

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 66

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

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 255/2015] DE 28 DE MARZO DE 2017 [Ponente: Ángel Blasco Pellicer]

Despido objetivo del trabajador: falta de puesta a disposición simultánea de la indemnización. En las situaciones en las que se alega falta de efectivo para poner a disposición la indemnización legalmente exigida en los despidos objetivos por causas económicas, no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica.

«La representación letrada de D. Valeriano ha formulado recurso de casación para la unificación de la doctrina contra la sentencia de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede de Sevilla- de diez de julio de 2014, recaída en el recurso de suplicación nº 1801/2013 que estimó el recurso de tal clase interpuesto por la empresa demandada Ferroutrera, S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Sevilla. Esta sentencia de instancia había declarado el despido objetivo del citado trabajador como improcedente -en atención a la falta de puesta a disposición simultánea de la indemnización-, mientras que la sala sevillana, estimando el recurso de suplicación, declaró el despido como procedente.

2.- El supuesto resuelto por la sentencia recurrida presentaba las siguientes características y se sustentaba sobre los hechos relevantes a estos efectos casacionales que se transcriben a continuación: 1) El actor que venía trabajando para la mercantil Ferroutrera, S.L. fue despedido con fecha 15 de junio de 2012 mediante carta en la que se justificaba la decisión extintiva por las circunstancias económicas previstas en el artículo 52. c) ET y en la que se refería la concurrencia de causas de naturaleza económica y productiva. En concreto se alegaba la bajada del precio de elaboración y colocación en obra de la ferralla en torno al 20%, un menor volumen de actividad, pérdidas de más de

13.000 euros en 2011 y de más de 134.000 en balance parcial al 30 de abril 2012, así como un impago de más de 178.000 euros por concurso de acreedores de la deudora y un saldo de deudores superior al millón doscientos mil euros que estaría en fase de reclamaciones judiciales. 2) Otros siete trabajadores indefinidos y 34 temporales vieron extinguida su relación laboral. 3) La empresa viene haciendo frente a las nóminas de los trabajadores atendiendo a facturas y proveedores, si bien aplazando los pagos o emitiendo pagarés. 4) A la fecha del despido presentaba un saldo en cuenta aproximado de 6.000 euros.

3.- Para viabilizar la contradicción la recurrente aporta como referencial la sentencia dictada por la sala de lo social con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de mayo de dos mil catorce, recaída en el recurso de suplicación nº 1020/13. Esta sentencia confirmó la improcedencia del despido por causas objetivas económicas de un trabajador que había sido así calificado por la sentencia de instancia del Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla. Se da la circunstancia de que, en ambas sentencias, se trata de dos trabajadores despedidos el mismo día por la misma empresa con la misma carta de despido y en los que no se ha puesto a disposición, simultáneamente a la entrega de la carta, de la indemnización, alegándose por la empresa falta de liquidez derivada de la situación económica que justificaba el despido. Concorre, además la circunstancia, de que los hechos declarados probados en ambas sentencias son idénticos lo que implica que en ambas constan exactamente de manera literal las circunstancias relevantes para el examen de la contradicción. Así, al igual que ocurría en la recurrida en la sentencia de contraste aparece: 1) El actor que venía trabajando para la mercantil Ferroutrera, S.L. fue despedido con fecha 15 de junio de 2012 mediante carta en la que se justificaba la decisión extintiva por las circunstancias económicas previstas en el artículo 52. c) ET y en la que se refería la concurrencia de causas de naturaleza económica y productiva. En concreto se alegaba la bajada del precio de elaboración y colocación en obra de la ferralla en torno al 20%, un menor volumen de actividad, pérdidas de más de 13.000 euros en 2011 y de más de 134.000 en balance parcial al 30 de abril 2012, así como un impago de más de 178.000 euros por concurso de acreedores de la deudora y un saldo de deudores superior al millón

doscientos mil euros que estaría en fase de reclamaciones judiciales. 2) Otros siete trabajadores indefinidos y 34 temporales vieron extinguida su relación laboral. 3) La empresa viene haciendo frente a las nóminas de los trabajadores atendiendo a facturas y proveedores, si bien aplazando los pagos o emitiendo pagares. 4) A la fecha del despido presentaba un saldo en cuenta aproximado de 6.000 euros.

