como el Tribunal Supremo considera que no resulta necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo para el ejercicio de la acción, bastando la propia existencia y legitimidad del derecho de crédito. Existencia del crédito que como hemos visto, ha sido reconocida por los propios deudores, y recogida precisamente en las resoluciones mencionadas, dictadas en los procedimientos declarativo y ejecutivo que menciona el juez a quo en la resolución recurrida, lo que permite afirmar sin género de duda, la existencia de crédito previo.

CUARTO

Además, si bien es cierto que la cesión de créditos se llevó a cabo el 10 de febrero de 2011, y que en el procedimiento de ejecución de Título no Judicial 79/2012 tramitado ante el juzgado de Primera Instancia nº 2 de Almendralejo, no se dictó Decreto de embargo de bienes hasta 14 de Abril de 2011, tampoco se comparte la conclusión del juez de Instancia de que hasta ese momento no tuvieron conocimiento de dicho embargo los demandados, pues consta en autos -folios 48 y 49- que en dicho procedimiento, se notificó el saldo deudor a D. Hipólito, representante legal de Fapintex y cofiador del contrato de arrendamiento financiero el 20 de enero de 2011. De hecho, en el auto de 27 de febrero de 2013 (ETNJ 768/2011) al que hemos aludido y en el que se estima la oposición planteada por falta de notificación a los fiadores consta expresamente que "... el propio ejecutado D. Hipólito, manifiesta en el acto de la vista que estaba pendiente de todo lo que llegaba al local aunque estaba cerrado. Asimismo, manifiesta que se le notificó el saldo deudor..." -Fundamento de Derecho Tercero-. De ahí que los demandados desde el 20 de enero de 2011 ya pudieran prever que el asunto acabaría en el Juzgado y adoptar -en consecuencia- medidas tendentes a "sacar" de su patrimonio el crédito, expuesto a una eventual responsabilidad.

Es decir, que el Sr. Hipólito tenía conocimiento previo de que se iba a instar una demanda de Ejecución, por lo que apenas veinte días después de este conocimiento, se lleva a cabo la escritura de cesión, lo que permite tener por acreditado por presunciones el "consilium fraudis" por mucho que el Decreto en el que se acuerda el embargo del derecho de crédito, fuera posterior a la dicha cesión, pues como indica la sentencia de la Sala 1ª del T.S. de fecha 12 de Noviembre de 2.008: "esta Sala, lejos de propugnar un automatismo radical en cuanto al tiempo de exigibilidad del crédito acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad, y así, en Sentencia de 19 de junio de 2007, declara, con cita de la sentencia de 17 de julio de 2006, que, "respecto de la existencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las sentencias de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito «ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios» o como afirma la sentencia de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia», añadiendo que "es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando este se hace en la previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia en el deudor".

Como ya avanzamos, respecto a la noción del fraude y su progresiva objetivización, SSTS de 31 de octubre de 2002, RJ 2002, 9735, de 15 de marzo de 2002, RJ 2002, 2841, de 13 de junio de 2003, RJ 2003, 4304 y 21 de junio de 2004., hay que señalar que la moderna configuración de la acción tiende a invertir el arquetipo tradicional recibido, delimitado en torno a una concepción extremadamente subjetiva del fraude, así como a una aplicación excepcional de su recurso, por el de un concepto operativo del mismo que tiende a objetivar la responsabilidad derivada bajo el protagonismo del eventus damni como presupuesto impulsor del ejercicio de la acción rescisoria. Sin duda, este giro doctrinal ha requerido de un claro cambio en la significación tradicional que venía caracterizando a la noción de fraude de acreedores.

En este sentido, puede afirmarse que la determinación de su concepto en la articulación de la acción ya no responde a una aplicación autónoma y directa en el terreno subjetivo de

