

Jurisprudencia

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 370/2015] DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Propiedad industrial: riesgo de confusión producido por marcas en cuya construcción se incluye o adiciona una marca anterior notoria. Para evaluar la semejanza entre dos marcas ha de hacerse la comparación en un triple plano, gráfico, fonético y conceptual, si bien, los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo: así, si se trata de marcas compuestas o mixtas, el carácter distintivo reside en la particular disposición de los elementos verbales y gráficos, que forman un conjunto, y no en sus componentes individuales, dado que el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.- Constatada la ausencia de semejanza entre las marcas y, por tanto, del riesgo de confusión, no cabe apreciar unos efectos anticoncurrenciales distintos de los considerados para descartar la infracción marcaria.- La notoriedad de una marca no depende de la estructura del signo, sino de otros factores: la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla.

«1.- Productos Mata S.A. es titular de las siguientes marcas:

1.1.- Marca nacional mixta número 66.958 "HOJALDRINA", para distinguir productos de la clase 30, solicitada el día 4 de marzo de 1927 y concedida el día 17 de marzo de 1928, con la siguiente representación: [...]

1.2.- Marca nacional denominativa número 30.478, "OJADRINES", para distinguir productos de las clases 29 y 30, solicitada el día 13 de marzo de 1956.

1.3.- Marca nacional mixta número 1.939.416, "HOJALDRINA PRODUCTOS MATA ALCAUDETE (JAÉN)" para distinguir productos de la clase 30, solicitada el día 30 de diciembre de 1994 y concedida el día 4 de agosto de 1995, con la siguiente representación: [...]

1.4.- Marca nacional mixta número 2.945.615, "MATA HOJALDRINAS FABRICACIÓN EXCLUSIVA DESDE 1927 PRODUCTOS MATA, S.A.", solicitada el día 9 de septiembre de 2010 y concedida el día 12 de enero de 2011, con la siguiente representación: [...]

1.5.- Marca comunitaria número 000007021, "PRODUCTOS MATA, HOJALDRINA", para distinguir productos de la clase 30, solicitada el día 1 de abril de 1996, con reconocimiento de antigüedad de la marca española número 1.939.416, cuya representación es la siguiente: [...]

2.- A su vez, Productos Mata pretende ser titular de las marcas no registradas notoriamente conocidas en España, en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París, con los distintivos "HOJALDRINA" y "HOJALDRINAS".

3.- Museo del Turrón S.L. es titular de la marca nacional mixta número 3.018.868, "1880 HOJALDRINES", para distinguir productos de la clase 30, solicitada el día 22 de febrero de 2012 y concedida el día 13 de julio de 2012 limitando la lista de productos a "hojaldres", con la siguiente representación: [...]

3.1. - La empresa Almendra y Miel S.A. se dedica a la producción, comercialización y distribución de los productos identificados con la marca anterior.

4.- Productos Mata S.A. formuló una demanda contra Museo del Turrón S.L. y Almendras y Miel S.A., en la que ejercitaba las siguientes acciones:

a) Acción declarativa de la infracción de los derechos exclusivos y prioritarios de las marcas de la actora, respecto de la que interesaba la condena solidaria de las demandadas a la cesación, la remoción, la indemnización de daños y perjuicios y a la publicación de la sentencia;

b) Acción de nulidad absoluta por mediar mala fe en el momento de la solicitud de la marca nacional número 3.018.868 y, subsidiariamente, su nulidad relativa, al concurrir riesgo de confusión; solicitó la cancelación del registro y su publicación en el BOPI, debiendo abstenerse la demandada en lo sucesivo de usar la precitada marca;

c) Acción declarativa de actos de competencia desleal tipificados en los artículos 6 (actos de confusión), 10 (actos de comparación), 11 (actos de imitación) y 12 (actos de explotación de la reputación ajena) y, subsidiariamente, en el artículo 4 (actos contrarios a la buena fe) de la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD) y, consiguientemente, la condena solidaria de las demandadas a la cesación, la remoción, la indemnización de daños y perjuicios y a la publicación de la sentencia.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por los siguientes y resumidos motivos: (i) El signo distintivo Hojaldrina carece de notoriedad; (ii) No hubo mala fe en el

momento de la solicitud de la marca de la demandada; (iii) No existe riesgo de confusión; (iv) No existe riesgo de dilución; (v) En consecuencia, no ha habido infracción de las marcas de la demandante; y (vi) Tampoco ha habido actos de competencia desleal.

6.- Recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, por las siguientes y resumidas consideraciones: (i) Las marcas denominativas Hojaldrina y Hojaldrinas no son notorias; (ii) No hubo mala fe en la solicitud de registro de la marca de la demandada, porque la prueba practicada no permite afirmar que pretendiera aprovecharse del prestigio de las marcas de la demandante; (iii) No hay riesgo de confusión, ante la sustancial disparidad de las marcas confrontadas; (iv) Tampoco hay riesgo de dilución, porque no concurre el requisito de la notoriedad en España de las marcas de la actora; (v) El elemento "1880" resulta dominante en la marca compuesta, que el consumidor percibe como un todo; (vi) Las mismas razones para desestimar el riesgo de confusión desde el plano marcario determinan su desestimación desde el punto de vista de la competencia desleal; (vii) Los envases externos de los productos amparados por unas y otra marcas no inducen a confusión, al ser sustancialmente diferentes, sin que la coincidencia de algún elemento aislado altere dicha conclusión; (viii) La demandante no puede arrogarse la exclusiva de la elaboración de un determinado dulce navideño, que incluso es fabricado desde hace muchos años por otras empresas de la localidad de Alcaudete; (ix) No hay actos de explotación de la reputación ajena, por cuanto el término Hojaldrina carece de notoriedad; (x) La introducción en el mercado de su producto por la demandada es una estrategia de diversificación de la oferta que no puede considerarse ilícita.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba testifical. Planteamiento:

1.- En el primer motivo de infracción procesal, deducido al amparo del art. 469.1-4º LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE, por la interpretación irracional e ilógica de la prueba testifical del director de marketing de la demandada.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que los razonamientos de la sentencia sobre la valoración de dicha prueba son ilógicos porque: (i) a falta de prueba sobre la calidad de los hojaldrines fabricados por las partes, carece de sentido hablar de la alta calidad del producto de la demandada, ni sobre su supuesta mayor calidad respecto de los de la actora; (ii) no hay prueba sobre el precio; (iii) no cabe considerar que un precio más alto demuestre una mayor calidad; (iv) el añadido del distintivo 1880 no implica mayor calidad; (v) si lo que se pretendía era introducir en el mercado unos hojaldrines de alta calidad, hubiera bastado ampararlos con la marca 1880.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1-4º LEC debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias núm. 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2.- Tales circunstancias no concurren en este caso. No se trata de que la sentencia recurrida incurra en errores objetivos y patentes en la valoración de la declaración del testigo, sino de que la parte recurrente no comparte la valoración jurídica que extrae el tribunal de apelación sobre la calidad de los productos amparados por las marcas confrontadas y la influencia que ello tiene a efectos de su calificación como marcas notorias y su nivel de protección. Es decir, no debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, con la revisión de la

valoración jurídica mediante la cual el tribunal califica la relación jurídica controvertida. La valoración jurídica solamente es impugnabile en el recurso de casación, si con ella se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial (sentencias 77/2014, de 3 de marzo; y 533/2014, de 14 de octubre). Además, las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar un motivo de impugnación por ser de libre valoración, salvo supuestos de error fáctico patente (STS 746/2009, de 13 de noviembre) que, como hemos visto, no se dan en este caso.

3.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Incongruencia omisiva. Planteamiento:

1.- En el segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1-2º y 4º LEC, se denuncia la infracción del art. 218 LEC, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva respecto a la invocación de notoriedad de todas las marcas de la demandante.

2.- Al desarrollar el motivo, se aduce, sintéticamente, que en el recurso de apelación se alegó que la sentencia de primera instancia había dejado imprejuizada la alegación de que todas las marcas de la demandante eran notorias. Sin embargo, la sentencia de apelación solo se pronuncia sobre la notoriedad de la marca no registrada Hojaldrina, a efectos de su protección conforme a los arts. 6 bis CUP y 8 LM, pero no hace pronunciamiento alguno respecto de las demás.

Decisión de la Sala:

1.- Según el artículo 469.2 LEC, solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, tal infracción o la vulneración del artículo 24 CE, se hayan denunciado en la instancia (SSTS 634/2010, de 14 de octubre; 538/2014, de 30 de septiembre; 241/2015, de 6 de mayo; y 405/2015, de 2 de julio). Es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así pierden la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto la estimación de ésta exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación (STC 57/1984, de 8 de mayo), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 1/1983, de 13 de enero; 22/1987, de 20 de febrero; 36/1987, de 25 de marzo; 72/1988, de 20 de abril; y 205/1988, de 7 de noviembre), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre). No puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia (SSTC 112/1993, de 29 de marzo; 364/1993, de 13 de diciembre; 158/1994, de 23 de mayo; 262/1994, de 3 de octubre; y 18/1996, de 12 de febrero).

2.- En consecuencia, si la recurrente consideraba que la Audiencia Provincial no había dado respuesta a todas las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, debería haber solicitado el complemento de sentencia a que se refiere el art. 215 LEC. Pero no puede dejar de cumplimentar dicho trámite y posteriormente denunciar una omisión que podría haberse subsanado (por todas, sentencia 450/2016, de 1 de julio, y las que en ella se citan).

3.- Pero es que, además, la simple lectura del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida pone de manifiesto que no hay omisión alguna. En efecto, en dicho fundamento se recoge que la parte recurrente –la misma que en este trámite- denunció incongruencia omisiva en la sentencia de primera instancia porque solo había analizado la notoriedad del distintivo «Hojaldrina» y no en todas las marcas. Y rechazó expresamente dicha alegación, con el argumento de que en la demanda no se había hecho ninguna referencia a la notoriedad del resto de marcas, ni consta prueba especialmente dirigida a acreditar su uso y conocimiento por el público pertinente. Para, a continuación, analizar en extenso si el distintivo «Hojaldrina» tiene carácter notorio o no.