4.- La existencia de contradicción es palmaria pues nos encontramos ante un supuesto en el que los hechos son exactamente iguales y también lo son las pretensiones y los fundamentos, habiendo llegado las sentencias comparadas a soluciones diferentes. Las diferencias advertidas por el Ministerio Fiscal en su informe no se refieren a diferencias en la redacción de los hechos probados (se insiste en que, salvo, las circunstancias personales de los respectivos actores, el resto de los hechos son idénticos) sino a discrepancias en la interpretación que de esos mismos hechos se hacen en los fundamentos de las sentencias comparadas que no alteran la total y sustancial identidad fáctica, sino que refuerzan la existencia de contradicción. En efecto, sobre la base del reconocimiento común de las mismas dificultades económicas, de las mismas deudas que la empresa tiene pendientes, de las mismas pérdidas y del mismo saldo bancario, para la sentencia recurrida se considera acreditada la falta de liquidez de la empresa y para la referencial tal acreditación no se produce. Y ello porque la recurrida entiende que todos los datos económicos reseñados en la carta de despido evidencian la imposibilidad material de poner a disposición la indemnización en el momento de la entrega de la carta, en tanto que la referencial estima que tales datos son insuficientes para tener por acreditada la falta de liquidez.

SEGUNDO.- 1.- La recurrente estima que la sentencia recurrida infringe los artículos 52.c), 53.1b) y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, sin explicar claramente en que consiste la infracción, más allá de poner de relieve que, respecto de los mismos hechos, la sentencia de contraste y otras sentencias de la misma sala ante hechos idénticos entendieron que, con los datos reflejados en la relación de hechos probados, no podía estimarse la existencia de falta de liquidez suficiente para exonerarse legalmente de la falta de puesta a disposición simultánea de la indemnización por despido. Así formulado el recurso, la cuestión que en el mismo se plantea es la relativa a la acreditación de la falta de liquidez, cuestión que ya ha sido abordada por la Sala en anteriores pronunciamientos.

2.- Nuestra sentencia de 25 de enero de 2005 (recurso 6290/2003 (LA LEY 11721/2005)) dejó establecido que, en estas situaciones en las que se alega falta de efectivo para

poner a disposición la indemnización legalmente exigida en los despidos objetivos por causas económicas, no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que -se insiste en ello- es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testificala cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez. Igualmente hemos venido señalando, de manera especial, que la situación de falta de efectivo para poner a disposición la indemnización no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador según el apartado 3 del art. 217 de la LEC (LA LEY 58/2000) [STS de 21 de diciembre de 2005, rec. 5470/2004 (LA LEY 245466/2005)].

3.- Resulta evidente que en el caso de autos la empresa introdujo en el proceso no sólo indicios, sino elementos de juicio suficientes sobre la incidencia de la mala situación económica en la imposibilidad de poner a disposición del trabajador la indemnización en el momento de la entrega de la comunicación escrita. Se acreditó la pésima situación económica de la empresa dejando patente el volumen de deudas que tenía pendientes, así como la pérdida de clientes y el impago de créditos pendientes. Igualmente se dejó constancia de que la atención a los pagos regulares (nóminas, proveedores) se efectuaba aplazadamente o mediante la entrega de pagarés diferidos y, finalmente consta que el saldo bancario apenas llegaba a los seis mil euros, cantidad notoriamente insuficiente para atender a las indemnizaciones de los despidos. Tales elementos no fueron neutralizados o destruidos por quien invocaba la existencia de la posibilidad de que se le hubiese pagado en su momento. Por ello, no se produjo infracción alguna en la sentencia recurrida del artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, sino que, por el contrario, se aplicó el precepto con absoluta corrección. En consecuencia, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el motivo del recurso ha de desestimarse y, con ello, el recurso ».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2892/2014] DE

18 DE MAYO DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Derecho de patentes: alcance del enjuiciamiento del requisito de la actividad inventiva. El criterio para juzgar sobre este requisito es si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio, en cuyo caso falta la actividad inventiva. Ahora bien, el mero hecho de que la invención combine elementos caracterizadores de dos patentes anteriores, no debe inducir a pensar que necesariamente carece de actividad inventiva. Es el recurrente quien corre con la carga de demostrar por qué la combinación de aquellos elementos caracterizadores de las dos patentes anteriores era evidente, y en última instancia por qué la solución técnica comprendida en la invención era obvia para el experto medio.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. En 1997, Loctite España, S.A. (en la actualidad, Henkel Ibérica, S.A.) solicitó la patente que más tarde fue concedida y validada en España como ES 2.171.293 (en adelante, ES 293). Esta patente que lleva por título «Material para sellar juntas de tuberías roscadas y dispensador para el mismo», contiene once reivindicaciones. El tenor de la primera reivindicación, respecto de la cual las restantes son dependientes, es el siguiente:

«1. Artículo manufacturado que comprende un material para el sellado de las juntas de tuberías enroscadas que comprende un hilo multifilamentoso (7) recubierto con una composición para sellar juntas y acondicionado en un dispensador (1+3,13) del que se puede suministrar el hilo recubierto (7) para la aplicación directa en una zona roscada de una tubería».

2. Jorferes, S.L. interpuso una demanda en la que pedía la nulidad de la patente ES 293, por falta de novedad, de actividad inventiva y de aplicabilidad industrial.

