

Jurisprudencia

Resoluciones en materia mercantil

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

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA [Recurso 162/2013] DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2014 [Ponente: E. Jarašionas]

Seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles.- El concepto de «circulación de vehículos» comprende la utilización de un vehículo que es conforme a su función habitual, de modo que incluiría la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de la granja el remolque del que está dotado ese tractor.

«19. De la resolución de remisión resulta que, el 13 de agosto de 2007, durante la colocación de pacas de heno en una era, un tractor dotado de remolque, al maniobrar marcha atrás para situar el remolque en el patio de la granja, derribó la escalera en la que estaba subido el Sr. Vnuk, lo que provocó la caída de éste. El Sr. Vnuk presentó una demanda de indemnización para la obtención del pago de 15 944,10 euros en concepto de indemnización por daños no patrimoniales, más los intereses de demora, contra Zavarovalnica Triglav, la compañía de seguros con la que el propietario del tractor había celebrado un contrato de seguro obligatorio.

20. El juez de primera instancia desestimó dicha demanda. El órgano jurisdiccional de segunda instancia desestimó el recurso presentado por el Sr. Vnuk contra dicha resolución y señaló que la póliza de seguro obligatorio de circulación de automóviles cubría el perjuicio causado por la utilización de un tractor como medio de transporte, pero no el ocasionado por la utilización de un tractor como maquinaria de trabajo o como medio de remolque.

21. El órgano jurisdiccional remitente autorizó al Sr. Vnuk a presentar un recurso de casación contra esta resolución en la medida en que versa sobre la utilización del tractor como «vehículo», en el sentido del artículo 15 de la ZOZP.

22. Ante el órgano jurisdiccional remitente, el Sr. Vnuk alega que el concepto de «utilización de un vehículo en la

circulación» no puede limitarse a la circulación en las vías públicas y que, además, en el momento del hecho dañoso controvertido en el litigio principal, el conjunto formado por el tractor y su remolque constituían ciertamente un vehículo que circulaba y que se trataba de la parte final del trayecto. Zavarovalnica Triglav sostiene, en cambio, que el asunto principal versa sobre la utilización de un tractor no en su función de vehículo destinado a la circulación vial, sino en el contexto de un trabajo en el henil de una era.

23. El órgano jurisdiccional remitente indica que la ZOZP no define el concepto de «utilización de vehículos», pero esta laguna ha sido colmada por la jurisprudencia. A este respecto, señala que el objetivo principal del seguro obligatorio con arreglo a la ZOZP consiste en la socialización del riesgo y en la necesidad de proteger las necesidades de los perjudicados y de los pasajeros en el marco de la circulación vial. Según el órgano jurisdiccional remitente, en virtud de la jurisprudencia eslovena, para valorar si determinado daño está cubierto o no por el seguro obligatorio, no es decisivo, sin embargo, si dicho daño se ha producido en una vía pública. No obstante, no existe cobertura en virtud del seguro obligatorio cuando se utiliza el vehículo como maquinaria de trabajo, por ejemplo en una superficie agrícola, puesto que en ese caso no se trata de circulación vial.

24. El órgano jurisdiccional remitente señala que las diferentes Directivas relativas al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles —a saber, las Directivas Primera a Tercera, la Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles y la Directiva 2005/14 (en lo sucesivo, conjuntamente, «Directivas relativas al seguro obligatorio») — hacen referencia a la «circulación», a la «circulación vial» o también a los «usuarios de las vías públicas», pero no precisan qué puede considerarse circulación de vehículos y cuál es el criterio decisivo a este respecto. Por lo tanto, es posible entender que el seguro obligatorio únicamente cubre los daños causados por un vehículo en el ámbito de la circulación vial o que cubre cualquier daño que esté relacionado de cualquier forma con la utilización o el funcionamiento de un vehículo, con

independencia de que la situación pueda o no definirse como una situación de circulación.

25. En esas circunstancias, el Vrhovno sodiace (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

« ¿El concepto de "circulación de vehículos" a los efectos del artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva] debe interpretarse en el sentido de que no incluye las circunstancias del caso de autos, en el que el asegurado de la parte recurrida golpeó la escalera del recurrente con un tractor dotado de remolque durante la colocación de pacas de heno en la superficie del henil, puesto que estos antecedentes no tuvieron lugar en el ámbito de la circulación vial?»

[...]

33. Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en el concepto de «circulación de vehículos» circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, a saber, la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor.

34. El Gobierno alemán e Irlanda sostienen que la obligación de aseguramiento prevista en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva sólo afecta a las situaciones en el ámbito de la circulación vial y que, por lo tanto, no se aplica a circunstancias como las del litigio principal.

35. En cambio, la Comisión considera que esta disposición se aplica a la utilización de vehículos, como medios de transporte o como maquinaria de trabajo, en cualquier espacio, tanto público como privado, donde pueden producirse riesgos inherentes a la utilización de vehículos, con independencia de que éstos estén o no en movimiento.

36. Según el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, cada Estado miembro adoptará todas las medidas oportunas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 4, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro.

37. El concepto de vehículo se precisa en el artículo 1, número 1, de la citada Directiva, según el cual debe entenderse por «vehículo» en el sentido de esta Directiva «todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza

una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados».

38. Es preciso señalar que un tractor dotado de remolque responde a esta definición. A este respecto, cabe indicar que ésta es independiente del uso que se hace o que pueda hacerse del vehículo de que se trata. Por lo tanto, el hecho de que un tractor, eventualmente dotado de remolque, pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que tal vehículo responde al concepto de «vehículo» que figura en el artículo 1, número 1, de la Primera Directiva.

39. Sin embargo, de lo antedicho no resulta necesariamente que un tractor dotado de remolque esté sujeto a la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil prevista en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. En efecto, por un lado, con arreglo a dicha disposición, es necesario que ese vehículo tenga su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro, requisito cuyo cumplimiento no se discute en el litigio principal. Por otro lado, en aplicación del artículo 4, letra b), de la citada Directiva, cada Estado miembro puede establecer excepciones a lo dispuesto en el artículo 3 de ésta en lo que se refiere a ciertos tipos de vehículos o ciertos vehículos que tengan una matrícula especial, cuya relación se determinará por este Estado, notificándose al resto de los Estados miembros y a la Comisión.

40. De las consideraciones anteriores resulta que un tractor dotado de remolque está sujeto a la obligación prevista en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva cuando tiene su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro que no ha excluido ese tipo de vehículo del ámbito de aplicación de la citada disposición.

41. En cuanto a la cuestión de si debe considerarse que la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor está o no comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» al que se refiere dicha disposición, procede señalar, de entrada, que ese concepto no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro.

42. En efecto, ni el artículo 1 de la Primera Directiva, ni el artículo 3, apartado 1, de ésta, ni ninguna otra disposición de la citada Directiva o de las otras directivas relativas al seguro obligatorio remiten al Derecho de los Estados miembros por lo que se refiere a ese concepto. Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la

Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta no sólo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, en este sentido, la sentencia Omejc, C-536/09, EU:C:2011:398, apartados 19 y 21 y jurisprudencia citada).

43. Por lo que se refiere, en primer lugar, a los términos empleados en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, de un examen comparado de las distintas versiones lingüísticas de esa disposición resulta que ésta presenta divergencias en cuanto al tipo de situación contemplado por la obligación de aseguramiento que prevé, divergencias que se encuentran además en el propio título de esa Directiva, en particular en sus versiones inglesa y francesa.

44. Así pues, en francés, al igual que en español, griego, italiano, neerlandés, polaco y portugués, el citado artículo 3, apartado 1, hace referencia a la obligación de cubrir la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos, dando a entender que esa obligación de aseguramiento se refiere únicamente a los accidentes causados en el ámbito de la circulación vial, como sostienen el Gobierno alemán e Irlanda.

45. No obstante, las versiones inglesa, así como búlgara, checa, estonia, letona, maltesa, eslovaca, eslovena y finesa de esa misma disposición, se remiten al concepto de «utilización» de vehículos, sin otras precisiones, mientras que las versiones danesa, alemana, lituana, húngara, rumana y sueca hacen referencia, de modo más general, a la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para los vehículos y parecen imponer así la obligación de garantizar la responsabilidad civil resultante de la utilización o del funcionamiento de un vehículo, con independencia de si esa utilización o funcionamiento se produce o no en el ámbito de la circulación vial.

46. Según jurisprudencia reiterada, una interpretación puramente literal de una o varias versiones lingüísticas de un texto plurilingüe de Derecho de la Unión, prescindiendo de las demás, no puede sin embargo prevalecer, ya que la aplicación uniforme de las disposiciones del Derecho de la Unión exige que sean interpretadas a la luz de las versiones de todas las lenguas (véanse, en este sentido, las sentencias Jany y otros, C-268/99, EU:C:2001:616, apartado 47 y

jurisprudencia citada, y Comisión/España, C-189/11, EU:C:2013:587, apartado 56 y jurisprudencia citada). En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en la que se integra (véanse, en este sentido, las sentencias ZVK, C-300/05, EU:C:2006:735, apartado 16 y jurisprudencia citada; Haasová, C-22/12, EU:C:2013:692, apartado 48, y Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 39).

47. Por consiguiente, en segundo lugar, es preciso acudir a la estructura general y a la finalidad de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio, en la que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva se integra.

48. A este respecto, es preciso señalar que ninguna de las Directivas relativas al seguro obligatorio contiene definición alguna de lo que se debe entender por los conceptos de «accidente», «siniestro», «circulación» o «utilización de vehículos», en el sentido de esas Directivas.