4.- En su virtud, este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal. Interpretación ilógica e irrazonable de la notoriedad de las marcas de la demandante. Planteamiento:

1.- El tercer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1-4º LEC y denuncia la vulneración del art. 24 CE, por cuanto la interpretación sobre la notoriedad de las marcas de la demandante es ilógica e irrazonable.

2.- En el desarrollo del motivo, se argumenta, resumidamente, que el conjunto de la prueba practicada debería haber conducido a la apreciación de que una marca puede ser notoria aunque su ámbito geográfico sea limitado.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, damos por reproducido lo expuesto en el fundamento jurídico segundo sobre la improcedencia de pretender que el Tribunal Supremo sea una tercera instancia.

2.- En cualquier caso, no concurre el error fáctico patente, resultante de las propias actuaciones, que permitiría considerar que ha existido una vulneración de las normas sobre valoración de la prueba con incidencia constitucional. La Audiencia Provincial no reduce sus consideraciones sobre la falta de notoriedad del distintivo «Hojaldrina» al ámbito geográfico, sino que también analiza la intensidad del uso reflejada en el volumen de facturación, la comercialización del producto dentro del marco general de productos navideños, la inversión publicitaria y la ausencia de

reconocimiento de la condición de marca notoria por alguna resolución de la OEPM.

3.- Por lo que este tercer motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación

QUINTO.- Admisibilidad del recurso de casación.

1.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, por no haberse aportado copia de varias de las sentencias del Tribunal Supremo y del TJUE invocadas, por ausencia de interés casacional y porque el recurso no se funda realmente en la infracción de normas aplicables para resolver el objeto del proceso.

2.- Respecto de la primera cuestión, al tratarse de sentencias de la propia Sala y del TJUE, más allá del incumplimiento del requisito formal, no es precisa su aportación, puesto que son sobradamente conocidas del Tribunal. En cuanto al interés casacional y a la improcedencia de las normas citadas como infringidas, más que causas de inadmisión del recurso serían, en su caso, causas de desestimación de sus diferentes motivos, por lo que deberán ser analizados al resolverlos, sin que en una fase puramente preliminar determinen su inadmisibilidad.

SEXTO.- Primer motivo de casación. Riesgo de confusión producido por marcas en cuya construcción se incluye o adiciona una marca anterior notoria. Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación, formulado al amparo del art. 477.2-3º LEC, se denuncia la infracción de los arts. 6.1 y 8 LM y de la jurisprudencia sobre el riesgo de confusión en los supuestos de marcas en cuya construcción se incluye o adiciona una marca anterior notoria y/o distintiva a otros elementos susceptibles de ser puestos en relación con distintivos de terceros; y la consecuente infracción de los arts. 5.1 c) y d), 51.1.b), 52.1 y 34 LM y art. 9 Reglamento CE de Marca Comunitaria. Cita como infringidas la STJCE de 6 de octubre de 2005 (caso Thomson Life), la STJUE de 8 de mayo de 2014 (caso Bimbo Doghnuts) y la STS 355/2012, de 20 de enero de 2013.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que existe riesgo de confusión cuando una empresa registra y utiliza como marca un signo compuesto, uno de cuyos elementos es prácticamente idéntico al utilizado en una marca notoria y en una familia de marcas desde hace décadas. Y denuncia que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta todos los factores pertinentes y concurrentes en el caso, por lo que no aplica correctamente la determinación del elemento dominante ni el principio de interdependencia de factores.

Decisión de la Sala:

1.- En primer lugar, el motivo parte de una petición de principio, puesto que da por hecho que las marcas de la

demandante son notorias, cuando no ha sido reconocido así por la sentencia recurrida.

En todo caso, como hemos recordado en varias sentencias recientes (por ejemplo, 98/2016, de 19 de febrero, 302/2016, de 9 de mayo, 382/2016, de 19 de mayo, 26/2017, de 18 de enero, 151/2017, de 2 de marzo, o 240/2017, de 17 de abril), para evaluar la semejanza entre dos marcas ha de hacerse la comparación en un triple plano: gráfico, fonético y conceptual (STJCE de 11 de noviembre de 1997, caso Sabel). Pero los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo, pues no es lo mismo comparar marcas denominativas simples, que marcas denominativas complejas, o gráficas o mixtas.

Si, como sucede en este caso, las marcas en conflicto son compuestas o mixtas, su distintividad reside en la particular disposición de los elementos verbales y gráficos, que forman un conjunto, y no en sus componentes individuales (sentencias de esta sala 368/1987, de 10 de junio; 98/2016, de 19 de febrero; y 382/2016, de 19 de mayo), ya que como dijo la STJCE de 22 de junio de 1999, asunto C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, «[e]l consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar».

2.- En nuestro caso, las marcas registradas en conflicto son marcas mixtas. La sentencia recurrida considera que no hay semejanza, porque los elementos denominativos, los términos «hojaldrinas» (de la actora) y «hojaldrines» (de la demandada), son poco distintivos en sí mismos, al referirse al producto en sí (un tipo de dulce navideño) y el elemento predominante de la marca de la demandada es el término «1880», que la diferencia claramente de las marcas de la demandante. Criterio que no infringe ni las disposiciones legales citadas por la recurrente ni la jurisprudencia invocada y, por tanto, no yerra al considerar que no existe semejanza que produzca riesgo de confusión.

En primer lugar, globalmente no hay tal riesgo, porque el destinatario medio recuerda el signo como un todo y la impresión que producen uno y otros signos es claramente diferente. Máxime si, como se ha dicho, el elemento común, el término hojaldrina u hojaldrín, es por sí mismo poco distintivo.

En segundo lugar, porque la estructura de los signos es diferente: en el caso de las marcas de la demandante predomina la palabra en cuestión, junto a unos elementos geométricos y unas imágenes del propio producto, y en segundo término aparece la identificación del productor (Mata), mientras que en la marca de la demandada el elemento predominante es el numérico 1880, más grande, con tonos dorados claramente diferenciados y con un sombreado de fondo, que por sí misma constituye una marca notoria. Lo que, a su vez, excluye la semejanza conceptual, porque la inclusión del número 1880 en la marca de la recurrida hace que la evocación que producen las

marcas de la demandante y la que genera la de la demandada, sea también distinta.

En consecuencia, falta uno de los factores interdependientes -quizás, el primario- que deben concurrir para que exista riesgo de confusión: la semejanza o similitud entre los signos. Y al apreciarlo así, la sentencia recurrida no infringe el art. 6.1 b LM, ni la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Tampoco puede infringir el art. 8 LM, una vez que no considera probado que las marcas de la demandante sean notorias.

3.- Por lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

SÉPTIMO. - Segundo motivo de casación. Competencia desleal. Complementariedad relativa. Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación se enuncia al amparo del art. 477.2-3º LEC, por infracción o inaplicación de los arts. 6, 10, 11 y 12 LCD, o subsidiariamente, el art. 4 LCD, y de la jurisprudencia que los interpreta, en particular en lo referente a la complementariedad de las normas sobre competencia desleal respecto de la legislación sobre propiedad industrial. Se citan las SSTS 1107/2014, de 11 de marzo, y 586/2012, de 17 de octubre.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que no se ha valorado correctamente el riesgo de confusión que genera que el titular de una marca notoria (1880) registre como marca y use en el tráfico un signo prácticamente idéntico (hojaldrinas/hojaldrines) al elemento denominativo dominante de la familia de marcas de un tercero, usado durante décadas en el mercado para identificar un mismo producto.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos recordado en la sentencia 94/2017, de 15 de febrero, la normativa sobre marcas y la normativa sobre competencia desleal cumplen funciones diferentes. Mientras que la primera protege un derecho subjetivo sobre un bien inmaterial, un derecho de exclusividad generador de un *ius prohibendi* a favor de su titular, la segunda protege el correcto funcionamiento del mercado, de modo que la competencia se realice por méritos o por la eficiencia de las propias prestaciones y no por conductas desleales. No obstante, la Ley de Marcas, al proteger los signos que permiten identificar el origen empresarial de los productos y servicios, contribuye también a mantener el correcto funcionamiento del mercado, al excluir el error en las decisiones de adquisición de bienes o contratación de servicios.

2.- También decíamos en dicha resolución que la coexistencia entre una y otra normativa se caracteriza por lo que se ha venido en llamar una «complementariedad relativa» (sentencias 586/2012, de 17 de octubre; 95/2014, de 11 de marzo; y 450/2015, de 2 de septiembre). Vista la

distinta función que cumplen las normas de competencia desleal y las de marcas, el criterio de la complementariedad relativa sitúa la solución entre dos puntos: de una parte, la mera infracción de estos derechos marcarios no puede constituir un acto de competencia desleal; y de otra, tampoco cabe guiarse por un principio simplista de especialidad legislativa, que niega la aplicación de la Ley de Competencia Desleal cuando existe un derecho exclusivo reconocido en virtud de los registros marcarios a favor de sus titulares y estos pueden activar los mecanismos de defensa de su exclusiva.