El Juzgado mercantil que conoció en primera instancia desestimó la demanda como consecuencia de haber apreciado la falta de legitimación activa de Jorferes, S.L., en atención a que por su objeto social no podía considerársela perjudicada por la patente y por ello carecía de interés. 3. La sentencia de primera instancia fue recurrida por la demandante. La Audiencia, después de apreciar que Jorferes, S.L. sí gozaba de legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad de la patente ES 293, desestimó esta pretensión de nulidad. En primer lugar, analizó la pretendida falta de novedad, y concluyó que no había quedado acreditada la existencia de alguna anterioridad que

incorporara todas las características técnicas de la invención. Luego, examinó la pretendida falta de actividad inventiva y concluyó:

«Debía haberse demostrado que, en el año 1997, por el estado de la técnica del sector, para un experto en la materia le era obvio o evidente la actividad inventiva patentada, es decir, la solución técnica dada para un problema concreto; pues no se trata simplemente de combinar dos elementos descritos en diferentes patentes, pues la patente Maderk (WO96/16800) no habla de cinta encubierta y la atacada es de hilo recubierto; la patente Flick (US 4606134) es sólo un dispensador. La patente Loctite, dadas las descripciones de sus reivindicaciones independientes, no se basa en una mera y simple combinación de esos dos elementos sino de la configuración de un artículo manufacturado que integra de forma unitaria una composición sellada más un hilo y todo ello en un dispensador; y esto lo que debería ser como solución global lo concebido de forma evidente por un experto, aspecto no demostrado».

La sentencia de apelación a bordó, finalmente, la objeción acerca de la falta de aplicabilidad industrial, y la desestimó.

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un solo motivo, que guarda relación con la nulidad por falta de actividad inventiva.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 8.1 de la Ley de Patentes de 1986 (en adelante, LP), en relación con el art. 4.1, 6.2, 26 y 112.1 LP y con los arts. 52.1, 54.2, 56, 69, y 138 del Convenio de Munich de 1973 sobre patente europea (en adelante, CPE).

El recurrente entiende que si la patente ES 293 es una mera combinación de dos patentes anteriores, las denominadas Maderk (WO96/16800) y Flick (US 4606134), «es evidente que no cumple con el requisito de la actividad inventiva del art. 8.1 LP, ya que lo que la citada patente está reivindicando (art. 26 LP y arts. 27.1.c y 69 CPE) es una combinación de elementos pertenecientes a dos patentes inscritas con anterioridad a la fecha de su solicitud, por lo que el desarrollo intelectual en su obtención ha sido nulo, siendo claramente evidente este resultado para un experto en la materia que dispone de toda la información, ya que, como consecuencia

de ello, conoce de la existencia de las patentes Maderk y Flick».

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

2. Desestimación del motivo. Jurisprudencia sobre la actividad inventiva. Como en otras ocasiones, hemos de partir de la jurisprudencia de esta sala sobre el alcance del enjuiciamiento del requisito de la actividad inventiva, que se

contiene entre otras en las sentencias 182/2015, de 14 de abril, y 325/2015, de 18 de junio:

«Conforme al artículo 4.1 LP, "son patentables las invenciones nuevas que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial". Luego la ausencia de actividad inventiva justifica la nulidad de la patente [artículo 112.1.c) LP]. El art. 8.1 LP, que se corresponde con el art. 56 CPE, prescribe que "una invención implica una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia".

» El criterio para juzgar sobre este requisito es si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio, en cuyo caso falta la actividad inventiva. Como afirma la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes: "al objeto de (juzgar) sobre la actividad inventiva, el criterio correcto a aplicar no es si el objeto reivindicado le habría resultado obvio a una persona inventiva, al margen del propio inventor, sino si hubiera resultado obvio a una persona competente pero no imaginativa, que responde a la noción de persona experta en la materia" (T 39/93, OJ 1997, 134)».

Es cierto que en las reseñadas sentencias 182/2015, de 14 de abril, y 325/2015, de 18 de junio, también declaramos que:

«Al analizar la obviedad o no de la invención, el experto no trata los documentos o anterioridades de forma aislada, como sí debe analizarse en el caso de la novedad, sino que los combina de forma que de su conjunto pueda apreciar la existencia o inexistencia de información suficiente que permita sostener si éste hubiera llegado a las mismas conclusiones sin necesidad de contar con la información revelada por el inventor».

Pero como aclaramos más tarde, en la sentencia 334/2016, de 20 de mayo, «esta última mención a la combinación de documentos o anterioridades en el enjuiciamiento de la obviedad no deja de ser una formulación genérica, que tan sólo pretende advertir que cabe tal combinación, por contraste con el juicio de la novedad, que en ningún caso es posible. Pero, lógicamente, la procedencia de una determinada combinación está supeditada a la apreciación de que estuviera sugerida o fuera evidente para el experto medio. Sin perjuicio de que, con frecuencia, está ínsito en el juicio de obviedad la determinación de qué concretas anterioridades, combinadas, muestran que, para un experto medio, con sus conocimientos a la fecha de prioridad, la invención resultaba evidente».