49. Sin embargo, esos conceptos deben entenderse a la luz del doble objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por un vehículo automóvil y de la liberalización de la circulación de las personas y de los mercados en la perspectiva de la realización del mercado interior perseguido por esas Directivas.

50. Así pues, la Primera Directiva forma parte de una serie de Directivas que han venido precisando progresivamente las obligaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos. Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia ha declarado sistemáticamente que de los considerandos de las Directivas Primera y Segunda se desprende que el objetivo de dichas Directivas es garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos, también ha considerado sistemáticamente que éstas tienen por objetivo asimismo garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente (véanse, en este sentido, las sentencias Ruiz Bernáldez, C-129/94, EU:C:1996:143, apartado 13, y Csonka y otros, C-409/11, EU:C:2013:512, apartado 26 y jurisprudencia citada).

51. En efecto, si bien es cierto que de los considerandos quinto a séptimo de la Primera Directiva se deduce, en particular, que ésta trata de liberalizar el régimen de circulación de las personas y de los vehículos automóviles

entre los Estados miembros en la perspectiva de la realización del mercado interior, suprimiendo el control de la carta verde que se efectuaba en las fronteras de los Estados miembros, perseguía asimismo un objetivo de protección de las víctimas (véase, en este sentido, la sentencia Ruiz Bernáldez, EU:C:1996:143, apartado 18).

52. Además, la evolución de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio pone de manifiesto que ese objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por vehículos ha sido constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión.

53. La apreciación anterior se desprende en particular, en primer término, de los artículos 1 a 3 de la Segunda Directiva. En este sentido, el artículo 1 de ésta impuso que el seguro contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva cubriera tanto los daños materiales como los corporales. Asimismo impuso la creación por los Estados miembros de organismos que tienen por misión reparar los daños causados por los vehículos no identificados o para los cuales no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento y estableció cuantías mínimas de garantía. El artículo 2 de dicha Directiva limitó el alcance de determinadas cláusulas de exclusión previstas por vía legislativa o contractual por lo que se refiere al recurso de las terceras víctimas de un siniestro causado por la utilización o la conducción del vehículo asegurado por determinadas personas. El artículo 3 de la citada Directiva extendió el acceso al seguro para los daños corporales a los miembros de la familia del asegurado, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro.

54. Seguidamente, la Tercera Directiva, en virtud de su artículo 1, extendió especialmente la cobertura del seguro a los daños corporales de todos los pasajeros distintos del conductor y la Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles, entre otras cosas, introdujo en su artículo 3 un derecho de acción directa de los perjudicados contra la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil de la persona responsable.

55. Por último, la Directiva 2005/14, a través de sus artículos 2 y 4, que modifican respectivamente las Directivas Segunda y Tercera, adaptó concretamente las cuantías mínimas de garantía, y previó su revisión regular, y extendió el ámbito de intervención del organismo establecido por la Segunda Directiva y la cobertura del seguro recogido en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva a los daños corporales y materiales sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de vías públicas. También introdujo una

nueva limitación a la posibilidad de aplicar determinadas cláusulas de exclusión de la cobertura del seguro y prohibió que se opusieran franquicias a los perjudicados como consecuencia de un accidente por lo que atañe al seguro contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva.

56. Habida cuenta de todo lo anterior, y en particular del objetivo de protección perseguido por las Directivas Primera a Tercera, no puede considerarse que el legislador de la Unión haya deseado excluir de la protección conferida por esas Directivas a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si ésta es conforme con la función habitual de dicho vehículo.

57. A este respecto, es importante señalar además que, según la parte A del anexo de la Directiva 73/239, en su versión modificada por la Directiva 84/641, el ramo de actividad del seguro directo relativo a la «responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles» hace referencia a «toda responsabilidad resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista)».

58. En el presente asunto, es preciso indicar, por un lado, que, como se desprende de la información publicada por la Comisión, la República de Eslovenia no ha excluido, en virtud del artículo 4, letra b), de la Primera Directiva, ningún tipo de vehículo del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva. Por otro lado, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, el accidente que originó el litigio principal fue causado por un vehículo que se movía en marcha atrás para colocarse en un lugar determinado y, por lo tanto, parece haber sido causado por la utilización de un vehículo que es conforme con su función habitual, lo que no obstante incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

59. En tales circunstancias, teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, como en el litigio principal, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar».

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 449/2012] DE 29 DE MAYO DE 2014 [Ponente: Xavier Ocallaghan Muñoz]

Arrendamiento para uso distinto al de vivienda: moderación de la cláusula penal.- La moderación de la cláusula penal, no aplicable cuando está prevista para un caso concreto de incumplimiento parcial, sí se aplica cuando se trata de la pactada en caso de desistimiento anticipado de la relación arrendaticia urbana por parte del arrendatario.

«SEGUNDO.- 1.- La demandante, arrendadora, "HISPANIA RETAIL PROPERTIES, S.L.", ha formulado el presente recurso de casación en un motivo único, en el que -al igual que en el recurso de apelación- ha combatido exclusivamente la moderación de la cláusula penal. No hay duda y no se discute que la cláusula 2.3 del contrato que ha sido transcrita sobre penalización por desistimiento del arrendatario es una cláusula penal, naturaleza contractual que coincide con la previsión legal del artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y en la de 1994 sólo se contempla en el arrendamiento de vivienda, como pacto (artículo 11).

2.- En el único motivo de casación, se citan una serie de sentencias de esta Sala (alguna de este mismo ponente) que mantienen una doctrina que no ha sido discutida. La cláusula penal ha de hacerse efectiva cuando se incumple la obligación garantizada (artículo 1152) y si ésta se incumple parcialmente se moderaría aquélla (artículo 1154). Pero si la cláusula penal está prevista precisamente para el incumplimiento parcial, no cabe moderación.

Se pueden citar las sentencias que se recogen en el recurso y otras muchas más: de 10 mayo 2001, 5 diciembre 2003, 14 junio 2007, 20 junio 2007, 14 septiembre 2007, 1 de octubre de 2010, 4 mayo 2011, 17 marzo 2014. Pero ninguna de ellas contempla este mismo supuesto arrendaticio, sino el caso del incumplimiento parcial previsto expresamente en la cláusula penal, cuyo supuesto más típico es la cláusula penal de morosidad.

3.- La jurisprudencia, cuando ha aplicado la doctrina anterior al desistimiento en el arrendamiento urbano, sea la cláusula prevista en la Ley de Arrendamientos Urbanos o en pacto contractual (como en el presente caso) ha sido la contraria.

La sentencia de 3 febrero 2006 ya estableció la moderación, para mantener la igualdad y el equilibrio entre arrendador y arrendatario. La de 7 junio del mismo año también la acepta,

al constar una nueva ocupación. La de 5 julio 2006 alude a que procede la moderación y no cabe en casación, discutirla. En el mismo sentido, sentencias de 30 octubre 2007 y 18 marzo 2010.

En definitiva la justificación de la moderación la hace la sentencia de 9 abril 2012 en estos términos:

La Sala considera, estimando los argumentos del recurso, que establecer una equivalencia entre los perjuicios económicos futuros con el importe íntegro de la renta dejada de percibir durante los seis años establecidos para la vigencia mínima del contrato -presumiendo implícitamente que el bien arrendado no pudo ser objeto de explotación económica alguna durante esos años- significa desconocer la razonabilidad económica de la posibilidad de que la arrendadora concertase un nuevo arrendamiento, en principio por una renta similar, transcurrido un período razonable desde el momento de la resolución unilateral del contrato por parte de la arrendataria, u obtuviese un beneficio o renta por el bien mediante operaciones económicas de otro tipo (a este criterio responde la interpretación jurisprudencial del artículo 56 LAU 1964, invocada por la parte recurrente). Es cierto que la resolución injustificada del contrato demuestra por sí misma la falta de abono de las rentas futuras y con ello el cese de un lucro futuro originado por el incumplimiento; pero la cuantía del lucro frustrado, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, debe hacerse partiendo de una moderación del importe total de la renta pendiente, por la razón que ha quedado indicada.

TERCERO.- 1.- La Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 noviembre de 1994, que es la aplicable en el presente caso, cuyo artículo 11 prevé este supuesto de desistimiento en el arrendamiento de vivienda. Nada dispone en relación al arrendamiento para uso distinto de la vivienda.

El problema que se plantea es, como se ha apuntado, si este pacto se ha de aplicar literalmente conforme al principio de pacta sunt servanda. La jurisprudencia, conforme a unos principios y argumentos superiores, responde negativamente y permite la moderación, al amparo del artículo 1.154 del Código civil.

2.- Ante todo, hay que advertir que la jurisprudencia ha reiterado que la facultad de moderar, no sólo en su cuantía, sino incluso en su aplicación, es una facultad de los juzgadores de instancia (sentencia de 9 octubre 2000).

La sentencia de 5 julio 2006 dice explícitamente en relación con el arrendamiento urbano y el desistimiento:

"[e]s doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que la facultad que permite al Juez, a tenor del artículo 1154 del Código Civil, moderar equitativamente la pena cuando la obligación principal arrendaticia hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, es una facultad que en los juzgadores de instancia es ilimitada y no sujeta a las reglas del recurso de casación -sentencias de 12 de febrero de 1998 y 9 de octubre de 2000, que recogen otras anteriores-."