La solución ha de provenir de la determinación de en qué casos debe completarse la protección que dispensan los sistemas de propiedad industrial con el sometimiento de la conducta considerada a la Ley de Competencia Desleal. Por un lado, no procede acudir a la Ley de Competencia Desleal para combatir conductas plenamente comprendidas en la esfera de la normativa de Marcas, en relación con los mismos hechos y los mismos aspectos o dimensiones de esos hechos. De ahí que haya de comprobarse si la conducta presenta facetas de desvalor o efectos anticoncurrenciales distintos de los considerados para establecer y delimitar el alcance de la protección jurídica conferida por la normativa marcaria. Por otro, procede la aplicación de la legislación de competencia desleal a conductas relacionadas con la explotación de un signo distintivo, que presente una faceta o dimensión anticoncurrencial específica, distinta de aquella que es común con los criterios de infracción marcaria. Y, en última instancia, la aplicación complementaria depende de la comprobación de que el juicio de desvalor y la consecuente adopción de los remedios que en el caso se solicitan no entraña una contradicción sistemática con las soluciones adoptadas en materia marcaria. Lo que no cabe por esta vía es generar nuevos derechos de exclusividad ni tampoco sancionar lo que expresamente está admitido (sentencia 95/2014, de 11 de marzo). Como dijimos en la sentencia 586/2012, de 17 de octubre: «[e]n definitiva, la procedencia de aplicar una u otra legislación, o ambas a la vez, dependerá de la pretensión de la parte actora y de cual sea su fundamento fáctico, así como de que se demuestre la concurrencia de los presupuestos de los respectivos comportamientos que han de darse para que puedan ser calificados como infractores conforme alguna de ellas o ambas a la vez».

3.- En el presente caso, al decidir si concurría la infracción marcaria, el tribunal de apelación valoró si la conducta había menoscabado alguna de las funciones de la marca, y concluyó que no se había atentado contra la función de garantizar a los consumidores la identificación de la procedencia del producto, no se sugería la existencia de vínculo alguno entre el demandado y el titular de la marca, y no se atentaba contra la función publicitaria de esta. Además, descartó la semejanza entre las marcas y, consecuentemente, el riesgo de confusión. Por lo que no cabe apreciar unos efectos anticoncurrenciales distintos de los considerados para descartar la infracción marcaria. De lo contrario, otorgaríamos a la demandante unos nuevos

derechos de exclusiva, superpuestos a los que ya le conceden sus marcas registradas, que no tendría amparo en el ordenamiento jurídico (STS 105/2016, de 26 de febrero). Y se utilizaría la LCD para duplicar la protección jurídica que otorga la normativa de propiedad industrial, y en concreto la que dispensa el sistema de marcas para tales signos distintivos (STS 379/2008, de 20 de mayo).

4.- Como consecuencia de lo expuesto, no cabe apreciar las infracciones legales denunciadas por la recurrente, lo que conduce a la desestimación de este segundo motivo de casación.

OCTAVO.- Tercer motivo de casación. Marca notoria. Requisitos. Planteamiento:

1.- El motivo tercero de casación, también formulado por el cauce del art. 477.2-3º LEC, denuncia la infracción de los arts. 6 bis CUP y 8.2 LM, en relación con el pronunciamiento declarativo de notoriedad y la jurisprudencia que interpreta el concepto de marca notoria. Cita la STJCE de 14 de septiembre de 1999 (General Motors), la STS de 11 de marzo de 2014, la STJCE de 23 de octubre de 2003 (asunto C-408/01, Adidas-Fitnesworld) y la STJUE 505/2012, de 23 de julio.

2.- Al desarrollar el motivo, se arguye, sintéticamente, que una marca mixta puede ser notoria cuando pese a que uno de sus elementos es débil, ha llegado a tener, dentro de la estructura del signo y debido a la labor de su titular, una posición dominante, que se ha impuesto en la percepción de los consumidores. Como sucede con el término hojaldrina/s.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 8.2 LM define la marca notoria como la conocida por el sector pertinente del público al que se destinan sus productos o servicios. Si está registrada, se protege por encima del principio de especialidad según su grado de notoriedad. Si no está registrada, se faculta a su titular no solo a ejercitar la correspondiente acción de nulidad sino también a presentar oposición al registro en la vía administrativa al registro de otras incompatibles con ella.

El conocimiento de la marca por el sector pertinente del público destinatario es una cuestión de hecho que habrá de ser objeto de prueba. Igual sucede si tomamos como referencia el art. 6 bis CUP, el art. 16 ADPIC, el art. 4.4 de la Directiva 95/2008/CEE o los arts. 8.5 y 9.1.c del Reglamento de Marca Comunitaria. Es decir, aunque la notoriedad tenga efectos jurídicos es un hecho que requiere prueba, en tanto que no hay autoridad -aparte de la judicial con ocasión de un proceso- que atribuya la notoriedad a una marca. En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial no ha considerado probado que las marcas de Mata tengan el carácter de notorias, por lo que no puede alterarse dicha base fáctica.

2.- Como dijo la STJUE de 6 de octubre de 2009, C-301/07 (Pago), el juez debe tomar en consideración todos los

elementos pertinentes de los autos, en particular, la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla. Así lo hace, de manera detenida y argumentada, la sentencia recurrida y concluye que las marcas de la demandante no gozan de la notoriedad pretendida. Sin que esta valoración jurídica pueda ser revisada en casación como si se tratara de una tercera instancia. No se aprecia que exista un error patente que ponga en evidencia una infracción de la normativa legal y la jurisprudencia sobre la marca notoria. Al mismo tiempo, conviene advertir que la notoriedad de una marca no depende de la estructura del signo, como parece desprenderse de la argumentación de la recurrente, sino de los factores a que antes hemos hecho referencia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 737/2015] DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Antonio Salas Carceller]

Seguro de responsabilidad civil. Ejercicio de la acción subrogatoria por los daños frente al responsable. La reclamación extrajudicial hecha a la aseguradora no interrumpe la prescripción respecto del responsable.

«[...] TERCERO.- El primero de los motivos denuncia la infracción por la sentencia impugnada del artículo 1974 CC al haber considerado la Audiencia Provincial que Liberty Seguros interrumpió la prescripción frente a los Sres. Amparo y Severiano, pese a que no interpuso ningún tipo de reclamación judicial o extrajudicial contra los mismos, sino únicamente contra Catalana Occidente, que era su aseguradora.

Dicha norma establece que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». Sostiene la parte recurrente que el citado precepto ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Supremo, que ha indicado con claridad que tal regla sólo es aplicable a los deudores en obligaciones solidarias en sentido propio, pero no en los supuestos en que la posible concurrencia de responsabilidades no es de tal carácter, citando al efecto el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2003 en cuanto establece que «El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio, cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

La sentencia recurrida revoca la de primera instancia, que había apreciado la excepción de prescripción en relación con la reclamación de Liberty Seguros. Pese a que, durante el plazo de vigencia de la acción, Liberty Seguros no dirigió ninguna reclamación frente a los Sres. Amparo y Severiano y se limitó a reclamar a su aseguradora, Catalana Occidente, la sentencia considera que resulta de aplicación el artículo 1974 CC y que, por tanto, las reclamaciones dirigidas a Catalana Occidente también interrumpen la prescripción para el ejercicio de la reclamación frente a los Sres. Amparo y Severiano.

El motivo se estima pues resulta claro que no puede producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora, que sólo cubriría su responsabilidad hasta una cantidad inferior a la reclamada. La estimación del motivo comporta la casación de la sentencia impugnada en el particular a que el mismo se refiere, examinando a continuación el resto de los motivos en cuanto se refieren a la reclamación formulada por las demás aseguradoras demandantes.

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 1105 CC y de la jurisprudencia, en tanto que la sentencia recurrida descarta la aplicación de caso fortuito al exigir una diligencia superior a la media en la previsión del daño. Refiere la parte recurrente que la sentencia impugnada, en su fundamento de derecho segundo (páginas 7 y 8), afirma que el hecho de que se reiniciara la combustión del colchón en que dormía el hijo de los demandados «no puede constituir un suceso imprevisible, o que, previsto, fuera inevitable». En concreto dice la sentencia: «aun cuando es habitual tener un flexo para leer en la habitación, lo que no puede ignorarse que constituye un elemento de riesgo el quedarse dormido sin antes apagar el flexo ante posibles caídas, como desgraciadamente ocurrió en el caso que nos ocupa. Y aun cuando advertida por el usuario la ignición del colchón procedió a inundarlo con abundante agua, tras comprobar que se había hecho un pequeño agujero del que salía humo, marchando a continuación a la habitación de la hermana para proseguir durmiendo, no puede en modo alguno calificarse la conducta desplegada como constitutiva de caso fortuito. El control y la vigilancia que competía al miembro de la familia cerciorándose de un modo cabal, completo y absoluto de que la ignición no se reproduciría o avivaría también, no puede en modo alguno constituir un suceso imprevisible o que previsto no fuese inevitable (art. 1105 CC)».

La consideración que hace la parte recurrente acerca de que dicha afirmación contradice la jurisprudencia de esta sala sobre el "caso fortuito" no puede ser aceptada, ya que las sentencias que cita se refieren a supuestos bien distintos al ahora examinado, el cual resulta especialmente opuesto a la situación característica del «caso fortuito» ya que existió un incidente previo consistente en que el colchón ardió y, en tal circunstancia, la diligencia a aplicar debió ser aún mayor en orden a mantener una vigilancia que pudiera hacer frente a

lo que debió preverse como posible y que efectivamente se materializó ya que el fuego no había sido definitivamente sofocado. Desde luego, si el hecho se hubiera previsto habría sido evitable y si no se previó fue por exceso de confianza o falta de diligencia por parte del agente.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El tercero de los motivos denuncia la infracción del artículo 1104 CC y de la jurisprudencia de esta sala sobre el mismo, al no aplicar la Audiencia Provincial en su sentencia el estándar de diligencia de un buen padre de familia acomodado a las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar y del entorno físico o social donde se proyecta la conducta enjuiciada. Se sostiene en la formulación del motivo que la sentencia exige a los Sres. Amparo y Severiano, o a su hijo, un nivel de diligencia equiparable a la de un perito experto, esto es, muy superior a la del «buen padre de familia» o al derivado de «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Dice la sentencia que «con independencia de que los demandados o su hijo conocieran las particularidades de la combustión de los colchones, resulta que la diligencia desplegada no fue la adecuada y exigible para evitar que el fuego se reavivara. Constituyendo el flexo que se dejó encendido por descuido al irse a dormir un elemento que puede iniciar la combustión, cuando cae sobre elementos inertes (colchón) la conducta del hijo mayor de edad y de quienes son titulares de la vivienda no fue suficientemente diligente en orden a comprobar y cerciorarse de que el foco de la ignición había sido apagado por completo y totalmente, incumpliendo con la diligencia regular y exigible del art. 1104 CC conforme a las concretas circunstancias del caso». Dicho razonamiento ha de ser compartido. No cabe imputar a la sentencia impugnada vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la entidad de la diligencia exigible en el caso, pues efectivamente la Audiencia ha valorado las circunstancias de este concreto supuesto a la hora de establecer su exigencia, como -en general- hacen todas las sentencias que se citan como doctrina jurisprudencial, sin que ninguna de ellas contemple un caso ni siquiera próximo al presente en que esta sala haya estimado que fuera suficiente la diligencia empleada.