De acuerdo con lo anterior debemos rechazar que por el mero hecho de que la invención contenida en la

reivindicación 1ª de ES 293 combine elementos caracterizadores de dos patentes anteriores, las denominadas Maderk (WO96/16800) y Flick (US 4606134), necesariamente carezca de actividad inventiva. Por eso, como apostillamos en aquella sentencia 334/2016, de 20 de mayo, «la concreta combinación de anterioridades tiene que resultar sugerida en el estado de la técnica o ser evidente para el experto medio». Y esto es lo que no se pone en evidencia en el recurso.

En este momento, en que el demandante que pidió la nulidad de ES 293 por falta de actividad inventiva, recurre en casación la sentencia de apelación que entiende que la invención no es una mera y simple combinación de elementos caracterizadores de dos patentes anteriores y que no se había acreditado (justificado) que la solución alcanzada por la invención fuera entonces (fecha de prioridad) evidente para un experto medio a la vista del estado de la técnica, es el recurrente quien corre con la carga de demostrar por qué la combinación de aquellos elementos caracterizadores de las dos patentes anteriores era evidente, y en última instancia por qué la solución técnica comprendida en la invención era obvia para el experto medio. Experto medio que, siendo «un especialista hipotético en el campo de la técnica de la invención que posee el conocimiento común general sobre la materia, (...) es más un experto en el campo del problema técnico, que en el de la solución. No es creativo, carece de especial ingenio (no es un inventor) y se ve afectado por los prejuicios entonces existentes en el estado de la técnica» (sentencia 334/2016, de 20 de mayo).

Nada de ello hace el recurrente, más allá de insistir en que, como la patente ES 293 combina elementos de dos patentes anteriores, no cumple el requisito de la actividad inventiva, que como hemos visto es por sí solo insuficiente».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3085/2014] DE 19 DE MAYO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de distribución en exclusiva y de duración indefinida: resolución unilateral del concedente. Como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, si bien, el deber de lealtad exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando la obligación de preaviso no esté expresamente prevista en el contrato (art. 1258 CC). En consecuencia, resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de

un preaviso razonable, que le hubiera permitido reorientar su actividad comercial. Además, en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en la Ley de Contrato de Agencia (art. 28), pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos. La obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato, de modo que, a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso.

«El presente caso, relativo a un contrato de distribución en exclusiva y de duración indefinida, sin cláusula de preaviso, plantea, como cuestiones de fondo, tras la resolución unilateral por el concedente, la procedencia de indemnización al distribuidor por clientela y por falta del preaviso debido (artículos 28 y 25 LCA). Asimismo, plantea la procedencia de indemnización derivada por el mantenimiento de un cierto stock de productos para el cumplimiento del contrato.

2. De los hechos acreditados y las valoraciones realizadas en la instancia, interesa destacar lo siguiente.

I) Las partes, mediante acuerdo verbal, iniciaron una relación contractual de distribución.

II) Al menos desde cinco años antes a la fecha en que el concedente resolvió unilateralmente dicha relación (31 de julio de 2011), la entidad demandante estuvo designada como representante y distribuidora en exclusiva de los materiales de cirugía maxilofacial de la concedente en España.

III) Dicha relación contractual de distribución fue acordada por un período de tiempo indefinido, sin plazo de preaviso de extinción del contrato.

IV) La distribuidora no incumplió, de forma grave, las obligaciones esenciales asumidas en la relación contractual. Por lo que la extinción de la misma obedeció a la resolución unilateral operada por la parte concedente.

3. En síntesis, la entidad distribuidora, Maffinter Med S.L, formuló demanda contra la entidad Gebrüder Martín GMBH CO.KG, empresa concedente, por la que, con base en la relación contractual de distribución que les vinculaba, solicitó que se condenase a la demandada a indemnizarla en la suma de 4.141.054,22 euros, importe que desglosaba en atención a los siguientes conceptos: indemnización por clientela, por falta de preaviso, por valoración del stock, por inversiones no amortizadas y por los «bonus» impagados de

acuerdo con los objetivos del año 2010. A su vez, reconoció una deuda con la concedente por importe de 96.631 euros. La demandada se opuso a la demanda y solicitó su libre absolución.

4. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Con base en la prueba practicada consideró que la demandante tenía derecho tanto a la indemnización por clientela, como a la derivada de una falta de comunicación de la resolución operada con una antelación razonable. Respecto a la primera, y sobre el beneficio neto medio del distribuidor, fijó la indemnización en la cantidad de 215.387 euros. Con relación a la segunda, dedaró una indemnización por 71.796 euros. Para cuantificar ambas indemnizaciones se basó en el informe presentado por el perito de la parte demandada. También consideró que la demandada debía hacerse cargo del stock de la distribuidora, si bien a precio de coste y no de venta. En el fallo declaró que la cantidad resultante de la indemnización reconocida debía deducirse la cantidad que la demandante adeudaba a la demandada, esto es, 96.631 euros.

5. Interpuestos recursos de apelación por ambas partes, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de la demandante y estimó en parte el recurso de la demandada. En ese sentido, no compartió el criterio de la sentencia de primera instancia acerca de la indemnización derivada por el stock que tenía almacenado la distribuidora para el cumplimiento del contrato que finalmente fue resuelto. Consideró que, en la relación negocial objeto del litigio, la demandante no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de los productos de distribución pues, en definitiva, la distribuidora compraba en firme a la concedente los productos que le eran solicitados por los clientes, a quienes los revendía, asumiendo los riesgos de esta comercialización. Por lo que concluyó que no estaba probada dicha obligación de recompra del stock. La demandada solicitó complemento de la sentencia con relación a la excepción de incumplimiento contractual por la indebida fidelización de hospitales públicos realizada, según su criterio, por la demandante.

Dicha solicitud fue rechazada por auto de 4 de septiembre de 2012, dado que la sentencia de la Audiencia, fundamento de derecho quinto, expresamente dedaraba que, a la vista de «los elementos probatorios aportados al proceso no ha justificado en forma cumplida y suficiente que la entidad actora hubiere incumplido, de forma grave, algunas de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato».

6. Frente a la sentencia de apelación, la parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que han sido admitidos. La parte demandada, interpone recurso de casación que ha sido

admitido. Se procede, en primer lugar, al examen del recurso de casación de la parte demandada.

Recurso de casación de Gebrüder Martín GMBH CO.KG.

SEGUNDO. - Contrato de distribución, en exclusiva, de duración indefinida. Procedencia de la aplicación analógica del artículo 28 LCA a la comercialización de productos sanitarios. Indemnización por un preaviso de resolución contractual insuficiente, artículo 25 LCA. Improcedencia de la exceptio non adimpleti contractus.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el primer motivo, denuncia la infracción del artículo 28 de LCA por aplicación indebida. Argumenta, en esencia, que no existe razón para la aplicación analógica de dicho precepto, pues por la especialidad que presenta el mercado de estos productos sanitarios, sujetos a una regulación específica, se proscriben las prácticas de captación y fidelización de clientela por los agentes o distribuidores. Con cita, entre otras normativas, de las Directivas 93/42/CEE y 90/385/CEE, del Consejo, así como del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

2. El motivo debe ser desestimado.

De acuerdo con las características de la presente relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica del artículo 28 LCA sobre la base de la regulación sectorial que cita la recurrente.

En primer lugar, como se desprende de la prueba practicada, no consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por la vía del concurso público, sin posibilidad de contratación directa por los jefes de servicio.

En segundo lugar, tampoco puede descartarse, con carácter general, que la actividad comercial del distribuidor no pueda generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada.

Precisamente, y, en tercer lugar, esto es lo que ocurre en el presente caso. En donde ambas instancias consideraron acreditada la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora de los productos sanitarios.

3. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 25 LCA, por aplicación indebida. Argumenta que no cabe la aplicación analógica del citado precepto y que el plazo de preaviso de dos meses fue adecuado, sin que originase daño o perjuicio para la demandante.

4. El motivo debe ser desestimado.

Con relación al contrato de distribución por tiempo indefinido, en el que se ejercita la resolución del contrato sin preaviso por el concedente, esta sala, en la sentencia 569/2013, de 8 de octubre, tiene declarado lo siguiente: «[...]La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida (Sentencia 378/2010, de 22 de junio, con cita de otra anterior 239/2010, de 30 de abril).

» Pero lo anterior no obsta que, en supuestos como el presente de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, en nuestro caso por veinte años, la jurisprudencia haya considerado el preaviso una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Como recuerda la sentencia 480/2012, de 18 de julio, "en nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida (Sentencia 130/2011, de 15 marzo), pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 Ccom, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria incluso cuando no está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación". Aunque "es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida (...), que un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios" (sentencia 130/2011, de 15 de marzo, que reitera la anterior sentencia 1009/2005, de 16 de diciembre).

» En nuestro caso, aunque en sí misma la resolución de la relación contractual es razonable, en atención a los legítimos intereses del comitente frente a una bajada ostensible de la facturación de su distribuidor, sin embargo, la falta de preaviso, que permitiera a la distribuidora reorientar su actividad comercial, sí supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión. En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto

unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el art. 25 LCA, que, aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente. Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia. Ya este respecto estimamos el recurso de casación, pues la sentencia de instancia, al juzgar que no constaba acreditado que se hubiera producido un perjuicio como consecuencia del incumplimiento del preaviso, reducía el posible daño indemnizable derivado de la falta de preaviso a las inversiones no amortizadas y excluía de su consideración el lucro cesante».