Y añade la misma sentencia:

"la posibilidad de aplicar tal moderación es una "questio facti" que entra de lleno en las facultades soberanas del tribunal "a quo" y que la misma no puede ser variada casacionalmente, salvo que la misma se base en una apreciación ilógica e irracional, cosa que desde luego no se da en la sentencia recurrida. Y así se establece en la doctrina jurisprudencial de esta Sala que va desde la vetusta sentencia de 16 de marzo de 1910 hasta el 23 de mayo de 1997, pasando por otras muchas más".

Lo que reitera la sentencia de 30 octubre de 2007, con referencia al desistimiento del contrato de arrendamientos urbanos, con cita de otras muchas sentencias.

3.- Las razones que justifican la moderación de la cláusula penal en los casos de desistimiento de la relación contractual arrendataria son, en primer lugar, que ésta pretende una indemnización global por incumplimiento total del contrato, a partir del desistimiento, siendo así que la cláusula penal tiene como función, además de la coercitiva, la liquidadora de daños y perjuicios (artículo 1.152 del Código civil y sentencias de 26 marzo de 2009, 10 noviembre 2010, 21 febrero 2012) y no cabe aplicarla automática y enteramente, cuando consta que es superior a los que se han producido realmente.

En segundo lugar, si el arrendador percibiese la totalidad de la cláusula penal y, además, rentas de un nuevo arrendatario (extinguido el anterior por el desistimiento) se daría un claro enriquecimiento injusto, como ha mantenido la sentencia de 30 octubre 2007, en aplicación del artículo 56 de la Ley de 1964 que recoge la doctrina anterior expuesta en la sentencia de 3 febrero 2006 que cita jurisprudencia muy reiterada.

En tercer lugar, el principio de pacta sunt servanda no siempre puede aplicarse literalmente. Así, la sentencia de 20 de marzo 2012 alteró (realmente, prescindió) de un pacto del contrato de sociedad, por la razón de la injusticia misma

y la desproporción del resultado. Y lo mismo se ha reiterado en los casos del desistimiento de arrendamiento urbano.

4.- La sentencia de 9 abril 2012 trata de la extinción anticipada del arrendamiento de uso distinto al de vivienda, conforme a la Ley de 1994 y se reclama indemnización por las rentas dejadas de percibir por dicha extinción (desistimiento del arrendatario) anticipada. Recoge la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 56 de la Ley de 1964. Dice literalmente:

"la jurisprudencia de esta Sala de los últimos años, en la cual se declara que «para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 17 de julio de 2002, 27 de octubre de 1992, 8 de julio y 21 de octubre de 1996, entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)» (STS de 14 de julio de 2006)".

La última de las sentencias dictadas en esta cuestión es la del 27 septiembre 2013, que no la resuelve por entender que el arrendador aceptó el desistimiento del arrendatario, sin perjuicio de la indemnización, conforme a la cláusula penal establecida contractualmente. Dice así:

"ha valorado la existencia de una previsión contractual de desistimiento unilateral del arrendatario mediante el pago de una indemnización, el contenido del documento de entrega de llaves y los demás hechos alegados por el arrendatario, y ha concluido que no hubo renuncia por parte del arrendador a la percepción de la indemnización prevista en el contrato para el caso de desistimiento unilateral del arrendatario ni a la percepción de las rentas adeudadas. Tal criterio responde a la doctrina de esta Sala, que ha declarado con reiteración que la renuncia de derechos no puede apoyarse en actos que no sean clara e inequívocamente expresivos de ella".

No aparece sentencia alguna de esta Sala que en los casos de desistimiento, extinción de la relación arrendaticia anticipadas, sea de vivienda o de local de negocio, sea de la Ley de 1964 o de 1994, haya aplicado de forma entera y automática la cláusula penal expresada en el contrato.

CUARTO.- 1.- En consecuencia de todo lo expresado hasta aquí, es clara la desestimación del motivo único del recurso de casación y, por ende, de éste, por la razón de que la moderación de la cláusula penal, no aplicable cuando está prevista para un caso concreto de incumplimiento parcial, sí se aplica cuando se trata de la pactada en caso de desistimiento anticipado de la relación arrendaticia urbana, por parte del arrendatario. Con lo que en la presente sentencia se reitera la constante doctrina jurisprudencial».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1256/2012] DE 8 DE JULIO DE 2014 [Ponente: José Antonio Seijas Quintana]

Contratos bancarios: swap.- Nulidad del contrato por error sobre el alcance del riesgo asumido. Incidencia del incumplimiento de los deberes de información que se imponen a la entidad financiera (normativa MiFID) en la apreciación del error.

«SEGUNDO.- Esta Sala ya se ha pronunciado sobre las cuestiones que se suscitan en el presente recurso en la STS nº 840/2013, del Pleno, de 20 de enero de 2014, recurso nº 879/2012, dictada en un proceso sobre nulidad de un contrato de swap por error vicio en el consentimiento, en lo esencial idéntico al presente, en la que se examina el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto complejo como es el swap y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de la nulidad del contrato, que es, en definitiva, la cuestión jurídica a la que se contrae el recurso por más que en su desarrollo se haga referencia otras cuestiones que, en cualquier caso, también están íntimamente relacionadas con aquella.

La doctrina fijada por esta Sala en el marco normativo de la Directiva MiFID -cuya transposición al ordenamiento jurídico español se efectuó por la Ley 47/2007 que introdujo el contenido de los actuales artículos 78 y siguientes LMV, luego desarrollados por el RD 217/2008- es plenamente aplicable al presente recurso dada la fecha en la que se llevó a cabo la contratación que ahora es objeto de enjuiciamiento (el 31 de julio de 2008) y determina su desestimación.

Se dijo, y se mantiene, que la habitual desproporción que existe entre la entidad que comercializa servicios financieros y los clientes, derivada de la asimetría informativa sobre

productos financieros complejos, es lo que ha determinado la necesidad de una normativa específica protectora del inversor no experimentado, que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial, a la que ya se había referido esta Sala en la STS nº 244/2013, también del Pleno, de 18 de abril de 2013, recurso nº 1979/2011, en la que - aunque dictada en un proceso sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado antes de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva MiFID- se analizó el alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor y en concreto el elevado estándar de información exigible a la empresa que presta el servicio de inversión; ahora, esta Sala debe reiterar en la presente sentencia los criterios de interpretación y aplicación de esa normativa y la incidencia de su incumplimiento en la apreciación de error vicio del consentimiento.

Conforme a esta línea jurisprudencial, el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato de los riesgos que comporta la operación especulativa, como consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 CC, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias (art. 79 bis LMV, apartados 2 y 3; art. 64 RD 217/2008).

Para articular adecuadamente ese deber legal que se impone a la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con ese conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia -cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar-, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, dirigido además de a verificar la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto.

Para discernir si un servicio constituye o no un asesoramiento en materia financiera -lo que determinará la necesidad o no de hacer el test de idoneidad- no ha de estarse tanto a la naturaleza del instrumento financiero como a la forma en que este es ofrecido al cliente, valoración que debe realizarse con los criterios establecidos en el artículo 52 Directiva 2006/73 que aclara la definición de servicio de asesoramiento financiero en materia de inversión del artículo 4.4 Directiva MiFID, según la doctrina fijada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S.L. (C-604/2011), conforme a la cual tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap realizada por la entidad financiera al cliente inversor "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público".

La misma sentencia 840/2013 se refirió a la diferente función de ambas evaluaciones, distinguiendo la finalidad del test de conveniencia -que va dirigido a la valoración de los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con el objetivo de que la entidad financiera pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera y pueda determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa, en los términos que establece el artículo 73 RD 217/2008-, de la finalidad del test de idoneidad -que procede, como se ha dicho, cuando se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de cartera mediante la realización de una recomendación personalizada-, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan, según especifica el artículo 72 RD 217/2008.

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera con el cliente minorista en la contratación de productos complejos, en la STS nº 840/2013 se fijó, tras analizarse en ella la reiterada doctrina de esta Sala sobre los requisitos del error vicio de consentimiento, la doctrina relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento cuando hay un servicio de asesoramiento financiero, doctrina que se reitera en la presente sentencia y que puede resumirse en los siguientes puntos:

1. El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.
2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.
3. La información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMNV)- es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no el incumplimiento del deber de información.
4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.
5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap, como si al hacerlo este tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

En el mismo sentido se han dictado las sentencias de 7 de julio de 2014 (Recursos 892/2012 y 1520/2012).

TERCERO.- La aplicación de esa doctrina al presente recurso implica la desestimación del mismo, ya que en el caso que ahora se somete a enjuiciamiento, atendidos los hechos fijados en la sentencia recurrida, invariables en casación (SSTS 27 de junio de 2011, recurso nº 145/2008 y 31 de enero de 2012, recurso nº 165/2009), la entidad bancaria demandada ofertó el swap a los demandantes, clientes

minoristas, como un producto adecuado para evitar el perjuicio derivado de una subida de los tipos de interés aplicables a su hipoteca, sin informarles antes de la contratación sobre el contenido del contrato ni sobre los riesgos asociados al swap, y no realizó el test de idoneidad, que era el procedente ya que al comercializarse el swap como recomendación personalizada el servicio prestado fue de asesoramiento financiero.

Debe añadirse que la circunstancia de que el banco recurrente -según alega- ofreciera el swap a los clientes con la finalidad de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 19 del RD 2/2003, para informarles, como deudores hipotecarios que eran con un préstamo a tipo de interés variable a largo plazo, de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento de los tipos de interés disponibles, no excluye que ese ofrecimiento fuera una recomendación personalizada determinante de la existencia de asesoramiento financiero en los términos en que se define por la citada STJUE, pues en la sentencia recurrida se declara como hecho probado que se ofreció el swap a los demandantes (no que se les informara de diversos instrumentos de cobertura disponibles) como conveniente para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca.