Por ello también este motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El motivo cuarto se formula por infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia de esta sala por incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva que han conducido a la imputación del resultado dañoso a los Sres. Amparo y Severiano.

Se sostiene en la formulación del motivo que la imputación de responsabilidad a los Sres. Amparo y Severiano es confusa, pues no queda claro si la imputación se produce por una falta de vigilancia o control de su hijo - mayor de edad-, o si la imputación se produce por el mero hecho de ser los demandados los propietarios de la vivienda. Dice la sentencia en su fundamento de derecho segundo lo

siguiente: «Acreditado el origen del incendio en un elemento privativo o -bien mueble- titularidad de los Sres. Amparo Severiano - así como el daño causado a terceros perjudicados, no ha resultado suficiente en orden a exonerar a los propietarios de la vivienda donde se originó la ignición por un descuido del hijo que habitaba con ellos a tal efecto, la interpretación que del relato fáctico hacen los recurrentes. No puede desconocerse que el elemento inmueble causante del incendio forma parte en cuanto a su uso y titularidad, del ámbito de disponibilidad de los titulares de la vivienda, hallándose dentro del ámbito de control y vigilancia de quienes habitan en ella -art. 1902 Ccivil o del que tiene control de la casa-».

Precisamente ese ámbito de control y de vigilancia -en definitiva, lo que la jurisprudencia ha calificado como «posición de garante»- es lo que determina la responsabilidad de los titulares de la vivienda desde la cual se propagó el fuego. Se trata de una responsabilidad de rigurosa exigencia al modo previsto en el mismo sentido por el artículo 1910 CC, en tanto establece que «el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma». Desde esta perspectiva, carece de sentido la negación de imputabilidad objetiva de las consecuencias dañosas del suceso a los demandados -hoy recurrentes- pese a los notables esfuerzos argumentativos que se aprecian en la formulación del motivo al recorrer los distintos criterios jurisprudenciales de adecuación, confianza e incremento del riesgo, con cita de una doctrina que no resulta de aplicación al caso presente. Es precisamente la posición de garante (entre otras, STS 1ª núm. 805/2002, de 22 julio), que deriva del propio disfrute del bien en orden a asumir la responsabilidad por los daños que del mismo y de su utilización puedan derivar para terceros, la que justifica la atribución de dicha responsabilidad a los titulares.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- Igualmente ha de ser rechazado el motivo QUINTO, en cuanto denuncia la infracción del artículo 1903 CC y de la jurisprudencia de esta sala sobre dicha norma. Sostiene la parte recurrente que la sentencia infringe el citado artículo 1903 CC, que regula la responsabilidad por hecho ajeno, al establecer la responsabilidad de los demandados con base en el artículo 1902 CC, que regula la responsabilidad por hecho propio, cuando -excluida dicha responsabilidad por razón de lo expuesto en los motivos anteriores- tampoco sería aplicable la derivada del artículo 1903 CC que se refiere a la responsabilidad por hecho de otro.

Se ha de reiterar al respecto lo ya razonado en relación con los anteriores motivos. La sentencia impugnada ha resuelto de modo correcto partiendo de la atribución a los demandados de una responsabilidad propia por no haber atendido debidamente sus deberes de vigilancia y control como titulares de la vivienda de la que disfrutaban, lo que implica la asunción de las consecuencias dañosas derivadas

de hechos que, aunque no se deriven de su propia actuación, se produzcan por las actuaciones de las personas que se encuentran en la casa sobre las que dichos titulares están obligados a desplegar una conducta de vigilancia y control que excluya los daños a terceros.

El motivo sexto se formula por infracción del artículo 1103 CC y de la jurisprudencia de esta sala, pues -según considera la parte recurrente- la sentencia recurrida prescinde del grado de negligencia en punto a la moderación de la responsabilidad pese a la evidente desproporción entre esa pretendida negligencia y el daño. Nuevamente se traen como fundamento del motivo sentencias que contemplan casos bien distintos del ahora planteado. Es cierto que cuando se trata de una responsabilidad por incumplimiento contractual, una vez restituido el equilibrio de las prestaciones, la indemnización por el daño derivado del incumplimiento puede graduarse en atención a la entidad de la culpa (artículo 1103 CC), pero tal previsión no puede aplicarse a efectos de reducir la indemnización por el daño de carácter material causado, ya que en tal caso se estaría imponiendo al perjudicado -en el que no cabe apreciar culpa alguna- la necesidad de soportar siquiera en parte el daño sufrido, lo que en absoluto entra dentro de las previsiones de la norma de que se trata.

El motivo séptimo ha quedado sin objeto en tanto que se refiere a la indemnización procedente respecto de Liberty Seguros cuando la estimación del motivo primero, que comporta la consideración de que su acción estaba prescrita, da lugar a que los demandados no estén obligados a indemnizar a dicha entidad demandante.

OCTAVO.- Estimado el recurso interpuesto respecto de Liberty Seguros, no procede condena en las costas causadas por el mismo respecto de dicha entidad (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con devolución del depósito constituido. La desestimación del recurso respecto de las demás partes recurridas comporta la condena en costas de los recurrentes en cuanto a las causadas por dichas partes. Las costas de primera instancia causadas por la demanda interpuesta por Liberty Seguros se imponen a dicha entidad, así como las producidas por su recurso de apelación.

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 390/2015] DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Sociedad de responsabilidad limitada: retribución de los administradores conforme a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. No se ajusta a las exigencias de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada un precepto estatutario en el que no se establece sistema de retribución alguno, sino que se limita a prever que en cada anualidad la junta general fijará la retribución que considere conveniente.

Un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales es el de la necesidad de su determinación estatutaria.- La nulidad del acuerdo que introduce el precepto estatutario con base en el cual se adoptaron los acuerdos de retribuir a los administradores, lleva consigo la nulidad de estos acuerdos, puesto que en los mismos se fijan determinadas retribuciones que se adoptaron sin que existiera un precepto estatutario que fijara un sistema retributivo del que tales acuerdos fueran una concreción.

«Servicio Andalucía S.L. es una sociedad mercantil constituida en 1998, con un capital social de 3.005,06 duros, cuya actividad social consiste en la explotación de un negocio de restauración. La junta general de socios de Servicio Andalucía S.L. (en lo sucesivo, Servicio) que se celebró el 27 de mayo de 2008 aprobó un acuerdo que modificó el artículo 20 de los estatutos de la sociedad. El acuerdo dio al precepto estatutario la siguiente redacción, bajo el título «retribución»: «El cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en junta general, conforme al apartado 3 del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

Con anterioridad a tal reforma, no existía previsión estatutaria que estableciera el carácter retribuido del cargo de administrador social, pero los administradores sociales venían percibiendo una retribución por su actuación como tales, consistente en la percepción de una cantidad de dinero, por haberlo acordado así los socios, aunque sin reflejarlo en los estatutos ni en un acuerdo adoptado formalmente por un órgano de la sociedad. Acto seguido, tras la aprobación del acuerdo de modificación de los estatutos sociales, la junta aprobó otro acuerdo en el que fijó la retribución de los administradores correspondiente al ejercicio social de 2009 en la percepción de la cantidad de 36.110,28 euros por cada uno de ellos.

La junta general de socios de Servicio que se celebró el 16 de julio de 2009 adoptó un acuerdo en el que se aprobaban las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2008, y otro en el que se fijó la retribución de los administradores para el año 2010 en la percepción por cada uno de ellos de 36.110,28 euros, al igual que en 2009. Estos acuerdos se adoptaron con el voto favorable de los dos socios que eran administradores sociales, D. Marco Antonio, que era titular del 49,95% del capital social, y D^a Juana, que era titular del 25,50% del capital social. Votó en contra D. Mario, cuyas participaciones suponían el 24,80% del capital social. D. Mario y D^a Juana habían estado casados, pero se divorciaron en 2007

2.- D. Mario interpuso sucesivamente sendas demandas de juicio ordinario contra Servicio Andalucía S.L. en las que impugnó los acuerdos a que se ha hecho referencia y que fueron acumuladas. Los acuerdos de modificación de los estatutos sociales para establecer el carácter retribuido del cargo de administrador social y de fijación de la retribución para los ejercicios 2009 y 2010 fueron impugnados por

infringir los arts. 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al haber votado el acuerdo los propios socios administradores, y 66 de dicha ley, puesto que no era válida la forma en que se había fijado tal retribución, ya que el nuevo precepto estatutario preveía que «el cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en junta general». Los acuerdos de fijación de la retribución también fueron impugnados por lesionar el interés social, en beneficio únicamente de los socios administradores. El acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2008 fue impugnado por infringir el derecho de información del demandante y porque las cuentas aprobadas no mostraban la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó plenamente la demanda. Consideró caducada la acción de impugnación del acuerdo de fijación de la cuantía de la retribución de los administradores sociales correspondiente al ejercicio 2010 basada en su carácter lesivo para el interés social y, en lo demás, consideró que no concurrían las causas de impugnación alegadas, pues no se habían producido las infracciones legales que justificaban las acciones de nulidad, ni había existido la lesión del interés de la sociedad que se había alegado pues consideró la retribución ajustada a las circunstancias de la sociedad.