La decisión de la Audiencia resulta correcta porque, en el presente caso, conforme a la doctrina expuesta, la sentencia recurrida considera que resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial. En este sentido, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (artículo 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), y en su aplicación a las circunstancias del caso (contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas), concluye que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 LCA, que aunque no resulta directamente de aplicación, sirve de referente para determinar la adecuación y el carácter razonable de la antelación del preaviso exigible en un caso como el presente.

5. En el motivo tercero, la recurrente denuncia la vulneración de la jurisprudencia relativa a la excepción non adimpleti contractus, con cita, entre otras, de la sentencia de esta sala 294/2012, de 18 de mayo. Argumenta que debió ser aplicada ante el incumplimiento de la demandante al tratar de condicionar las decisiones comerciales del concedente.

6. El motivo debe ser desestimado.

El propio tenor de la jurisprudencia de esta sala, que es objeto de la cita, evidenciaría la carencia del fundamento del presente motivo, pues precisa, expresamente, que la aplicación de la excepción non adimpleti contractus requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la

prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias.

En el presente caso, ambas instancias, consideran acreditado que la distribuidora no ha incumplido «de forma grave, alguna de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato». Por lo que la recurrente plantea, en realidad, que se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba que resulta claramente improcedente por la vía de este recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Maffinter Med S.L.

TERCERO. - 1. La recurrente, al amparo de los ordinales 2.º y 4.º del artículo 469.1 LEC, interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos.

En el primer motivo, con relación al ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 216 y 218 LEC respecto del principio de justicia rogada y el deber de congruencia de las sentencias.

Argumenta que la sentencia recurrida altera los términos del debate fijado por las partes al considerar que no ha quedado probada la obligación de la demandante de mantener un depósito de productos en los centros hospitalarios. Dicho extremo no resultó negado por la demandada, ni se fijó como hecho controvertido.

2. El motivo debe ser estimado.

Conforme al artículo 465.2 LEC, y tras el examen de la demanda, de la contestación a la misma, de la audiencia previa y del recurso de apelación de la demandada, se desprende que la concedente, salvo una oposición genérica a las pretensiones de la actora en el escrito de contestación a la demanda, no negó expresamente el hecho aducido por la demandante acerca de su obligación de mantener un cierto stock de los referidos productos en los hospitales a los que suministraba. En este sentido, su oposición se centró en la ausencia de una previa obligación de recompra de dichos productos objeto de stock.

3. Dado que la recurrente plantea dicha cuestión en el ámbito sustantivo del recurso de casación, motivo segundo, nos remitimos a su examen a la hora de pronunciarnos sobre las consecuencias jurídicas que se deriven del mismo.

4. La estimación del motivo comporta la innecesariedad de entrar en el examen del motivo segundo del recurso, submotivo primero, y en el examen del motivo tercero, dada su conexión con la estimación realizada.

5. En el submotivo segundo, del motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 348 LEC, relativo a la valoración del dictamen pericial conforme a las reglas de la sana crítica. Argumenta que, en el informe aportado de parte, se detallan las partidas que confirman el

gasto que se reclama por la participación de la demandante en el 21 Congreso Nacional de Cirugía Oral y Maxilofacial de 2011, celebrado en Valladolid.

Por lo que el pronunciamiento de la sentencia recurrida, con relación a lo aportado en el informe pericial, resulta ilógico y contrario a las reglas de la sana crítica.

6. El submotivo debe ser desestimado.

La decisión de la sentencia recurrida de no admitir dicho gasto en la liquidación de la relación obligatoria, por no haberse justificado suficientemente, se realiza no sólo en atención al examen del citado informe pericial, sino con base en la valoración de la prueba en su conjunto (de «los elementos probatorios aportados al proceso»).

Conclusión que, a su vez, confirma la valoración de la prueba realizada por la sentencia de primera instancia que, en este aspecto, además, destacó que dichos gastos de participación en el Congreso «respondieron a un fasto meramente voluntario de quien lo asumió, en modo alguno impuesto por la relación jurídica subyacente entre la actora y la demandada».

Recurso de casación de Maffinter Med S.L.

CUARTO. - Contrato de distribución por tiempo indefinido y en exclusiva. Aplicación analógica del artículo 28 LCA. Cálculo de la indemnización en función de los ingresos «netos» del distribuidor. Obligación de compra del stock por parte del concedente tras la resolución unilateral del contrato: naturaleza y alcance. Integración del contrato, artículo 1258 del Código Civil. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 28.3 LCA y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el artículo 11 de dicha Ley y con el artículo 1255 del Código Civil. Argumenta que el cálculo de la indemnización por clientela en el contrato de distribución debió realizarse en función de los ingresos brutos del distribuidor.