En consecuencia, la sentencia recurrida al apreciar error vicio del consentimiento y acordar la nulidad del contrato no infringió la normativa MiFID ni la jurisprudencia sobre el error vicio, pues está acreditado el déficit de información y la no realización del test de idoneidad que permiten presumir el error, no siendo aceptable la argumentación expuesta por la recurrente en los motivos.

En primer lugar, no pueden aceptarse las alegaciones sobre la suficiencia del contenido del contrato para excluir el deber de información precontractual que pesa sobre el banco recurrente, tesis que cede ante la presunción derivada, según la doctrina que ha quedado expuesta, del incumplimiento de la realización del test de idoneidad.

En segundo lugar, tampoco pueden aceptarse las alegaciones sobre el carácter inexcusable del error, pues además de la incidencia directa que, como se ha visto, tiene en este requisito del error vicio la falta de información, la recurrente parte de un hecho no declarado por la sentencia recurrida, pues en ella no se fija como hecho probado que los clientes demandantes tuvieran a su disposición antes de la firma del contrato el contenido de este, sino un documento en el que solo constaba su denominación y el valor nominal, a lo que debe añadirse que, como declaró esta Sala en la STS nº 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de

2013, recurso nº 1979/2011, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco y no de mera disponibilidad, que chocaría con el carácter imperativo y tuitivo de la normativa aplicable.-

En tercer lugar, en cuanto a la alegación relativa a la carga de la prueba del error y su atribución a quien lo alega solo cabe precisar -aunque es un tema propio del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y no del recurso de casación, si bien en este caso íntimamente unido a la aplicación de la norma sustantiva- que no puede tenerse en consideración por esta Sala ante la presunción derivada del incumplimiento del deber de realización del test de idoneidad y el hecho declarado en la sentencia recurrida según el cual el swap se les ofreció a los demandantes, sin información precontractual, como un producto para evitar el perjuicio de las subidas de interés que pudieran afectar a su hipoteca.

En cuarto lugar, aunque el recurrente no es claro al exponer en el motivo primero qué efecto jurídico pretende derivar de la cláusula adicional tercera del contrato (pues se trata de alegaciones ajenas a la infracción denunciada en el encabezamiento del motivo y al contexto argumentativo del mismo y además no se indica en ellas en qué infracción normativa ha incurrido la sentencia recurrida, ni se combate su ratio decidendi en lo relativo a su ineficacia para excluir los efectos del incumplimiento por el banco del deber de información en el error), sí conviene precisar para agotar la respuesta a las cuestiones planteadas que si lo que la recurrente sostiene -ya que alega que la cláusula se ajusta al artículo 79 bis in fine LMNV (cita imprecisa que, según se deduce del contexto se refiere al art. 79 bis 7 in fine LMNV) es que estaba exonerada de realizar el test de idoneidad porque no le fue facilitada información por el cliente, estamos ante una alegación que esta Sala no puede atender porque parte de un hecho negado por la sentencia recurrida en la que se declara que no hay el menor vestigio de que los demandantes rehusaran facilitar la información requerida por la entidad; además, el precepto citado (art. 79 bis 7 in fine LMNV en la redacción aplicable al contrato por razones de vigencia, anterior a la reforma operada por la disposición final tercera 6 de la 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito) se refería a servicios distintos del asesoramiento en materia de inversión (precisamente para los que se estableció esa cláusula; doc. 3 de la demanda, folio 91 vuelta, de los autos de primera instancia), por lo que esta Sala no se va a pronunciar en este proceso sobre el alcance de esa norma en la medida en que se refiere -y así se ha previsto en el contrato- a un supuesto ajeno al enjuiciado que es de

servicio de asesoramiento y por tanto sin trascendencia para la posible casación de la sentencia recurrida.

Finalmente, en cuanto a la argumentación del motivo segundo, carece de fundamento puesto que no resulta adecuado para la casación de la sentencia recurrida al desarrollarse en un plano puramente teórico, partiendo de una premisa que siendo correcta -el test de idoneidad es el procedente cuando hay un servicio de asesoramiento de inversión- perjudica el interés de la propia recurrente que no hizo el test de idoneidad, ya que lo único que podría justificar la dialéctica del motivo es que la entidad financiera recurrente hubiera hecho ese test de idoneidad y así lo declarara la sentencia recurrida.

Resta por precisar que las cuestiones sobre las que el banco recurrente ha solicitado a esta Sala la fijación de doctrina (tanto las expuestas con carácter previo en el escrito de interposición, como las enunciadas en lo que se ha denominado en ese escrito motivo tercero) han recibido respuesta con la doctrina expresada en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, excepto las relativas a la eficacia de la comunicación al cliente del resultado negativo de la adecuación o conveniencia del instrumento financiero al perfil del cliente y a las formalidades exigibles a los tests de evaluación, sobre las que esta Sala no tiene que pronunciarse en este proceso ya que esos tests -y en concreto el procedente que era el de idoneidad- no se han realizado, por lo que ambas cuestiones resultan irrelevantes para la casación de la sentencia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2394/2012] DE 15 DE JULIO DE 2014 [Ponente: Sebastián Sastre Papiol]

Derecho Concursal.- Calificación de los créditos de las Juntas de Compensación por las cuotas de urbanización: los devengados antes de la declaración de concurso son créditos con privilegio especial en cuanto garantizados con hipoteca legal tácita, y los devengados después son créditos contra la masa.

«La Junta de compensación.- Como recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 12 de mayo de 2005, la ejecución de los planes urbanísticos incumbe al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (art. 114 Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el RD 1346/1976, de 9 de abril). Uno de los métodos de ejecución que puede elegir la

Administración actuante, conforme al artículo 119, es el de la compensación (Capítulo Tercero del TRLS) que se lleva a cabo directamente por los propietarios de los terrenos integrantes de la unidad de actuación, constituidos en Junta de Compensación que se erige como figura clave, órgano de naturaleza administrativa, con personalidad plena y capacidad jurídica, siendo sus actos recurribles en vía administrativa, habilitándola para actuar como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquélla y considerándola directamente responsable, frente a la Administración competente de la urbanización completa de la unidad de actuación (STS, Sala 4, de 1 de diciembre de 1980). Tales organismos "cumplen primordialmente funciones administrativas de orden urbanístico" (STS, Sala 4ª de 29 de diciembre de 1987), es decir, "actúan en lugar de la propia Administración pública cuando realizan por encargo de ésta..."

También el artículo 26.1 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (...), destaca a las Juntas de Compensación como entes administrativos, colaboradores de la Administración pública (art. 26.1 y 157 a 185), cuando actúan con las competencias que le son delegadas de la propia administración, como son las correspondientes a la función urbanizadora, como servicio de interés público, en los expedientes de ejecución en la ordenación del suelo y en las actuaciones de transformación urbanística.

2. Naturaleza jurídica del crédito por obras de urbanización.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994 señala que la ejecución de unas obras de urbanización es obra de naturaleza pública cuya titularidad corresponde a la Administración actuante. En este sentido importa destacar no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones -artículo 175.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (RGU)- sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la Junta de Compensación; también, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2007, Recurso 1751/2000, se refiere a la naturaleza de obra pública de las referidas a la urbanización llevada a cabo por encargo de la Junta de Compensación; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 427/2010, de 23 de junio: "se está ante una obra de condición pública, la cual debe realizarse conforme a un proyecto aprobado por el Ayuntamiento, cosa que confiere naturaleza administrativa al contrato, en atención a la naturaleza

administrativa de la Junta de Compensación y a la naturaleza pública de la obra".

3. El carácter de garantía real de la obligación. Son de destacar los siguientes preceptos:

El artículo 16.6 (actualmente apartado 2, del texto vigente) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto 2/2008, establece: "los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior".

También el artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística, dispone: "las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne (...) Esta afectación será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos a favor del Estado..."; y el artículo 178 del mismo texto legal, señala: "las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes".

Por último, el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, reitera, en su artículo 19, lo siguiente: "quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar" "y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado...".

La Jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la Junta de Compensación. Así, entre otras, la muy expresiva de 9 de julio de 1990, Sala 3ª, sección 5ª cuando señala: "por muchas que sean las hipotecas que recaigan sobre una parcela no afectan a la garantía de los costes de urbanización que le correspondan, ya que de acuerdo con el artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística al que se remite el 178 estos costes quedan asegurados con garantía real preferente o cualquier otro y a todas las hipotecas y cargas anteriores".

Tal privilegio supone una hipoteca legal tácita. Los artículos 158.1 y 159 de la Ley Hipotecaria sólo consideran hipotecas legales las admitidas e inscritas expresamente con tal carácter; y el párrafo segundo del primer precepto citado añade: "las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente..." Trámite que no suele seguirse, por la preferencia de cobro que tiene el titular del privilegio sobre el bien, y por suponer un gravamen real, que es una situación de sujeción en la que se encuentra el propietario sobre cuya cosa existe establecido un derecho real a favor de otro, en este caso la Junta de compensación.

La preferencia y afectación real que hemos señalado tiene relación con el artículo 53.1 Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana, referido a la clase de asientos que debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, al disponer que se harán constar por "inscripción" los actos a que se refieren los apartados 1, 2, 7 y 8 del artículo 51 (que en su apartado 1 declara inscribibles "los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística, en cuanto supongan modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación...") y se harán constar por "nota marginal" los actos y acuerdos a que se refiere el artículo 51 que tendrán vigencia indefinida para dar a conocer la situación urbanística.