4.- El demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó en parte su recurso. Desestimó el recurso de apelación en lo relativo a la alegada infracción del art. 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en los acuerdos de modificación de los estatutos y fijación de la cuantía de la retribución de los administradores. También desestimó el recurso en lo relativo a la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de 2008. Estimó que el acuerdo adoptado en la junta general de socios de 27 de mayo de 2008 por el que se modificaban los estatutos sociales infringía el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada pues no fijaba propiamente un sistema de retribución de los administradores, al dejarlo a lo que cada año decidiera la junta general, por lo que era nulo. Asimismo, el acuerdo de esa junta que fijó la retribución de los administradores sociales para el ejercicio 2009 era nulo por basarse en un precepto estatutario que también lo era, suponía un fraude de ley puesto que la retribución fijada superaba ampliamente el 10% de los beneficios sociales previstos como límite en el art. 66.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y asimismo lesionaba el interés de la sociedad, en beneficio de los socios administradores, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, en especial la cuantía desproporcionada fijada para la retribución y su comparación con los beneficios que la sociedad había venido obteniendo en los ejercicios anteriores, pues venía a suponer un reparto encubierto de los beneficios únicamente entre los administradores sociales. Respecto del acuerdo de fijación de la retribución para el ejercicio 2010, aprobado en la junta general de socios de 16 de julio de 2009, aunque confirmaba que la

acción de impugnación por ser lesivo para la sociedad había caducado, al haber sido presentada la demanda cuando habían transcurrido más de 40 días desde la adopción del acuerdo con asistencia a la junta del demandante, consideró que el acuerdo era nulo por las mismas razones que lo era el adoptado en la junta de mayo de 2008.

5.- La sociedad demandada ha interpuesto recurso de casación basado en tres motivos, que han sido admitidos. El demandante no ha recurrido la sentencia de la Audiencia Provincial. Ello significa que no es objeto de este recurso la impugnación de acuerdos relativos a la retribución de los administradores por infracción del art. 52 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ni la impugnación del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales de 2008.

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo

1.- El primer motivo del recurso de casación lleva este encabezamiento: «Indebida aplicación al supuesto del artículo 66.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Omisión de la aplicación del artículo 66.3 del mismo cuerpo legal. Ignorancia de la doctrina Jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acerca del "tratamiento unitario de las retribuciones de los administradores sociales"».

2.- En el desarrollo de este motivo, la sociedad demandada alega que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada puesto que el acuerdo de modificación de estatutos ha fijado la retribución de estos conforme se prevé en el art. 66.3 de dicha ley. Asimismo, la Audiencia Provincial habría aplicado indebidamente el art. 66.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada porque la retribución no se ha fijado conforme al criterio previsto en dicho precepto (participación en los beneficios de la sociedad) sino conforme al del art. 66.3. Y, por último, argumenta que la Audiencia Provincial ha infringido la doctrina del tratamiento unitario de la retribución, puesto que para que puedan pagarse al administrador retribuciones no previstas en los estatutos sociales es necesario que el pago se haga por actuaciones que rebasen las propias de los administradores.

TERCERO.- Decisión del tribunal. El precepto de los estatutos sociales que establezca el carácter retribuido del cargo de administrador debe establecer además algún sistema de retribución

1.- Los hechos objeto de este litigio son anteriores a la entrega en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y, por tanto, se rigen por la normativa aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada vigente en aquel momento, concretamente en los años 2008 y 2009. El art. 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente cuando se adoptaron los acuerdos impugnados, bajo el título «carácter gratuito del cargo», tenía esta redacción: «1. El cargo de administrador es

gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución. »2. Cuando la retribución tenga como base una participación en los beneficios, los estatutos determinarán concretamente la participación, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios. »3. Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, la remuneración de los administradores será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General».

2.- La sociedad recurrente alega que no puede apreciarse infracción legal alguna en la redacción del precepto estatutario relativo a la retribución de los administradores sociales porque este fue redactado ateniéndose al tenor literal del art. 66.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: «El cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en junta general [...]». Dado que no se acordó que la retribución tuviera por base una participación en beneficios, argumenta la recurrente, la redacción del precepto estatutario era la exigida por el art. 66.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

3.- La alegación de la sociedad recurrente no toma en consideración que el apartado tercero del art. 66.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada debe interpretarse conjuntamente con el apartado primero de dicho precepto legal. Este primer apartado prevé que, si los estatutos sociales establecen el carácter retribuido del cargo de administrador, deben determinar el sistema de retribución. Como dijimos en la sentencia 180/2015, de 9 de abril, por sistema de retribución puede entenderse el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución. En consecuencia, los estatutos de la sociedad deben establecer el sistema a través del cual se determinen las percepciones económicas de los administradores societarios por razón de su cargo.

Por tanto, no se ajusta a las exigencias del art. 66 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada un precepto estatutario como el que fue aprobado en la junta general de la sociedad demandada e impugnado por el demandante, puesto que en él no se establece sistema de retribución alguno, sino que se limita a prever que en cada anualidad la junta general fijará la retribución que considere conveniente, pero no establece regla alguna encaminada a determinarla.

4.- Un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico es, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el de la necesidad de su determinación estatutaria. En la sentencia 411/2013, de 25 de junio, afirmamos que el art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (que, a los efectos que aquí interesan, y puesto en relación con el art. 9.h de dicho texto legal, establecía un régimen equivalente al del art. 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) podía interpretarse en el sentido

de que exige la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada. La junta general de la sociedad limitada puede fijar la cuantía de la retribución cuando esta consiste en el pago de una cantidad fija. Pero, previamente, este sistema retributivo debe estar previsto en los estatutos sociales.

En el caso objeto del presente recurso, no existía una previsión estatutaria de un sistema de retribución, sino simplemente una remisión a la decisión que sobre tal cuestión adoptara en cada ejercicio la junta general, sin fijar regla alguna a la que debiera atenerse la junta general en la fijación de la retribución.

5.- La exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales.

En la sentencia 893/2012, de 19 de diciembre, declaramos sobre la exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución: «Tal exigencia, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles [...]».

Este régimen legal se completa con la exigencia de constancia, en la memoria que integra las cuentas anuales, del importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengadas en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa. Así se preveía en la regla duodécima del art. 200 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y se prevé actualmente en la regla novena del art. 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

6.- En la sentencia 180/2015, de 9 de abril, declaramos ajustado a las exigencias legales el precepto estatutario que preveía que el órgano de administración sería retribuido mediante el pago de una cuantía fija de dinero que sería determinada anualmente por la junta general de accionistas. Pero ese precepto estatutario establecía al menos un sistema retributivo: el pago de una cantidad fija. Lo que se dejaba a la decisión de la junta general cada año no era la fijación del sistema retributivo (el pago de una cantidad fija de dinero), sino su concreción (qué cuantía debía tener ese pago en cada ejercicio).

El precepto estatutario que es objeto de este recurso no establece sistema retributivo alguno, por lo que se trata de un caso distinto al contemplado por la anterior sentencia.

7.- En el encabezamiento y desarrollo del motivo, el recurrente alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe la doctrina jurisprudencial sobre el tratamiento unitario de las retribuciones de los administradores sociales. Esta doctrina es irrelevante en el caso enjuiciado. No estamos ante un supuesto en el que los administradores sociales estén percibiendo una retribución de la sociedad, no prevista en los estatutos, como pago de servicios que son propios de las funciones de los administradores, que es el supuesto al que este tribunal aplicó esa doctrina. En este litigio se ha impugnado el precepto estatutario que establece el carácter oneroso del cargo de administrador de la sociedad, por inconcreto, y la cuantía de la retribución, por excesiva, por lo que la sentencia de la Audiencia Provincial ni aplica ni ignora esa doctrina, porque no es relevante.

8.- La invocación del art. 66.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el motivo del recurso resulta intrascendente, pues se refiere a un argumento de refuerzo empleado por la Audiencia, que puede ser discutible, pero cuya impugnación no podría en ningún caso determinar la revocación de la sentencia, porque los argumentos que le sirven de soporte principal son correctos.

9.- La nulidad del acuerdo que introduce el precepto estatutario con base en el cual se adoptaron los acuerdos de retribuir a los administradores en los ejercicios 2009 y 2010, lleva consigo la nulidad de estos acuerdos, puesto que en los mismos se fijan determinadas retribuciones para esos ejercicios que se adoptaron sin que existiera un precepto estatutario que fijara un sistema retributivo del que tales acuerdos fueran una concreción.

10.- La nulidad de tales acuerdos por infracción de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hace innecesario examinar el motivo segundo, que se refiere al carácter lesivo para el interés social de los acuerdos de fijación de la retribución de los administradores en los ejercicios 2009 y 2010 por la desproporción de su cuantía con relación a las circunstancias concurrentes en la sociedad.

CUARTO.- Formulación del tercer motivo

1.- El último motivo del recurso de casación se encabeza así: «Indebida aplicación al supuesto de la "doctrina de los actos propios". Ignorancia de la doctrina Jurisprudencial sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo acerca de ésta».

2.- En el desarrollo de este motivo, la recurrente argumenta que la Audiencia Provincial desconoce la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios, puesto que el demandante conocía que los administradores percibían retribuciones de la sociedad antes de la adopción de los acuerdos impugnados en este litigio, sin que hubiera

impugnado su percepción. Al existir un pacto parasocial válido, en el que se acordó que los administradores cobraran una retribución, el demandante va contra sus propios actos al impugnar la modificación que lleva a los estatutos ese pacto.

QUINTO.- Decisión del tribunal. Inexistencia de contradicción con los actos propios

1.- La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo). Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado.