la culpabilidad de los comportamientos implicados, particularmente de las conductas dolosas, ni tan siquiera a la heterogeneidad derivada del recurso auxiliar a otras fuentes de integración tales como su referencia a un abstracto principio de justicia, o a la aplicación interpretativa del criterio de equidad, sino que su concreción se realiza desde los principales deberes que sustentan la efectividad del derecho de crédito y su respectiva incidencia en el marco de la constatación del resultado lesivo inferido al acreedor. Acaso, a tenor del dinamismo semántico que caracterizó etimológicamente el término *fraus*, la razón de este planteamiento, inicialmente objetivo del fraude de acreedores, descansa en la recuperación de su significado básico en el campo jurídico relativo a su acepción de «infracción», y a su perfecta ambivalencia para referir prioritariamente tanto el daño causado como su correspondiente sanción. Desde esta perspectiva, entroncada con los principios y deberes que sustentan la garantía patrimonial del derecho de crédito, el presupuesto de la actuación del deudor no es un grado de malicia o dolo considerado en sí mismo. Es un daño (la disminución de la garantía patrimonial del deudor hasta el límite de su insolvencia) en el que el plano de la culpabilidad aparece como un elemento más bien negativo: la falta de justificación de dicha disminución con arreglo a los específicos principios y deberes de tutela de la efectividad del derecho de crédito. Ello tiene una casuística y tipología precisas, que permiten deslindar la acción rescisoria de otros remedios o posibilidades de actuación defensiva del acreedor. Aún más cuando la traslación patrimonial se verifica con absoluta carencia de correspectivo (v.gr. art. 1.297.1 C.c) el fraude es relevante por sí mismo, sin acudir al plano de la conciencia o de la culpabilidad. Esta idea se refuerza cuando se examina que, además de la imposibilidad de demostrar un estado de malicia que pertenece al proceloso mundo de las intenciones, la vinculación del adquirente a las consecuencias de la acción rescisoria (restitución o indemnización, art. 1.295 C.c) no se basa en el dolo al menos entendido como un grado de conciencia, sin el *consilium fraudis* se apoya en la idea de mala fe del tercero, que nos conduce a la constatación de un error excusable y, por tanto, a la diligencia para conocer, más que al exacto grado de conocimiento. El tercero indemne no tenía por qué conocer que la transmisión efectuada a su favor generaba una situación de insolvencia en el transmitente, o que se había dictado sentencia o librado mandamiento de embargo. Pero en estos últimos casos, la presunción juega en contra del tercero, sobre el que pesará la carga de la prueba de la diligencia media, y no podrá apoyarse en grado de conocimiento o de ignorancia alguno, entre otras razones porque es perfectamente

indemostrable. Luego hemos de pensar que aquí juega restrictivamente la buena fe del tercero, lo que al menos indica en estas hipótesis que se puede llegar a prescindir del tan reiterado *consilium fraudis*.

De ahí que quede como un criterio de imputación subjetivo de carácter accesorio y especialmente indicado para corroborar el fraude intencionado o doloso en aquellos casos en que pueda gestarse incluso con cierta anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito ante la previsibilidad de su próxima y segura existencia (SSTS 28 de mayo de 1997, RJ 1997, 4116, 16 de junio de 1999, RJ 1999, 4475 y la ya citada de 17 de julio de 2006).

En el presente caso, la Sala no puede compartir la tesis de la resolución recurrida que, en síntesis, se alinea con la concepción tradicional que hemos declarado superada por la configuración actual de la acción rescisoria. De forma que el *consilium fraudis*, como confabulación de un propósito defraudatorio entre el deudor y el tercero adquirente, no se erige en el elemento principal de la acción, sino como un criterio accesorio en orden a la determinación temporal del fraude intencionado respecto de su previsible anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito. Con lo que la imputación subjetiva del fraude, a tenor del *eventus damni* como presupuesto objetivo de la lesión del derecho de crédito por la insolvencia del deudor, requiere solamente del concurso de la *scientia fraudis* como referencia ya al conocimiento propio del perjuicio, o bien a la diligencia exigible de haber debido conocer dicho perjuicio.

De lo expuesto por tanto, resulta acreditado que, con independencia del *animus nocendi* o *consilium fraudis* señalado, cuando se llevó a cabo la escritura de cesión de créditos tanto cedentes como cesionarios (estos últimos letrados), conocían perfectamente la trascendencia patrimonial que dicha cesión suponía en orden a la incapacidad patrimonial de aquellos, con la consiguiente frustración del derecho de crédito tanto en el ámbito prestacional, como de vulneración de su garantía patrimonial. Habiendo ocasionado con ello, un efectivo perjuicio al recurrente, el cual sí vio obligado a pagar el importe de las costas al cesionario Atrium Abogados, sin que pudiera compensar dicha deuda con el crédito que tenía a su favor frente a los cedentes.