El Reglamento de Gestión Urbanística, en su artículo 20 [(sic) 126.3-II], señala que la afectación caducará a los 7 años desde su fecha [desde que se extendiera la nota de afectación], salvo que la cuenta provisional se hubiera elevado a definitiva, en cuyo supuesto la caducidad tendrá lugar a los dos años de la contratación [(sic) constatación] del saldo definitivo.

A la vista de cuanto precede, cabe concluir que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el artículo 90.1.1º de la Ley Concursal, de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir a que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del artículo 90 de la Ley Concursal, se establece

que, para que puedan ser clasificada con tal carácter, "la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores".

4. El devengo. El carácter de crédito cierto y exigible. Las cuotas futuras.

La administración concursal tiene que examinar la naturaleza de la relación jurídica creadora de la obligación en su cometido de proponer la calificación jurídica de los créditos reconocidos en la lista de acreedores (art. 94.2 LC), "indicándose en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales...".

El artículo 87 de la Ley Concursal, entre los "supuestos especiales de reconocimiento", prevé los créditos sometidos a condición suspensiva que serán reconocidos como "créditos contingentes sin cuantía propia", que es la calificación interesada por la administración concursal y la concursada, frente a la categoría de crédito cierto, actual y exigible que proclama la sentencia recurrida.

La situación descrita sobre la naturaleza jurídica del crédito por derramas de urbanización no se compadece con la naturaleza de crédito sometido a condición suspensiva. Conforme al artículo 1113 del Código Civil, la condición es un suceso futuro e incierto o un suceso pasado, que los interesados ignoran, del que depende la eficacia del contrato. De acuerdo con la normativa urbanística expuesta, el crédito por derramas es un crédito cuya existencia no depende de la liquidación definitiva.

Es cierto que la liquidación provisional de los costes de urbanización está sujeta a liquidación definitiva y que "los saldos de la cuenta de liquidación del proyecto se entenderán provisionales y a buena cuenta, hasta que se apruebe la liquidación definitiva de la reparcelación" (art. 127.2 del RGU) y añade "los errores y omisiones... se tendrán en cuenta en la liquidación definitiva, pero no suspenderán la exigibilidad de los saldos provisionales aprobados con el proyecto". Por ello, los posibles ajustes o rectificaciones en absoluto condicionan la existencia del crédito y su exigibilidad. Adviértase, además, que el propio Reglamento de Gestión Urbanística, en su artículo 181, faculta a la Junta para solicitar de la administración actuante la expropiación de los terrenos al propietario moroso o interesar el cobro de la deuda por la vía de apremio.

Por tanto, las cuotas de urbanización son créditos que no pueden ser considerados contingentes sin cuantía, sino créditos ciertos, vencidos y exigibles, como son de la misma categoría los créditos por "diferencias de adjudicación" que ya admitió la administración concursal en su escrito de contestación.

Por último, las cuotas o derramas devengadas a partir de la declaración de concurso (el 17 de enero de 2011) tendrán la consideración de créditos contra la masa, encuadradas en el número 10 del apartado 2 del artículo 84 de la Ley Concursal, como certeramente señala la sentencia recurrida, pues resultan de la obligación que nace de la ley de contribuir a los gastos de urbanización, que son, a estos efectos, créditos vencidos, líquidos y exigibles, sin perjuicio de la liquidación definitiva, según se ha expuesto».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 15ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 405/2013] DE 11 DE JUNIO DE 2014 [Ponente: Juan Francisco Garnica Martín]

Contrato de Transporte marítimo internacional.- Dificultades para acreditar los daños indirectos que reclama quien los padece no de manera directa sino como consecuencia de sus relaciones comerciales con un tercero. Acreditada la existencia del daño, éste se cuantifica en la cantidad que el recurrente debió satisfacer a su cliente por el retraso en la entrega de la mercancía.

« [...] damos por indiscutido el hecho dañoso, consistente en una demora de aproximadamente 30 días que afectó al transporte de mercancías consistentes en hilo de cobre (4 contenedores) entre el puerto de Barcelona y el de Casablanca, mercancía inicialmente cargada en el buque Topas y que finalmente arribó a puerto a bordo de un buque distinto, el East Express, un buque subcontratado por la demandada.

6. La actora aportó con la demanda los siguientes medios de prueba que guardan relación con la acreditación del daño:

a) El contrato marco que tenía suscrito con la empresa marroquí Cegelec, S.A. por la que se comprometía a suministrarle cobre para líneas catenarias (doc. 15).

b) El pedido hecho por Cegelec el 15 de enero de 2010 y las facturas correspondientes al suministro consiguiente, por importe de 197.833,40 euros (docs. 16 y 17).

c) Los diversos mails cruzados entre el Sr. Simón, ejecutivo de la actora, y el Sr. José Augusto, ejecutivo de Cegelec, que evidencian que esta última empresa reclamaba a la primera la cantidad de 115.579 euros, de los que la mayor parte de los conceptos afirma que son imputables al retraso de la naviera (doc. 18).

d) El burofax remitido por la actora a la demandada, de fecha 3 de mayo de 2010, en el que expone los perjuicios que se le han derivado como consecuencia de la demora que se concretan en las penalizaciones que Cegelec le va a aplicar (doc. 19).

e) Un posterior mail de 27 de agosto de 2010 en el que Cegelec (José Augusto) concreta su reclamación en un monto de 107.011,81 euros (doc. 21).

f) Pasajes de avión a nombre del Sr. Simón para un vuelo Barcelona-Casablanca para el día 16 de septiembre de 2010, con regreso el siguiente día 17 de septiembre (doc. 22).

g) El acuerdo alcanzado entre las partes (Cegelec y [XXX]), cantidad que se pacta que será descontada de las sumas que debe pagar Cegelec (doc. 23).

h) Nuevo burofax remitido por [Cegelec, indicando] que sufrió perjuicios como consecuencia del retraso en la entrega de cuatro contenedores con cobre por importe de 78.808,97 euros y que, tras una negociación con el Sr. Simón de [XXX] concertaron fijar la indemnización en la cantidad de 53.000 euros, cantidad que le fue hecha efectiva.

b i) Las declaraciones en el acto del juicio del Sr. Simón, quien reconoció todos esos hechos.

8 [7]. Discrepando del parecer que expresa la resolución recurrida, en nuestra opinión existe prueba suficiente del daño reclamado. Con ello no queremos decir que la prueba aportada por la actora acredite el daño de forma absoluta e inequívoca, esto es, sin dejar lugar para la duda, porque no es así. Compartimos con la resolución recurrida que la acreditación habría podido ser mejor, más contundente, de forma que el lugar para la duda fuera más reducido o dejara de existir. No obstante, no creemos que la cuestión sea ésta, esto es, valorar si hubiera podido existir una mejor prueba sino que creemos que debe limitarse a enjuiciar si con la prueba practicada podemos considerar razonablemente acreditado el daño.

9 [8]. Como punto de partida debemos recordar que, con carácter general, para estimar acreditada una alegación fáctica en el proceso civil no se exige que el juez alcance una seguridad absoluta sobre su real existencia sino que basta

con una probabilidad. Aunque no existe unanimidad a la hora de determinar qué grado de probabilidad es exigible, esto es, si bastan los parámetros de una probabilidad media (que sea más probable a que no), típicos del derecho norteamericano, o es exigible una probabilidad más cualificada, creemos que en el supuesto enjuiciado existe esa probabilidad cualificada, como razonamos a continuación.

10 [9]. Es cierto que no es completamente ajena a esa cuestión la exigencia de un determinado esfuerzo probatorio a las partes, pues la exigencia de un mayor o menor grado de probabilidad está relacionado precisamente con parámetros tales como la dificultad intrínseca de probar algunos hechos y con la diligencia procesal exigible a las partes.

11 [10]. En cualquier caso, no se puede tachar a la actora como indiligente en nuestro caso ni exigirle un esfuerzo probatorio que no sea proporcionado a las particulares circunstancias del caso. Y lo cierto es que no resulta sencilla la prueba de un daño, sea daño emergente o lucro cesante, cuando quien lo ha sufrido de forma directa no es quien lo debe reclamar sino que le ha sido atribuido como consecuencia de las relaciones comerciales trabadas con un tercero. Para enjuiciar ese daño, el juez no puede ser ajeno a las particulares circunstancias del caso, que están determinadas por las prácticas comunes en el mundo de los negocios, esto es, en las relaciones comerciales en las que el daño se ha producido o ha tenido incidencia. En suma, el juicio sobre el daño no se debe hacer en abstracto (in vitro) y a partir de principios predeterminados idénticos para todos los casos sino tomando en cuenta las dificultades probatorias que resulten de las concretas circunstancias del caso.

12 [11]. Esas circunstancias del caso determinan que [aunque no se acredita] de forma directa la existencia de daños, sí que lo hacen de forma indirecta, como es posible exigir en el supuesto enjuiciado.

13 [12]. Por otra parte, es cierto que los documentos que acreditan esas reclamaciones y la transacción no son más que documentos privados. No obstante, no por ello son documentos carentes de valor probatorio. Nada nos hace dudar de que sean empresas distintas, que defienden intereses propios y contrapuestos, de manera que no creemos que los correos cruzados entre sus ejecutivos no se correspondan con la realidad, esto es, no recreen un verdadero conflicto surgido entre ambas como consecuencia, entre otras cosas, del retraso en la entrega de un pedido que la segunda hizo a la primera. En nuestra

opinión, se trata de documentos creíbles, que documentan un conflicto real y que finalizó por medio de un pacto, como también suele ser usual en estos casos, particularmente cuando se trata de relaciones comerciales que están llamadas a tener cierta continuidad temporal.