2.- Estos elementos no concurren en el caso objeto del recurso. La conformidad del demandante con que los administradores sociales hubieran cobrado diversas cantidades de la sociedad con anterioridad a la adopción del acuerdo social de modificación de los estatutos, podrá impedir que exija a los administradores la devolución de esas cantidades. Su conducta, al consentir estas retribuciones, era apta para generar fundadamente en los administradores la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podían percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy demandante, y en que no se les iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Así lo ha declarado este tribunal en la sentencia 412/2013, de 18 de junio. Pero esa conducta del demandante no puede impedir que más adelante deje de estar conforme con que los administradores sigan percibiendo esas retribuciones que carecen de una previsión estatutaria válida que las sustente. Su conducta podía considerarse concluyente en generar la confianza en que no se reclamara la devolución de las retribuciones percibidas con su consentimiento, pero no para generar la confianza en que seguiría prestando su consentimiento indefinidamente.

3.- Tanto más cuando hubo un cambio radical en las circunstancias, pues con anterioridad, la retribución que venía percibiendo la administradora social constituían ingresos de su núcleo familiar, de los que el demandante

también podía disfrutar pues constituían un matrimonio, pero cuando se divorció de dicha administradora, dejó de disfrutar de tales ingresos y, como razona la Audiencia Provincial, los beneficios de la sociedad se repartieron en la práctica entre los dos administradores, sin que el demandante, socio minoritario, pudiera disfrutar de tales beneficios sociales».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1330/2015] DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Sociedad anónima: impugnación de la junta y de los acuerdos en ella adoptados. Las normas sobre convocatoria de la junta general que contiene la Ley de Sociedades de Capital tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquellos casos en que la sociedad esté conformada por un gran número de socios que haga sumamente dificultosa una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos. Ahora bien, en el caso de sociedades en que por el escaso número de socios que las integran sea habitual la comunicación personal a los socios de la convocatoria de la junta, la utilización sorpresiva y sin aviso previo exclusivamente del sistema previsto en la Ley de Sociedades de Capital supone una aplicación torticera del mismo, con la finalidad contraria a la legalmente querida, es decir, tratar de que el otro socio no pueda enterarse de la convocatoria y ejercer sus derechos políticos.

«La compañía mercantil Europea de Promociones Solares S.A., constituida el 20 de abril de 2005, tiene un capital social de 215.000 €, dividido en 2.150 acciones nominativas, repartidas en la siguiente proporción: 1075 acciones (50% del capital social) pertenecientes a D. Cornelio; 774 acciones (36% del capital social) pertenecientes a D^a Andrea; 301 acciones (14% del capital social) pertenecientes a la comunidad hereditaria de D. Victorio.

2.- Desde su constitución, todas las juntas generales de la sociedad se habían celebrado en la modalidad de junta universal, hasta la junta general extraordinaria de 9 de marzo de 2011, cuya convocatoria se anunció mediante publicación en el BORME y en el diario El Correo de Andalucía, de Sevilla.

3.- A la junta general de 9 de marzo de 2011 solo asistió el hasta entonces administrador solidario, D. Cornelio. En la misma se acordó cesar a la otra administradora solidaria, D^{ña}. Andrea, y se nombró administrador único al Sr. Cornelio.

4.- Dña. Andrea y Dña. Isabel, Dña. Socorro y Dña. Candelaria (como herederas de D. Victorio) interpusieron una demanda contra la sociedad Europea de Promociones Solares S.A., en la que solicitaron la nulidad de la junta general de 9 de marzo de 2011 y de los acuerdos adoptados en la misma, así como la cancelación de los asientos registrales a que hubiera dado lugar. Basaban su pretensión en la existencia de abuso de derecho y mala fe en la convocatoria de la junta general, efectuada con la finalidad de impedir el derecho de asistencia de los accionistas minoritarios.

5.- Tras la oposición de la sociedad, que alegó, resumidamente, que la sociedad se encontraba en una situación de bloqueo, ya que existía un conflicto entre los socios que se remontaba a varios meses atrás, en cuyas circunstancias era imposible la celebración de una junta general universal como se había hecho hasta entonces y que por ello se acudió al mecanismo legal de convocatoria, la sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la junta general de socios, de los acuerdos sociales adoptados en ella y de cualquier otro acuerdo o actuación que trajera causa de dichos acuerdos.

La sentencia del juzgado mercantil argumenta, sintéticamente, que la forma de convocar la junta impugnada, absolutamente novedosa en la práctica de la sociedad durante años, tuvo por finalidad apartar a Dña. Andrea del órgano de administración, como finalmente así aconteció, impidiendo su posible oposición, así como de la del resto de socios.

6.- La sociedad demandada recurrió en apelación, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Sevilla. La sentencia de segunda instancia considera que, pese a que la junta se celebró de acuerdo con las previsiones legales, concurrió un claro abuso de derecho por parte del administrador solidario, por las siguientes y resumidas razones: (i) Ha quedado probado que lo usual era acordar verbalmente la celebración de junta que adoptaba la forma de junta universal, sin que tuviese mucho sentido el gasto de publicar una convocatoria de junta general en el BORME y en un diario de los de mayor circulación de la provincia del domicilio social; (ii) Si circunstancias posteriores imposibilitaban la junta universal, el administrador convocante debería haber actuado con buena fe y comunicar al resto de socios que se cambiaba el modo de convocatoria y se optaba por el procedimiento ordinario previsto legalmente, máxime cuando una de tales socias era coadministradora solidaria. (iii) Al no hacerlo así, incurrió en abuso de derecho, e incluso en fraude de ley. (iv) Las normas sobre convocatoria de junta general que contiene el art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) tienen como finalidad garantizar que los socios tengan conocimiento de la reunión que ha de celebrarse y de los asuntos a tratar, de modo que puedan ejercer sus derechos políticos, estableciendo al mismo tiempo un sistema que no impida en la práctica la efectividad de la convocatoria en aquéllos casos en que la sociedad esté conformada por un

gran número de socios que haga sumamente dificultosa una notificación individual que deje constancia a todos y cada uno de ellos. (v) En el caso de sociedades en que por el escaso número de socios que las integran sea habitual la comunicación personal a los socios de la convocatoria de la junta, la utilización sorpresiva y sin aviso previo exclusivamente del sistema previsto en el art. 173 LSC supone una aplicación torticera del mismo, con la finalidad contraria a la legalmente querida, es decir, tratar de que el otro socio no pueda enterarse de la convocatoria y ejercer sus derechos políticos, que es precisamente lo que con toda claridad ha ocurrido en el caso.

SEGUNDO.- Primer motivo del recurso de casación. Planteamiento:

1.- En el primer motivo de casación se alega la infracción del art. 173 LSC (antiguo art. 97 LSA), en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera TS concerniente a la interpretación de los requisitos legales para la validez de la convocatoria de las juntas generales en las sociedades anónimas.

2.- En el desarrollo del motivo, se mantiene, resumidamente, que los requisitos legales para la convocatoria de las juntas son los que indica el art. 173 LSC y ninguno más y que solo si se demostrase sin ningún tipo de duda la mala fe del convocante podría requerirse la notificación personal a los socios. Considera infringida la doctrina contenida en las sentencias de esta sala de 9 de diciembre de 1999, de 1 de febrero de 2001 y 5 de junio de 2006, en las que, en casos prácticamente análogos al presente, se rechazó la nulidad de la convocatoria, por no haberse probado suficientemente la mala fe y el abuso de derecho del administrador convocante.

Decisión de la Sala:

1.- Cuando la junta general no se constituye como junta universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida. El art. 173.1 LSC, en su redacción vigente a la fecha de celebración de la junta impugnada, establecía que la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria será correcta y la junta no podrá ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos.

No obstante, habrá supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto...). Es el caso de la sentencia de esta sala 272/1984, de 2 de mayo, en que no se citó personalmente al accionista mayoritario, una sociedad

francesa, «como usualmente se venía haciendo». O de la sentencia 171/2006, de 1 de marzo, que confirmó la sentencia que declaró la nulidad de la junta, pues, aunque el diario era de los de mayor difusión en la provincia, no lo era en la isla del domicilio y, sobre todo, se omitió «el aviso personalizado que todo parece indicar se practicó otras veces». A su vez, la sentencia 1039/1999, de 9 de diciembre, advirtió que este tipo de situaciones encuentran mejor acomodo en el art. 7 CC (mala fe y abuso del derecho) que en el art. 6.4 (fraude de ley) del mismo Código.

2.- La sentencia recurrida no se aparta de dicha jurisprudencia, ni siquiera de la fijada en la última de las resoluciones citadas, que se invoca expresamente en el recurso, puesto que en dicha sentencia 1039/1999 no se consideró acreditado el sustrato fáctico necesario para apreciar el abuso de derecho; porque la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, o la apreciación de mala fe, depende de las circunstancias del caso concreto, que es precisamente lo que destaca la mencionada resolución. Es más, resulta significativo que ante el supuesto bloqueo en las votaciones la solución sea convocar una junta sin comunicarlo a la coadministradora solidaria, cuando precisamente el objetivo primordial de su celebración era su cese. O por lo menos, haber avisado con antelación a los socios que, en lo sucesivo, las convocatorias se harían conforme a lo previsto legal y estatutariamente.

Lo relevante no es la diligencia de la Sra. Andrea en relación con los medios por los que pudo conocer la publicación de la convocatoria en el BORME y en un diario de Sevilla, como pretende la recurrente (publicación de la convocatoria en dicho boletín y en un periódico que no se había realizado nunca desde la constitución de la sociedad), sino las circunstancias en las que se produjo la convocatoria y la valoración de la actuación unilateral del coadministrador solidario, a fin de determinar si se corresponde con un modelo de conducta que pueda ser considerado honesto y adecuado. Y no cabe considerar que su actuación fuera adecuada cuando rompió el hábito seguido durante toda la vida de la sociedad, no avisó a los socios del abandono de dicho uso y el acogimiento al sistema previsto en la ley y los estatutos, ni tampoco advirtió a su coadministradora solidaria que iba a convocar una junta en la que se iba a discutir su cese.

3.- Razones por las cuales este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Abuso de derecho. Planteamiento:

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la indebida aplicación del art. 7.2 CC, en el sentido de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del abuso de derecho y la concurrencia de los requisitos para apreciar el mismo.