Pues bien, sentado lo anterior, y puesto que por lo que hace a la insolvencia y al presupuesto de subsidiariedad, los demandados ni siquiera han alegado a lo largo del procedimiento, ni en su oposición al recurso de apelación, que dispongan de otros bienes susceptibles de realización, se cumplen todos los requisitos de la acción rescisoria

ejercitada, por lo que el recurso ha de ser estimado y revocada la sentencia de instancia decretándose la rescisión de la escritura de cesión de crédito a que se refiere el suplico de la demanda».

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE GRANADA [Autos 327/14] DE 30 DE ABRIL DE 2014 [Magistrado: Enrique Sanjuán Muñoz]

Sociedades de capital.- Acumulación de acciones contra la sociedad y su administrador: la acumulación debe producirse ante los juzgados de lo mercantil del domicilio del administrador.

«ÚNICO. Se presenta demanda contra una sociedad domiciliada en Granada en reclamación de cantidad y su administrador con domicilio en Almería.

(...)

La Sentencia de 10 de septiembre de 2012 del Tribunal Supremo señala, al respecto de la acumulación de acciones en cuantía contra la sociedad y responsabilidad respecto de los administradores, la conclusión de esta Sala acerca de la procedencia de la acumulación de ambas acciones se funda en los siguientes razonamientos:

(a) Entre ambas acciones existe una estrecha conexión, ya que (i) entre ambas hay una relación de prejudicialidad, pues el éxito de la acción frente a la sociedad es presupuesto para que proceda la acción de responsabilidad de los administradores; (ii) la acción de responsabilidad exige acreditar la concurrencia de las circunstancias legalmente establecidas determinantes de la misma, sobre las que gravitará normalmente el peso del proceso; pero el presupuesto de ambas acciones es el incumplimiento de la sociedad; (iii) la finalidad que persigue la parte con el ejercicio de ambas acciones es única: el resarcimiento de los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento por la sociedad; (iv) la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales constituye una responsabilidad por deuda ajena *ex lege* [según la ley] que tiene naturaleza de responsabilidad solidaria impropia exigible directamente por los acreedores de la sociedad y opera muy frecuentemente en situaciones de insolvencia total o parcial de ésta (la responsabilidad de los administradores puede surgir como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de promover la disolución de la sociedad en caso de

disminución de su patrimonio, entre otras situaciones de significado análogo) y como remedio a la misma en íntima relación causal con el incumplimiento por parte de aquella.

De esto se sigue que, en prácticamente todos los casos, si no se admite la posibilidad de acumulación, la exigencia de responsabilidad a los administradores por incumplimiento de deudas sociales comporta la exigencia de interponer una doble demanda ante los juzgados de primera instancia, competentes para conocer de la demanda frente a la sociedad, y ante los juzgados de lo mercantil, competentes para conocer de la responsabilidad de los administradores sobre la base del incumplimiento por la sociedad, si lo que se pretende es el reintegro de las cantidades adeudadas por esta.

La carga injustificada de una duplicidad del proceso resulta desproporcionada; y este rasgo conlleva, según la jurisprudencia constitucional, que deba considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, supone imponer al acreedor la necesidad de interponer dos demandas ante órganos jurisdiccionales distintos para el ejercicio de una única pretensión de resarcimiento. Ambos procesos tienen la misma finalidad, son interdependientes y han de ser promovidos por un mismo acreedor frente a quienes son obligados solidarios. La desproporción de la carga impuesta se ofrece con especial claridad en los casos frecuentes en los que la situación de la sociedad impide al demandante, aun con una sentencia a su favor, obtener la efectividad de su crédito.

Esta Sala considera que la situación descrita no responde a la voluntad de la ley, sino a una laguna legal. La LEC no permite directamente la vía de la acumulación en estos supuestos, pero tampoco resuelve las situaciones de prejudicialidad entre los juzgados de primera instancia y los juzgados de lo mercantil.

Puede considerarse la existencia de una norma implícita en el artículo 43 LEC, según la cual los tribunales civiles pueden resolver las cuestiones civiles prejudiciales que se planteen si no se decide que se ventilen en otro procedimiento ante el órgano competente a petición de alguna de las partes. Sin embargo, además de no haber sido expresamente formulado por la LEC, este criterio sería insuficiente para resolver la situación que estamos planteando, pues la resolución con carácter prejudicial de la pretensión dirigida contra la sociedad no permite que la cuestión se examine y resuelva de manera definitiva ni obtener una condena del demandado.