A [De un parte, XXX dio traslado a la recurrente de la reclamación de su] cliente y le dio la opción de participar en el proceso de determinación del daño; y (ii) de otra, no se limitó a aceptar la reclamación de su cliente sino que negoció con él una solución transaccional, en la que consiguió que se aviniera a limitar sus iniciales reclamaciones. Suponemos que para llegar a ese acuerdo valoró diversas circunstancias, y entre ellas, como no podía ser de otra forma, la realidad del daño que se le reclamaba, y no solo el interés comercial en mantener las relaciones con el cliente o conseguir el cobro de lo que le adeudaba. Y no podemos dar por supuesto que al llevar a cabo esa valoración diera por descontada la posibilidad de obtener el resarcimiento de parte de la naviera porque esa posibilidad no creemos que se la pudiera representar más que como una mera expectativa incierta.

TERCERO.

15 [13]. Es cierto que todas las anteriores consideraciones, si bien creemos que justifican adecuadamente la existencia del daño, es más dudoso que también prueben cumplidamente su cuantía, que es otro extremo importante a tomar en consideración y el que probablemente haya sido más determinante para explicar el signo desestimatorio del pronunciamiento de la resolución de primera instancia. En los siguientes apartados nos extenderemos sobre esa cuestión.

16 [14]. Como punto de partida debemos decir, que no podemos compartir la apreciación que hace la resolución recurrida respecto de la posibilidad de incurrir en incongruencia si hubiera acudido a un criterio de equidad para valorar el daño, esto es, para cuantificarlo. No creemos que hubiera existido incongruencia alguna en el caso de que hubiera acudido a un criterio moderador, como parece haberse planteado el juzgado mercantil, salvo en el caso de que lo concedido hubiera sobrepasado lo efectivamente reclamado, situación que no era la que se planteaba el Sr. juez a quo. Lo que no podía hacer era precisamente no conceder indemnización alguna cuando había estimado acreditada la existencia de daño. Los problemas de cuantificación no pueden impedir el resarcimiento y entre los instrumentos que tiene el juez para evitar que esa situación se produzca [entre los que] se encuentra el juicio de equidad, a pesar de los problemas de encaje legal que

existen en nuestro ordenamiento civil, a diferencia de otros que lo explicitan.

17 [15]. En cualquier caso, no creemos que sea preciso siquiera tener que acudir al juicio de equidad para justificar la cuantificación del daño porque estimamos que su cuantía debe identificarse con la cantidad que la actora ha debido abonar a su cliente. Creemos que si bien inicialmente esa cantidad solo podía ser indicativa de la cuantía del daño, esto es, un mero indicio, pasa a ser prueba suficiente cuando la demandada no ha acreditado, siquiera sea también de forma indiciaria, que sea un parámetro inadecuado».

SENTENCIA DE LA SECCIÓN 1ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE OVIEDO [Recurso 231/2013] DE 9 DE JULIO DE 2014 [Ponente: Javier Antón Guijarro]

Sociedades de capital.- Responsabilidad de los administradores: diferencias entre la acción social y la acción individual de responsabilidad.- Competencia desleal: los "actos de expolio" o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno comprenden los actos tendentes a la captación de clientela ajena en aquellos casos en que la captación se realiza valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, contactos y conocimientos que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios.

«Llegados a este punto encontramos que la acción ejercitada en el escrito de demanda con carácter principal viene a ser la llamada acción individual o acción por daño prevista en los arts. 236 y 241 L.S.C. y en este sentido la parte actora de Doña Palmira, actuando en representación de sus hijos Don José Enrique y Doña Rosana, reclama para sí en concepto de indemnización la suma de 1.121.942,73 euros. Cabe aquí recordar que las acciones de responsabilidad por daño en el ámbito societario exigen la presencia de una relación causal directa e inmediata entre la conducta antijurídica que pueda serle imputable al administrador demandado al haber infringido el canon de diligencia que le resulta exigible conforme lo dispuesto en el art. 236 L.S.C. -actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo- y el daño que tal conducta genere en el perjudicado. La presencia de este requisito concretado en una relación causal directa e inmediata y exigido por el tenor

del precepto -"actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos" reza el art. 241 L.S.C.- ha sido también recordado por nuestro Alto Tribunal al insistir en que para exigir responsabilidad a los administradores se requiere "inexcusablemente, que, entre los actos de los administradores y el daño sufrido por los socios o terceros, exista una clara y directa relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, que los actos que se dicen realizados por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de socios o de terceros" (STS 10 diciembre 1996), criterio que ha sido recordado en SSTs 8 febrero 2008 y 23 diciembre 2001. A partir de aquí es preciso recordar que la diferencia de la acción individual ex art. 241 L.S.C. respecto de la acción social ex art. 238 L.S.C. radica en que mientras en la primera es preciso que el daño lo haya sufrido directamente el socio demandante o el tercero, en la acción social, por el contrario, lo que se persigue es reparar los daños directos causados al patrimonio de la sociedad, por más que de forma refleja o indirecta dicha lesión haya podido afectar a los socios o acreedores, y así la STS 29 marzo 2004 señala que "lo que caracteriza a la acción social, es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos, según el art. 135 L.S.A.; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social, procederá cuando una conducta transgresora del Consejero, por alguna de esas causas, daña a los intereses sociales". En igual sentido la STS de 27 de noviembre de 2008 (con cita de las SSTs de 4 de noviembre de 1991 y 14 de marzo de 2007) señala que: "Mientras el objeto de la acción social es reestablecer el patrimonio de la sociedad, mediante la acción individual se trata de reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros".

Pues bien, bajo tales premisas parece claro que no tiene cabida en el ámbito de la acción individual ex art. 241 L.S.C. la pretensión deducida por la parte actora cuando lo que reclama es la existencia de un daño que aparece realmente causado en el patrimonio de OPYMA por el comportamiento culposo o doloso imputado al administrador demandado y que se concreta en haberse desprendido de la participación que tenía del 60% en SITENOR por un precio de 7.200 euros, habiendo cuantificado el importe de dicho daño en la suma de 3.205.550,66 euros que subsidiariamente se reclaman (informe pericial aportado como doc. nº 13 demanda). No podemos aceptar el argumento contenido en el escrito de demanda acerca de que los verdaderos perjudicados son los actores, y que resultaría paradójico que los causantes del daño fueran tenidos al mismo tiempo como perjudicados

por su propia actuación. Es claro que conforme al planteamiento de la pretensión contenida en la demanda el daño que se reclama ha sido causado directamente en el patrimonio social -con independencia de que sus titulares lo sean tanto los actores como los demandados- y solo indirectamente en el patrimonio de los socios demandantes, por lo que la única vía judicial procedente para su reparación es el ejercicio de la acción social del art. 238 L.S.C., tal y como aparece solicitada con carácter subsidiario en el escrito de demanda, teniendo presente que el requisito exigido legalmente de la existencia de un previo acuerdo de la junta general aparece cumplimentado al haberse celebrado Junta de OPYMA con fecha 5 junio 2012 que rechazó la exigencia de la responsabilidad que nos ocupa, quedando consecuentemente legitimados activamente para su ejercicio los socios minoristas conforme dispone el art. 239-2 L.S.C.

La L.S.C. contempla como uno de los deberes principales del administrador social, junto con el deber de diligente administración, el deber de lealtad al señalar su art. 226 que "Los administradores desempeñaran su cargo como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, y cumplirán los deberes impuestos por las leyes y los estatutos". Este deber obliga al administrador a anteponer los intereses de la sociedad a la que representa frente a los intereses propios, de manera tal que cualquier conflicto que pueda surgir al respecto se habrá de resolver a favor de los primeros. Pero puede ocurrir en ocasiones que ese conflicto surja, como aquí acontece, entre los intereses de la sociedad y los de un tercero con quien existía un compromiso previamente asumido por aquélla, siendo así que en tales casos el administrador, como entiende la doctrina mercantilista, habrá de resolver tales conflictos situándose en la posición que tendría la sociedad y asumiendo como propios los deberes contraídos por aquélla frente a los terceros, lo que le obliga a orillar el interés de los socios. En el caso presente no cabe esgrimir la vulneración del deber de lealtad por el hecho de que el administrador Don Ángel Daniel se haya desprendido de un activo de la sociedad OPYMA a favor de su hermano Juan Luis por un precio muy inferior al real, si ello obedeció, como así aparece demostrado, al cumplimiento de un previo acuerdo contraído por OPYMA con este último conforme los términos que arriba han quedado descritos, consideraciones todas ellas que conducen a compartir el criterio del Juez de lo Mercantil y con ello a rechazar el recurso en el extremo examinado.

CUARTO

Por lo que se refiere al ejercicio de las acciones de competencia desleal, la Sentencia recurrida entiende acreditado que la sociedad "Exclusivas de Maquinaria y Equipos, S.L.U." -EME-, de la que es socio y administrador Don Juan Luis, viene ocupando las instalaciones de OPYMA y sirviéndose de los elementos que son propios de esta última (tales como personal de asistencia, número de teléfono, etc.) para dedicarse a la misma actividad que constituye el objeto social de OPYMA, esto es la venta de maquinaria, todo lo cual supone un desvío de actividad de OPYMA hacia EME con el consiguiente perjuicio directo para la primera. Tales conductas constituyen el ilícito concurrencial previsto en los arts. 4 y 6 L.C.D., siendo sus autores Don Ángel Daniel, Don Juan Luis y la mercantil EME a quienes se condena de forma conjunta y solidaria a estar y pasar por la declaración de deslealtad de los actos concurrenciales llevados a cabo, a cesar en la actividad de venta de maquinaria mientras que OPYMA siga desarrollándola, así como a la publicación del fallo de la Sentencia en el BOPA y en el periódico de mayor tirada de la Provincia.