2.- En el desarrollo del motivo, la propia parte lo considera estrechamente vinculado con el anterior, por lo que invoca las mismas sentencias como sustentadoras del interés casacional. Además, cita también como infringidas las sentencias de esta sala 159/2014, de 3 de abril; 722/2010, de 10 de noviembre; y 455/2001, de 16 de mayo, todas ellas relativas al abuso de derecho y al art. 7.2 CC.

Decisión de la Sala:

1.- Ha de advertirse, en primer lugar, que la determinación de si concurrió o no mala fe o abuso de derecho en la convocatoria de la junta con estricto cumplimiento de los requisitos legales, además del componente jurídico, tiene un componente fáctico inatacable en casación. Así lo mantuvo la sentencia de esta sala 910/2006, de 19 de septiembre, con cita de otras muchas, al decir: «La apreciación de la existencia de mala fe o de actuación abusiva por parte de los administradores constituye una valoración que se asienta en el examen de la prueba y circunstancias concurrentes y ha de ser respetada en vía casacional, salvo que se revele ilógica o absurda. La fijación de la base fáctica ha de ser respetada salvo que prospere la alegación casacional de error de derecho en la valoración de la prueba. La existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del juzgador de instancia, sin perjuicio de que también se refiera a un concepto jurídico que se apoya en una valoración de la conducta deducida de unos hechos cuya apreciación jurídica puede ser sometida a una revisión casacional (STS de 18 de diciembre de 2001, que cita otras muchas). Del mismo modo, la Sentencia de 28 de mayo de 2002 dejó sentado que es doctrina jurisprudencial que, para la declaración de existencia de abuso de derecho, resulta necesario que en las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida se manifieste el abuso en las circunstancias que lo determinan (SS. de 26 abril 1976 y 14 julio 1992), así como que su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo), según la sentencia de 30 mayo 1998».

2.- Pero es que, además de esta imposibilidad de revisión fáctica, ya hemos dicho al resolver el motivo anterior, que la sentencia recurrida analiza correctamente el proceder del administrador que se aparta de los usos habituales para la convocatoria de la junta general y oculta a la coadministradora dicha convocatoria, cuando la finalidad primordial de la asamblea convocada era su cese. Al actuar así frustró las expectativas legítimas de unos socios acostumbrados a que las juntas se celebraban en la modalidad de junta universal, previo aviso verbal, y no mediante convocatoria formal, lo que tuvo como efecto impedir su asistencia a la junta general. Por lo que este segundo motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 241/2015] DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Concurso de acreedores: incumplimiento del convenio. La previsión convencional que impone a los acreedores la carga de comunicar la cuenta corriente en la que quieren que se haga el pago de sus respectivos créditos, de modo que el incumplimiento de este deber puede conllevar la pérdida del derecho al cobro del correspondiente fraccionamiento de pago, no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, y no incumple los límites que respecto del contenido recoge la Ley Concursal.

«El supuesto de hecho y las cuestiones jurídicas objeto de este recurso coinciden con los del recurso 760/2014, que fue resuelto por la sentencia 228/2016, de 8 de abril, del recurso 1642/2014, que fue resuelto por la sentencia 3/2017, de 10 de enero, y del recurso 2051/2014, que fue resuelto por la sentencia 188/2017, de 15 de marzo, todos ellos interpuestos por Gymcol S.A. (en lo sucesivo, Gymcol), al igual que ocurre en el presente recurso. Por tanto, la solución que debe darse a este recurso es la misma que la que se dio en dichas sentencias, por no encontrar razones que justifiquen modificar el criterio seguido en ella.

2.- El 24 de octubre de 2008, fue declarado el concurso voluntario de Gymcol, que se tramitó con una propuesta anticipada de convenio. El convenio fue aprobado judicialmente el 11 de diciembre de 2009, sin que se hubiera formulado oposición a su aprobación. El apartado 5 de la propuesta de convenio aceptada por la mayoría de los acreedores y aprobada por el juzgado tiene el siguiente contenido: «EJECUCIÓN DE LOS PAGOS PROPUESTOS. A fin y efecto de facilitar la justificación del cumplimiento del Convenio, todos los pagos a realizar por Gymcol se realizarán por transferencia bancaria a la cuenta corriente que cada acreedor indique. A tales efectos los acreedores deberán comunicar fehacientemente a Gymcol los datos de la cuenta corriente, con expresión de la entidad, sucursal, dígito de control y número de cuenta, en la que desea le sean realizados los pagos; así como cualquier posterior modificación de la misma. Tal comunicación deberá realizarse dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de firmeza de la sentencia que apruebe el Convenio.

»El Acreedor que no haya realizado la comunicación dentro de los TRES (3) meses siguientes a contar de la fecha de la firmeza de la sentencia que aprueba el Convenio se entenderá renuncia automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, al primer pago, pero no a los siguientes, siempre y cuando realice la comunicación dentro de los TRES (3) primeros meses del período de pago siguiente, es decir, del segundo pago en los casos distintos de la Alternativa 3. En caso de que el acreedor tampoco realice la comunicación en el indicado plazo se entenderá

que renuncia, automáticamente, y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, a todos los pagos subsiguientes.

»No se considerará incumplimiento del Convenio el impago de las cantidades debidas motivado por no haberse comunicado los datos de la cuenta corriente en que realizar los pagos en el plazo indicados».

3.- En el año 2012, después de que varios acreedores concursales hubieran promovido incidentes en el mismo sentido (que tras las sentencias de primera y segunda instancia, finalizaron con las sentencias de esta sala 228/2016, de 8 de abril, 3/2017, de 10 de enero, y 188/2017, de 15 de marzo, a que se ha hecho referencia), Galería Gráfica S.L. (en lo sucesivo, Galería Gráfica) instó la declaración de incumplimiento del convenio por el impago de su respectivo crédito, y la apertura de la fase de liquidación. En el incidente concursal de resolución del convenio, la concursada, Gymcol, se opuso a esta pretensión porque no había existido ningún incumplimiento de las obligaciones novadas con el convenio pues, en realidad, el crédito cuyo impago se alegaba no había sido comunicado a tiempo, conforme a la cláusula 5.ª del convenio, y por ello se había producido el consiguiente efecto de renuncia previsto en dicha cláusula.

4.- El Juzgado Mercantil desestimó la petición de declaración de incumplimiento del convenio. Pero, al mismo tiempo, declaró: «[...] el deudor no puede disponer libérrimamente el cumplimiento de la obligación en los términos convencionalmente pactados con el colectivo acreedor [...] y judicialmente aprobados [...]. Y es que es claro que la no indicación por parte del acreedor de un eventual domicilio para pago no es mecanismo hábil de extinción de la obligación en nuestro Derecho [...] sin que desde luego la supuesta mora accipiendi que se denuncia al amparo de la estipulación quinta del convenio (cláusula por completo accesoria y residual y que no puede entenderse desde luego que viniere contemplada por el colectivo acreedor en el momento de emitir su adhesión al convenio, pues razonablemente en tal caso el sentido del voto bien hubiera podido ser diverso...». Por tal razón, en el fallo, además de acordar la desestimación de la pretendida declaración de incumplimiento del convenio, el juzgado añadió: «[...] teniéndose por reproducido en todo caso, a los efectos pertinentes, el considerando que se contiene en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico segundo de esta sentencia». Este párrafo de la fundamentación, a la que se remite el fallo, es el siguiente: «Esto es, y evidentemente en orden a salvar la vigencia y virtualidad del convenio, procede habilitar un lapso de subsanación de la situación dada. A tal efecto, y sin ulterior gracia, el deudor deberá regularizar la situación habida con los acreedores frustrados en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente, y sin que desde luego pueda sostenerse en el futuro el argumento defensivo aquí articulado para justificar el impago (que no el incumplimiento). Esto es, si transcurrido tal plazo, se denunciara supuesto de ulterior impago con una tal

motivación, es claro que sí se apreciará supuesto radical de incumplimiento, pues ya no cabría interpretación diversa de la cláusula negocial invocada». Y, en atención a lo anterior, no obstante la desestimación de la demanda, no se impusieron las costas a ninguna de las partes.

5.- La concursada recurrió en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, con la siguiente argumentación, que transcribía de la sentencia dictada en el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el otro incidente promovido con el mismo objeto: «El recurso ha de ceñirse al fallo, no a la fundamentación jurídica, por más que se dé por reproducida ésta en el fallo de la sentencia que, en definitiva, rechaza la demanda planteada contra el recurrente por incumplimiento del convenio. La ampliación del plazo de comunicación, aunque no expresamente planteada por las partes, no es sino una interpretación clarificadora, en un "obiter dicta", atendido -hemos de decirlo sin ambages- que el tenor del convenio resulta, al menos, inaplicable a las entidades bancarias, que no pueden facilitar a un deudor número de cuenta "propio" o distinto del que, el propio deudor mantenga, a su vez, en esa misma entidad, que, evidentemente, conoce como contratante que es; pretender que esa falta de comunicación conlleve la pérdida de un crédito reconocido, sería admitir la modificación de la lista de acreedores aprobada y del cumplimiento íntegro del convenio en virtud de una cuestión formal, e, incluso, de imposible e innecesario cumplimiento por parte de las entidades bancarias o financieras. No cabe examinar la cuestión desde el punto de vista de la incongruencia "extra petitum", congruencia que sí hay que ponerla en relación con lo planteado en la demanda y la contestación, y, desestimándose aquellas demandas planteadas y acumuladas, mal podría hablarse de incongruencia, pese a la interpretación -beneficiosa a la postre para el recurrente- en cuanto se rechaza lo pretendido por los acreedores».

6.- Frente a la sentencia de apelación, se formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los recursos están correctamente formulados, por lo que son admisibles, como ya se acordó por la sala en el auto de admisión, pues la sentencia causa un gravamen a la recurrente. Lo impugnado por Gymcol es un pronunciamiento incluido en el fallo de la resolución, tal como se desprende de lo resuelto por esta sala en las sentencias 228/2016, de 8 de abril, 3/2017, de 10 de enero, y 188/2017, de 15 de marzo, como se verá al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del recurso.