2. El motivo debe ser desestimado.

Con relación al criterio de «margen bruto» o «neto» que debe seguirse para el cálculo de la indemnización por clientela en el contrato de distribución, esta sala se ha pronunciado en las sentencias 356/2016, de 30 de mayo y 137/2017 de 1 de marzo, en los siguientes términos:

«[...] Pero dicha sentencia 39/2010, más allá de remitirse a la de 22 de junio de 2007, para caracterizar que en el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, no es

concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas.

No obstante, sí hay jurisprudencia que considera que, en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (sentencia 296/2007, de 21 de marzo), esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (sentencia 346/2009, de 20 de mayo). Cuyo importe tendrá el carácter de máximo».

La sentencia recurrida, al igual que la sentencia de primera instancia, aplica correctamente esta doctrina jurisprudencial, pues expresamente tiene en cuenta «aquellos gastos que resultan precisos para la obtención del producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales), esto es, el beneficio neto -diferencia entre el beneficio bruto (ingresos menos gastos de la operación) y los gastos generados (salarios, amortizaciones, tributos, rentas intereses)».

3. En el motivo segundo, la recurrente denuncia la infracción del artículo 1258 del Código Civil, con relación a los artículos 1101 y 1106 del mismo texto legal. Argumenta que la demandada, tras la resolución unilateral y sorpresiva del contrato, ha contravenido el principio de buena fe contractual y, en consecuencia, debe ser condenada a recomprar a la demandante el stock de los productos que ésta mantenía en depósito en los centros hospitalarios.

4. El motivo debe ser estimado en parte.

En principio, con carácter general, al margen de lo pactado las partes, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato. Por lo que, a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en sus sentencias núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 abril, ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato (artículo 1258 del Código Civil) no sólo sanciona entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de

forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato y, por tanto, su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción.

En el presente caso, conforme a la integración del contrato, con arreglo al principio de buena fe, debe concluirse que la distribuidora viene legitimada para exigir a la concedente el pago del stock de productos conexo a la ejecución que venían efectuándose del contrato de distribución. En este sentido, abunda la valoración de las circunstancias del presente caso. Así en primer término, debe tenerse en cuenta que la concedente no ha negado el hecho de que la distribuidora asumía una obligación de mantenimiento de un cierto stock de productos para la ejecución del contrato de distribución. En segundo término, debe destacarse la larga duración de la relación negocial que vinculaba a las partes. Relación de distribución en exclusiva, claramente acreditada al menos con cinco años de antelación con respecto a la resolución contractual ejercitada. En tercer término, y estrictamente relacionado con lo anterior, también merece resaltarse que la concedente no comunicó su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente a la distribuidora, de forma que ésta pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su stock.

Todo ello conduce a que la distribuidora debe ser indemnizada por el daño ocasionado (daño emergente) que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta en los centros hospitalarios. Si bien, como declaró la sentencia de primera instancia, dicha indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock y no al precio de venta de las mismas, como pretende la recurrente».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3317/2014] DE 19 DE MAYO 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de ejecución de obra: aplicación de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales a los plazos de pago pactados. El carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación de la normativa del alcance de la limitación

en la determinación del plazo establecida en la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante LLCM), tras las modificaciones operadas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la LLCM, y la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante LMAE).

2. Con relación a la modificación introducida por la Ley 15/2010, de 5 de julio, el originario artículo 4 de la LLCM, que dejaba la determinación del plazo de pago al pacto entre las partes y, en su defecto, a un plazo de 30 días, quedó redactado con el siguiente tenor:

«[...] Artículo 4. Determinación del plazo de pago.

»1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor será el siguiente:

» a) Sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios. Este plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes.

» b) Si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios, sesenta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

» c) Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato y si el deudor recibe la factura antes de finalizar el período para realizar dicha aceptación, el plazo de pago que debe cumplir el deudor se computará a partir del día de recepción de los bienes o servicios adquiridos y no podrá prolongarse más allá de los sesenta días contados desde la fecha de entrega de la mercancía».

El propio Preámbulo de la Ley 5/2010, entre los objetivos y finalidades de las modificaciones operadas, destacaba lo siguiente:

«[...] Los efectos de la crisis económica se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores. En especial, está afectando a las pequeñas y medianas empresas, que funcionan con gran dependencia al crédito a corto plazo y con unas limitaciones de tesorería que hacen especialmente complicada su actividad en el contexto económico actual.

» Con este objetivo, resulta particularmente importante en la presente Ley, suprimir la posibilidad de «pacto entre las partes», la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, siendo generalmente las Pymes las empresas más perjudicadas.