Frente al anterior pronunciamiento Don Ángel Daniel formula impugnación al entender que el plazo prescriptivo de un año previsto en el art. 35 L.C.D. debe entenderse ya transcurrido en el momento de presentación de la demanda, el 13 junio 2012, si lo contamos desde el momento en que se remitió el burofax de 4 julio 2011 (doc. nº 24 demanda), excepción que sin embargo deberá decaer si tenemos presente que en esta última comunicación la parte actora se limitaba, entre otros extremos, a solicitar explicaciones a Don Ángel Daniel acerca de la circunstancia por la cual su hermano Don Juan Luis aparecía como administrador de diversas sociedades con un objeto social similar al de OPYMA, sin que por otra parte exista constancia cierta de que los actores hubieran tenido conocimiento cabal de la actuación concurrencial que aquí se denuncia con anterioridad al informe pericial encomendado al Sr. Vicente y confeccionado el 18 noviembre 2011. En cualquier caso cabe recordar que nos encontramos ante la denuncia de unos actos de competencia desleal de duración continuada, habiendo declarado la STS de 21 enero 2010 (después recordada en STS 16 julio 2012) como doctrina jurisprudencial expresa que en tales casos "la prescripción extintiva de las acciones prevista en el art. 21 L.C.D. no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita".

Por lo que se refiere a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de competencia desleal, que la parte impugnante de Don Juan Luis y la mercantil EME vienen a negar en su escrito de impugnación que concurra en los demandantes, el art. 33-1 L.C.D. la regula efectivamente en términos muy amplios al disponer que "Cualquier persona

física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª". Es cierto que una legitimación activa reconocida en términos tan amplios no equivale ni mucho menos al reconocimiento de una suerte de acción pública en esta materia, pues el dato exigible viene a ser que se trate de personas que resulten inmediata y directamente afectadas, es decir, de modo concreto y particular en cuanto que, a salvo los consumidores, se trate de un operador económico profesional. En el caso presente nos encontramos que los demandantes son los socios que titulan el 50% del capital de la sociedad perjudicada por los actos concurrenciales, OPYMA, apareciendo como personas responsables de dicho ilícito precisamente sus administradores sociales tanto de derecho, Don Ángel Daniel, como de hecho, Don Juan Luis, junto con la sociedad competidora EME, circunstancias todas ellas que conducen a admitir la legitimación que nos ocupa precisamente por las dificultades que se presentarían en el caso de exigir la presencia en el lado de la activo de aquella mercantil.

Y en cuanto al fondo de dicha actuación, extremo también cuestionado en el escrito de impugnación, cabe recordar que, como señala la STS 24 noviembre 2006, la cláusula general en materia de competencia desleal contenida en el art. 4 L.C.D. establece un límite jurídico al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica en el mercado, pues se trata de conseguir que los agentes económicos compitan por méritos o por eficiencia y no "mediante la realización de comportamientos que supriman, restrinjan o falseen la estructura competitiva del mercado, o la libre formación y desarrollo de las relaciones económicas del mercado". De esta manera aparecen los llamados "actos de expolio" o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, dentro de los cuales pueden encuadrarse los actos tendentes a la captación de clientela ajena en aquellos casos -fuera de las conductas lícitamente admitidas por el art. 14 L.C.D.- en que la captación se realiza, en palabras de la S.A.P. Barcelona, Secc. 15ª de 11-12-2013, "valiéndose de la infraestructura humana y material de la empresa para la que el sujeto agente presta sus servicios laborales, logrando la atracción (desvío) de la clientela hacia otra empresa competidora con abuso de confianza y aprovechamiento de la infraestructura material, contactos y conocimientos que le proporciona la empresa en la que todavía presta sus servicios".

Así encontramos en el caso presente primeramente el informe pericial arriba referido en el que se describe la conducta llevada a cabo por EME ofertando en el mercado la

venta de una máquina de OPYMA, a lo que cabe añadir como prueba muy cualificada la declaración testifical prestada por la Sra. J. -antigua encargada de labores comerciales y administrativas para OPYMA- quien afirma que la maquinaria y material de OPYMA (empresa dedicada primeramente al alquiler y después a la venta) pasaban a los activos de EME (empresa dedicada tanto a venta como a alquiler) por la sola orden en tal sentido de Don Juan Luis quien también daba instrucciones acerca del precio para contabilizar la operación, siendo una práctica habitual que la maquinaria propiedad de OPYMA fueran alquiladas por EME, desviando de esta manera la actividad de la primera a la segunda sociedad. La conducta así descrita sirve para colmar perfectamente el ilícito concurrencial arriba descrito, procediendo en consecuencia el rechazo de la impugnación y la confirmación de la Sentencia apelada también en lo atinente a los extremos examinados».

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE GRANADA [Autos 548/2013] DE 28 DE MAYO DE 2014 [Magistrado: Enrique Sanjuán y Muñoz]

Sociedades de capital: responsabilidad de administradores.- A efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad individual y de responsabilidad por no disolución no puede considerarse cese válido el hecho de dejar no operativa la sociedad.

«Planteada la demanda desde lo señalado y partiendo del reconocimiento del resto de los hechos de conformidad a los artículos 400 y 405 de la LEC, el análisis debe partir inicialmente de la prescripción que, sin embargo hemos de depurar.

Por un lado nos encontramos con la posible prescripción de la deuda y por otro con la prescripción de la acción de reclamación contra los administradores. La demandada entiende que el plazo de cuatro años fijado por el Tribunal Supremo, al amparo de lo previsto en el artículo 949 de la LEC [del CCom] impediría la reclamación de la deuda tanto a la sociedad como a los administradores de la sociedad. Y a tal efecto señala que el dies a quo lo sería en cuanto al momento en que se produce el cierre registral partiendo de que este se produce en fecha de 17 de junio de 2009 y que la demanda se presenta en fecha de 3 de julio de 2012.

La deuda ahora reclamada parte inicialmente de una demanda, no negada, presentada por ante los Tribunales de Motril en fecha de 4 de febrero de 2013 que fue inadmitida

en fecha de 20 de mayo de 2013. La referida resolución, aportada a autos, sin embargo acuerda la falta de competencia por la acumulación en su conjunto y no respecto de la acción contra los administradores.

La deuda que se reclama parte de diferentes pagarés devueltos que tenían fechas de vencimiento en marzo y mayo de 2007.

Las copias de las facturas aportadas, de difícil lectura, son de octubre de 2004 y junio de 2005.

SEGUNDO

La deuda está sujeta a la prescripción general de las obligaciones personales (1.964 Código Civil). En el momento de reclamación la deuda no estaba prescrita.

Desde ahí debemos señalar que el dies a quo para reclamar a los administradores su posible responsabilidad derivada de la Ley de Sociedades de Capital (que en el presente supuesto es individual y por no disolución, referida esta última a los apartados c), d) y e) del artículo 363 LSC), parte de considerar, en tanto a la responsabilidad por deudas, la aplicación con carácter retroactivo de las sucesivas modificaciones que afectan a los preceptos cuya aplicación se postula en sentido más favorable para quienes habrían de ser sancionados con esta especial forma de responsabilidad. Se trata de las modificaciones introducidas por la Ley 23/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), y por la Ley sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, Ley 19/2005, de 14 de noviembre (LSE publicada en el BOE de 15 de noviembre, que ha entrado en vigor el siguiente día (DF 5ª). La STS de 9 de enero de 2006 (37/2006) resuelve la cuestión señalando que la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que entró en vigor el día 16 siguiente, limita la responsabilidad de los administradores, tanto en el caso de las sociedades anónimas (DF 1ª) cuanto en las limitadas (DF2ª) a las "obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución". Se trataría de aplicar retroactivamente la "ley penal más favorable" como se establece en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que el artículo 10.2 de la Constitución trae a causa para la interpretación de las normas, en un supuesto en que no hay una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en punto a la existencia de un imperativo constitucional para dotar de eficacia retroactiva a la ley penal más favorable, en tanto que ha dicho que del principio de legalidad penal del artículo 25 CE no deriva un derecho fundamental a la retroactividad de la ley penal favorable (SSTC 99/2000 (RTC

2000, 99) y 75/2002), pero se reconoce, como en la doctrina se ha señalado, un cierto reconocimiento indirecto sobre la base del artículo 9.3 CE (SSTC 8/1981 (RTC 1981, 8) y 131/1986).

La STS de 10 de noviembre de 2010 (6380/2010) aclara en este sentido: Esta Sala en ocasiones se ha referido a la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas como "sanción", llegándose a plantear en la sentencia de 9 de enero de 2006 la posibilidad de aplicar retroactivamente la "Ley penal más favorable", no obstante, como tenemos declarado, entre otras, en la sentencia 458/2010, de 30 de junio (RJ 2010, 5694), con cita de las sentencias 205/2008, de 1 diciembre, 500/2007, de 14 mayo, 953/2007, de 26 de septiembre (RJ 2007, 5446) y 228/2008, de 25 marzo:

1) Las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, determinantes de que con frecuencia se halla calificado de "responsabilidad abstracta" o de "responsabilidad formal", no alteran su naturaleza para transformarla en "sanción".