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formula bajo el siguiente epígrafe: «Ex art. 469.1-2º LEC, infracción de las normas procesales

reguladoras de la sentencia. Violación del art. 218 LEC por incongruencia ultra petitum»

2.- Como fundamento del motivo se alega que la promotora del incidente concursal había ejercitado la acción de incumplimiento del convenio, prevista en el art. 140 de la Ley Concursal, y la sentencia de primera instancia, excediéndose en lo que era objeto de enjuiciamiento, además de desestimar la demanda, incorpora al fallo, mediante una remisión a la fundamentación jurídica, una advertencia al deudor de que si no paga los créditos de los instantes en un mes desde la notificación de la sentencia, no podrá oponer la objeción planteada basada en el apartado 5 del convenio para justificar el impago, con vistas a una futura acción de resolución del convenio por incumplimiento.

El recurso entiende que el tribunal de instancia se ha excedido pues, conforme a lo que era objeto del incidente, debía haberse limitado a desestimar la acción de resolución del convenio, sin imponer al deudor concursado un plazo de un mes para pagar a los instantes del incidente sus créditos. La recurrente entiende que esta orden contiene una condena de futuro, sin juicio ni contradicción alguna.

TERCERO.- Decisión de la sala. Existencia de la incongruencia denunciada.

1.- Esta sala, en su sentencia 173/2013, de 6 de marzo, declaró: «El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir] y el fallo de la sentencia».

Y en la 468/2014, de 11 de septiembre, afirmó:

«De tal forma que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("ultra petita"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ("extra petita") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("infra petita"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige por ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de la demanda y, en su caso, de contestación a la demanda y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito».

2.- En el caso objeto del recurso, la promotora del incidente había solicitado la declaración de incumplimiento del convenio y la apertura de la fase de liquidación, y el juzgado desestimó esta pretensión. Lo hizo por razones distintas a las invocadas por la concursada, que presuponen una interpretación del convenio, en concreto del apartado 5, distinta de la realizada por la concursada. Frente a la posición de la demandada concursada de que el crédito de la acreedora instantánea de la resolución del convenio se ha extinguido al no haber sido comunicada la cuenta corriente

en la que debían realizarse los pagos en el plazo previsto en el convenio, el juzgado entiende que ese crédito no está extinguido y se adeuda. De tal modo que, si no se paga en un plazo de un mes, podría justificar una futura acción de resolución por incumplimiento del convenio. Y es, respecto de esta última apreciación, que incorpora a su decisión un pronunciamiento que excede de lo que era objeto de litigio.

La sentencia del juzgado no se limita a estimar o desestimar la petición de que se declare el incumplimiento del convenio y se abra la liquidación, sino que, a la vista de la objeción formulada por la concursada, introduce un pronunciamiento que contiene la declaración de que el crédito cuyo incumplimiento alegó el demandante se adeuda y concede un plazo de gracia de un mes para su pago, con la expresa advertencia de que su impago podría motivar la declaración de incumplimiento del convenio y su consiguiente resolución.

3.- El Juzgado, y luego la Audiencia al confirmar la sentencia de primera instancia, se exceden en su enjuiciamiento de lo que era la cuestión litigiosa. El tribunal de apelación, y antes el de primera instancia, sobre la base del incumplimiento alegado por el acreedor demandante y la objeción formulada por la concursada, podía haber estimado o desestimado la pretensión de que se declarara el incumplimiento del convenio y se abriera la liquidación. Pero no podía, sin incurrir en incongruencia, desestimar momentáneamente la resolución del convenio y conceder un plazo de gracia de un mes para que el deudor hiciera el pago con la advertencia de que, de no hacerlo así, podría volver a pedirse la resolución del convenio basado en aquel mismo impago.

Nueva sentencia

CUARTO.- Desestimación de la demanda.

1.- En un caso como el presente, en que se estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto al amparo del motivo 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la regla 7.ª del apartado 1 de la disposición final 16.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sala «dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación».

2.- No se discuten los hechos relevantes aducidos en la demanda para justificar la resolución del convenio y en la contestación para oponerse a la resolución. De acuerdo con la base fáctica fijada en la primera instancia y no cuestionada adecuadamente, el impago que se denunció en la demanda iniciadora del incidente se había producido y el demandante no comunicó la cuenta corriente en la que debían realizarse los pagos que le correspondían en cumplimiento del convenio. Lo que se discute es la validez de la cláusula 5.ª del convenio, transcrita en el apartado 2 del fundamento primero de esta sentencia, y su interpretación.

3.- Si la concursada niega que subsista el crédito que se dice impagado por el acreedor que solicitó la resolución del convenio, porque no fue comunicada la cuenta en la que debía realizarse la transferencia de pago en el tiempo y en la forma «convenidos», el tribunal debe interpretar la cláusula para constatar si procedía tener por renunciados esos créditos.

Conforme al art. 129.1 de la Ley Concursal, al resolver los motivos de oposición a la aprobación del convenio aceptado, el tribunal puede interpretar el convenio cuando, como afirma el precepto, «sea necesario para resolver sobre la oposición formulada». Pero esta previsión normativa, específica por la singularidad de la exigencia legal de la aprobación judicial y el previo trámite de oposición, no excluye que, como ocurre con cualquier otro contrato o negocio jurídico, el tribunal pueda interpretarlo cuando sea necesario para resolver una pretensión relativa al incumplimiento de lo pactado y sobre las consecuencias de dicho incumplimiento. De este modo, hemos de analizar qué fue lo convenido y, en su caso, su validez y eficacia, a la vista de las previsiones legales sobre el contenido del convenio y los trámites legales para su control y aprobación judicial.

4.- El convenio alcanzado en el concurso de acreedores de Gymcol, junto al contenido propio previsto en el art. 100 Ley Concursal, estableció un pacto, el quinto, relativo a la ejecución de los pagos convenidos, que preveía que los pagos se hicieran por transferencia bancaria a la cuenta corriente que cada acreedor indicara. Para ello se imponía a los acreedores la carga de comunicar, en el plazo de tres meses desde la firmeza de la aprobación del convenio, en qué cuenta corriente querían que se hiciera el pago de sus créditos. Y se establecía que, de no realizarse esta comunicación en este plazo, se entendería que ese acreedor renunciaba automáticamente y sin necesidad de comunicación o formalidad alguna, al primer pago. No a los siguientes, siempre y cuando se realizará la comunicación dentro de los tres primeros meses del periodo de pago correspondiente. Expresamente se pactaba que no debía considerarse incumplido el convenio por el impago de las cantidades debidas, cuando era consecuencia de la falta de comunicación en el plazo indicado de los datos de la cuenta corriente en qué realizar los pagos. El tenor literal de la cláusula no ofrece duda de que lo consentido por las partes que prestaron su aceptación, cuyos efectos se extienden al resto de los acreedores como consecuencia de la aprobación judicial, fue supeditar el cobro de cada uno de los fraccionamientos de pago convenidos a que, previamente, en un plazo de tres meses siguientes a la aprobación del convenio, en el caso del primer pago, y respecto del resto, al comienzo de cada periodo posterior, se comunicara en qué cuenta podía realizarse la transferencia. La consecuencia del incumplimiento de esta carga sería la pérdida del derecho, por renuncia, al cobro de los pagos afectados.

5.- Si estuviéramos fuera del ámbito concursal, no siendo ilícito lo convenido, afectaría a las partes que prestaron su consentimiento libre y no viciado. Pero en el ámbito

concurzal, surge la duda de si el control judicial al tiempo de la aprobación del convenio, por la que se extenderán los efectos del convenio a todos los acreedores afectados conforme a lo previsto en el art. 134 de la Ley Concursal, permitiría aminorar el rigor de los efectos del incumplimiento de esa carga de comunicación. Es muy significativo que, en el art. 131.1 de la Ley Concursal, el control judicial para la aprobación del convenio no se ciñe a la resolución de las posibles oposiciones, sino que, además, incluye un control de oficio por el juez: «El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración». En aquel momento, tras la aceptación del convenio, la ley permite rechazar de oficio su aprobación judicial cuando, entre otros motivos, se infrinja alguna de las normas que la ley establece sobre el contenido.

En nuestro caso, ni los acreedores ni el juez, de oficio, advirtieron que el convenio fuera contrario a las normas legales sobre su contenido del art. 100 de la Ley Concursal. De hecho, propiamente, el problema planteado aquí no afecta al alcance de la novación de los créditos propuesta y aceptada. La cuestión se sitúa en otro plano: si pueden pactarse formas de realizar los pagos y, al hilo de ello, si puede imponerse a los acreedores la carga de comunicar la cuenta corriente en la que quieren que se haga el pago de sus respectivos créditos, y si el incumplimiento de este deber puede conllevar la pérdida del derecho al cobro del correspondiente fraccionamiento de pago. Esta previsión convencional, que no afecta propiamente al contenido del convenio concursal, sino a la forma de hacerse el pago, no incumple los límites que respecto del contenido recoge el art. 100 de la Ley Concursal. Tampoco advertimos que infrinja normas de carácter imperativo, que, conforme a la doctrina contenida en nuestra sentencia 50/2013, de 19 de febrero, permitan tenerla por no puesta y aplicar la norma imperativa. Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable de tres meses y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de esos pagos.

6.- En consecuencia, si la cláusula quinta del convenio es válida y no infringe ninguna norma imperativa que impida su aplicación, debe desenvolver todos sus efectos. Entre ellos que, respecto del primer pago, los acreedores que no comunicaron la cuenta en la que debían hacerse las correspondientes transferencias de pago, dentro del plazo de tres meses desde la publicación de la aprobación del convenio, se entendería que habían renunciado a ese primer pago. De tal forma que, en ese caso, su falta de pago no podía considerarse un incumplimiento del convenio a los efectos del art. 140 de la Ley Concursal, y por ello debía desestimarse la pretensión de la demandante que solicitó la resolución del convenio».