En consonancia con ello, el principio de interpretación de las normas legales con arreglo a la Constitución proclamado en el artículo 5 LOPJ, y la finalidad de evitar la aplicación de un criterio procesal que podría ser determinante de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, obliga a examinar si es posible hallar una solución más allá de la posible inconstitucionalidad de las normas afectadas.

Pues bien, a juicio de esta Sala, la aplicación analógica de las normas sobre acumulación permite en este supuesto admitir la procedencia de la acumulación de las acciones que estamos considerando, habida cuenta de que la prohibición de la acumulación de acciones ante un tribunal que carezca de competencia para conocer de alguna de ellas admite diversas excepciones, entre las cuales figura que así lo disponga la ley para casos determinados (artículo 73.2 LEC). Entendemos que la regulación de la responsabilidad de los administradores sociales, con los caracteres que se han destacado, en estrecha relación con la insolvencia de la sociedad y con el impago de sus deudas conlleva implícitamente el mandato, exigido por el respeto al derecho tutela judicial efectiva proclamado por la CE, de la posibilidad de acumulación de ambas acciones.

E) Resta por decidir cuál es el órgano competente para la decisión cuando tal acumulación se produzca. La Sala considera que esta debe producirse ante los juzgados de lo mercantil, con fundamento en las siguientes razones:

(a) Ante los juzgados de lo mercantil se ejercita la acción más específica sobre responsabilidad de los administradores, la cual tiene carácter principal respecto de la acción por incumplimiento social, que opera con carácter prejudicial respecto de la primera. Así se infiere de la aplicación analógica de las normas sobre las prejudicialidad civil, de las que se infiere que la competencia para resolver una cuestión que aparece con carácter prejudicial respecto de otra corresponde al tribunal competente para conocer de la cuestión principal. En consecuencia, ante la ausencia de una regulación legal específica, debe considerarse preferible esta solución a la que resultaría de la aplicación del principio de disposición por la parte demandante (artículo 71.2 LEC, en el caso de acumulación de acciones) o mayor antigüedad del proceso (artículo 79.1 LEC, en el caso de acumulación de procesos), articuladas en consideración a la situación de órganos judiciales con competencias paralelas.

(b) La finalidad que persigue la norma de atribución de competencia residual a los juzgados de lo civil -artículo 45 LEC, que consagra el principio de la vis atractiva- es la de cerrar el sistema normativo de distribución de competencias entre los distintos órganos judiciales. Este principio no

puede prevalecer frente a la norma de especialización competencial de los juzgados de lo mercantil -artículo 83 ter LOPJ-, pues esta, sin alejar la materia del orden jurisdiccional civil, al que pertenecen los juzgados mercantiles, va encaminada a la necesidad de avanzar en el proceso de especialización de estos a que lleva la complejidad de la realidad social y económica de nuestro tiempo, según se declara en la EM de la LORC. Este principio quedaría en entredicho si aceptáramos la competencia de los juzgados de primera instancia para el conocimiento de las acciones acumuladas.

(c) La solución que entendemos procedente produce una alteración mínima en el sistema de distribución de competencias, ya que en la acción de reclamación de cantidad se ve implicada una sociedad mercantil, y se respeta así la efectividad de la reforma que condujo a la creación de los juzgados de lo mercantil.

(d) La solución que entendemos procedente no provoca indefensión a las partes, dado que no afecta a sus posibilidades de alegación y defensa. La acumulación no implica la modificación del tipo de proceso a través del que deben ejercitarse las acciones acumuladas y la atribución de su conocimiento a los juzgados de lo mercantil no modifica el sistema de garantías procesales y recursos que pueden ser utilizados por las partes.

El artículo 53 LEC nos dice que en supuestos de acumulación de acciones será competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de los demás.

Habiendo señalado el Tribunal Supremo que es fundamento de la acumulación la responsabilidad de administradores y visto el precepto citado procede declarar que este juzgado no es competente para conocer de la misma, territorialmente, puesto que lo es el Juzgado Mercantil de Almería donde la demandante fija el domicilio del administrador».