2) En el ámbito civil, el artículo 2.3 del Código Civil establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, sin que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ni la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en España, contengan alusión alguna a una eventual retroactividad de la norma.

Por lo tanto y a partir de ello la responsabilidad por no disolución se plantea a partir de la obligación en que la misma surge y en relación a ello se extenderá o no en función del precepto vigente, no retroactivamente aplicable, en cada momento.

La STS de 19 de noviembre de 2013 (STS 5637/2013) realiza un perfecto y completo análisis del *dies a quo* y jurisprudencia consolidada que merece la pena reproducir: "En la actualidad, es jurisprudencia unánime y pacífica la que aplica el régimen de prescripción previsto en el art. 949 del Código de Comercio a todas las acciones de responsabilidad de los administradores basadas "en su actividad orgánica". Dicho artículo 949 del Código de Comercio comporta una especialidad respecto al "dies a quo" [día inicial] del cómputo del referido plazo de cuatro años, que queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien se retrasa la determinación del "dies a quo" a la constancia del cese en el Registro Mercantil cuando se trata de terceros de buena fe (artículos 21.1 y 22 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro

Mercantil), con fundamento en que solo a partir de la inscripción registral puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese, dado que el legitimado para ejercitar la acción no puede a partir de ese momento negar su desconocimiento. Este criterio extensivo no resulta aplicable cuando se acredita la mala fe del tercero o que el afectado tuvo conocimiento anterior del cese efectivo.

En este sentido se pronuncian, a partir de la sentencia núm. 749/2001, de 20 de julio (RJ 2001, 6863), recurso núm. 1495/1996, las sentencias de esta Sala núm. 158/2004, de 1 marzo, recurso núm. 1160/1998, núm. 437/2004, de 26 de mayo (RJ 2004, 3976), recurso núm. 1899/1998; núm. 937/2004, de 5 de octubre (RJ 2004, 6225), recurso núm. 2607/1998; núm. 465/2005, de 15 de junio, recurso núm. 4802/1998; núm. 187/2006, de 6 de marzo, recurso núm. 2705/1999; núm. 152/2007, de 21 de febrero (RJ 2007, 686), recurso núm. 923/2000; núm. 304/2008, de 30 de abril (RJ 2008, 3531), recurso núm. 3355/2000; núm. 669/2008, de 3 de julio (RJ 2008, 4366), recurso núm. 4186/2001; núm. 710/2008, de 10 de julio (RJ 2008, 3356), recurso núm. 4059/2001; núm. 124/2010, de 12 de marzo (RJ 2010, 2345), recurso núm. 1435/2005; núm. 206/2010, de 15 de abril (RJ 2010, 4047), recurso núm. 470/2006; núm. 700/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8045), recurso núm. 1927/2006; núm. 759/2010, de 30 de noviembre (RJ 2011, 1159), recurso núm. 855/2007; núm. 770/2010, de 23 de noviembre (RJ 2011, 575), recurso núm. 1151/2007; núm. 96/2011, de 15 de febrero (RJ 2011, 448), recurso núm. 1963/2007; núm. 184/2011, de 21 de marzo (RJ 2011, 2888), recurso núm. 1456/2007; núm. 242/2011, de 4 de abril (RJ 2011, 3438), recurso núm. 1820/2006; núm. 407/2011, de 23 de junio (RJ 2011, 4776), recurso núm. 686/2008; núm. 754/2011, de 2 de noviembre (RJ 2012, 1241), recurso núm. 1228/2008; núm. 826/2011 de 23 noviembre (RJ 2012, 567), recurso núm. 1753/2007; núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010, entre otras.

De acuerdo con el art. 949 del Código de Comercio la acción prescribe a los cuatro años desde que el administrador hubiere cesado en la administración. El cese del administrador puede acaecer por cualquier motivo válido o causa apta para producirlo, entre los que se encuentra el cese por caducidad del nombramiento como consecuencia del agotamiento del plazo por el que fue designado.

La relevancia a estos efectos de la constancia registral del cese del administrador ha sido precisada por esta Sala en ocasiones anteriores. En concreto las sentencias núm. 700/2010, de 11 de noviembre (RJ 2010, 8045), recurso núm. 1927/2006, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010, distinguen entre los efectos materiales o

sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil y los efectos formales que afectan al cómputo del plazo de prescripción. En el plano material, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo. A meros efectos formales, y en orden a dilucidar si la acción ejercitada está o no prescrita, el criterio seguido por esta Sala es que si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento.

Esta distinción nos llevó a concluir en tales sentencias que «el dies a quo [día inicial] del plazo de prescripción queda fijado en el momento del cese en el ejercicio de la administración por cualquier motivo válido para producirlo, si bien no se ha de computar frente a terceros de buena fe hasta que no conste inscrito en el Registro Mercantil». De tal forma que, «si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento» (sentencias núm. 184/2011, de 21 de marzo (RJ 2011, 2888), recurso núm. 1456/2007, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010).

Asimismo, la última de las sentencias citadas, siguiendo la línea marcada por otras anteriores, declara que la fecha para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de cuatro años no es aquella en que se produjo la caducidad del nombramiento de los administradores demandados, sino la de la nota marginal que dio publicidad al cese de los administradores si no constaba que los actores hubieran conocido o podido conocer este cese con anterioridad."

La alegación de cierre registral es inocuo, por tanto, a la exigencia de responsabilidad orgánica que se demanda

puesto que los criterios de cómputo lo son, evidentemente, respecto del cese entendido tal y como ha señalado el Tribunal Supremo sin que pueda considerarse cese válido el mismo hecho de dejar no operativa la sociedad, tal y como señala la parte demandada que en nada tiene que ver con la posibilidad de su reactivación, su funcionamiento o la necesidad de cumplimiento de las obligaciones societarias.

Permaneciendo por tanto en su cargo todavía -como cuestión no negada- la acción no estaría prescrita.

TERCERO

De las acciones ejercitadas es fácil entender que dejar la sociedad inactiva y no operativa sin el cumplimiento de los requisitos societarios legales obligatorios a efectos de disolución y liquidación supone, en los términos solicitados por la demandada, en sí misma una causa de responsabilidad individual al amparo de lo dispuesto en los artículos 225 y ss. de la LSC como supuesto de diligencia y conforme al artículo 241 de la LSC.

De por sí el perjuicio causado se identifica precisamente en lo reclamado y la relación de causalidad en ese mismo incumplimiento que motiva directamente el daño hoy reclamado.

No obstante lo anterior y aún a pesar de no ser necesario todavía nos encontraríamos con:

La demandada alega que la sociedad se encuentra sin actividad desde finales de 2006 en donde desapareció de facto y que no presentó las cuentas anuales desde el ejercicio 2005, habiendo presentado las cuentas del ejercicio 2004, aprobadas en 2005 y no las de 2005. Pero corresponde a la demandada acreditar la situación de no existencia de la causa de disolución habiendo aportado exclusivamente una nota registral de depósito y no las mismas cuentas.

No depositadas las cuentas de 2005 y habiéndose reconocido los pagos con pagarés de fechas posteriores a esto es evidente que no podemos entender que la causa de disolución sea posterior sino que el propio demandado comprometió compromisos de pago tras dicha causa al no haber probado lo contrario.

La paralización de órganos sociales está huérfana de prueba pero la misma se desplaza igualmente a la demandada quien con su reconocimiento de inactividad y de no haber realizado las actuaciones necesarias para disolución y liquidación conlleva un reconocimiento de paralización. ¿Cuál puede ser entonces la causa por la que ello no se realiza por la junta de socios? En tal caso esa paralización

parte igualmente de considerar que se produce en el mismo año 2005 por cuanto no constan (y ha sido reconocido) formuladas las cuentas, sujetas a la junta, aprobadas o depositadas. Y no lo es en el ejercicio siguiente sino en el anterior precisamente porque corresponde a la demandada probar que esa paralización se produce con posterioridad. En tal caso nuevamente los pagarés se muestran contrarios a la tesis de la demandada.

Respecto de la falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos, nos lleva a considerar que existe un desplazamiento, prima facie, de la causa de disolución al momento de cumplimiento del tercer año, cuando ello se cumple. No obstante una vez cumplido la causa produce un efecto regresivo al momento en que se inicia el cómputo y es en por tanto, en el presente supuesto, coincidente con el ejercicio 2005 al no haber acreditado actividad en función de esa falta de depósito de las cuentas.

Todo lo anterior nos lleva a estimar la demanda tanto en cuanto a la reclamación de cantidad como en cuanto al ejercicio de la responsabilidad individual y social y por ello aplicar solidariamente lo previsto en el marco del artículo 367 de la LSC a lo ahora reclamado.

CUARTO

Sobre la reclamación de intereses se opone la demandada a la aplicación de la Ley 3/2004 por haberse instrumentado su pago con pagarés. Conforme al artículo 3.2 [quedan fuera del ámbito de aplicación] de la citada norma a) Los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores. b) Los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio y los pagos de indemnizaciones por daños, incluidos los pagos por entidades aseguradoras. c) Las deudas sometidas a procedimientos concursales incoados contra el deudor, que se regirán por lo establecido en su legislación especial. El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor.

La interpretación que venimos dando al citado precepto no es en relación a los intereses en sí mismos considerados sino a los intereses derivados de dichos instrumentos cambiarios, partiendo de que se regirán por su normativa propia y por lo tanto por la Ley Cambiaria y del Cheque que establece el legal del dinero incrementado en dos puntos (art. 58 LCCh). Siendo de aplicación también los artículos 1.100 y 1.108 del Cc y 63 Cco».