» [...] En lo que se refiere a los plazos de pago entre empresas, se establece un plazo máximo de pago de 60 días por parte de empresas para los pagos a proveedores. Este

plazo de pago no podrá ser ampliado por acuerdo entre las partes, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del plazo de pago».

3. Por su parte, con la modificación operada por la LMAE, el citado artículo 4 de la LLMCM queda con el siguiente tenor: «[...] Artículo 4. Determinación del plazo de pago.

»1. El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad.

» Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios.

» Cuando en el contrato se hubiera fijado un plazo de pago, la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.

» 2. Si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios, incluso aunque la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación.

» 3. Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

4. En síntesis, don Maximino, titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, interpuso una demanda contra la contratista principal y adjudicataria de la obra, la entidad Infraestructuras Terrestres S.A. (Intersa), en la que reclamó el pago de 65.657,56 euros, más los intereses legales, con base en las facturas emitidas y los trabajos realizados. De igual forma, dirigió su demanda contra el propietario de la obra, la entidad Adif (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias), por la misma cantidad y por la vía de la responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 1597 del Código Civil. En la demanda, solicitó la declaración de

nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos por la LLMCM. Los demandados se opusieron a la demanda. Intersa alegó que las referidas facturas no estaban vencidas y, por tanto, no resultaban exigibles. Además, señaló que la factura núm. 20, de 25 de diciembre de 2010, por importe de 7687,11 euros, había sido pagada mediante pagaré que fue debidamente atendido y cargado en su cuenta. Adif excepcionó la falta de legitimación activa de la demandante para interponer la acción del artículo 1597 del Código Civil. 5. En el contrato entre la contratista adjudicataria de la obra (Intersa) y el subcontratista, de 7 de febrero de 2011, se estableció que los pagos se hacían mediante pagarés con un vencimiento a 180 días contados desde la conformidad del contratista y la recepción de toda la documentación solicitada.

6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad al considerar que el carácter abusivo de la cláusula contractual de determinación del plazo no se producía por la mera circunstancia de que se pactasen plazos más amplios que los previstos en el artículo 4.1 de la LLMCM, sino que debían tenerse en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias concurrentes. De forma que, examinados estos extremos en su conjunto, consideró que la determinación del plazo de pago prevista en el contrato no resultaba abusiva.

7. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, en donde reconoció que la factura núm. 20, por importe de 7687,11 euros, ya había sido pagada, la sentencia de la Audiencia desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

En síntesis, pese a reconocer las dudas de derecho que suscitaba la interpretación y aplicación de la LLMCM, consideró que la aplicación del artículo 4.1 de dicha norma no era imperativa y que, atendidas las circunstancias del caso, principalmente la libertad de pactos entre las partes, la validez de la forma de pago establecida y las relaciones anteriores y previas al contrato, el plazo de 180 días establecido no resultaba abusivo.

8. Frente a la sentencia de apelación la parte demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación.

SEGUNDO. - Contrato de ejecución de obra. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta para el plazo de pago. Criterios de interpretación normativos. Actos propios y control de abusividad. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. La recurrente, al amparo del ordinal 3.º Del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

2. En dichos motivos, la recurrente bien por interés casacional de la norma con vigencia inferior a cinco años, o bien por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, denuncia la infracción de los artículos 4 y 9 de la LLCM, con relación a la debida declaración de nulidad de las cláusulas que establecen un plazo de pago superior a los 60 días. Por lo que procede el examen conjunto de dichos motivos.

3. La recurrida Adif, en el escrito de oposición al recurso, destaca el carácter subsidiario del artículo 4 de la LLCM con relación al pacto entre las partes. Argumenta que esta conclusión es la que resulta más acorde con la Directiva 2011/7/UE, considerando 13, y cita en su apoyo las conclusiones del Abogado General, de fecha 12 de mayo de 2016, en el asunto C-555/14.

4. Los motivos deben ser estimados.

La cuestión sustantiva aquí planteada ha sido objeto de examen por esta sala en la sentencia 688/2016, de 23 de noviembre, por lo que ha de estarse a la doctrina jurisprudencial desarrollada en dicha sentencia.

Así, en primer lugar, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta por la LLCM para el plazo de pago, dicha sentencia declara lo siguiente:

«[...]En primer término, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE, pues su artículo 12.3 expresamente prevé que los Estados miembros puedan «mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».

» Sentado lo anterior, hay que señalar que la opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejerció nuestro legislador con la modificación introducida por la Ley 5/2010, de 5 de julio. Opción que reflejó no sólo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley, sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la posterior reforma introducida por la LMAE, de 2013, en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que «Los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

» En esta línea, la interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no sólo

encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma. En este sentido, además, la antinomia existente entre el artículo 4 y 9 de la citada Ley 5/2010, que 5 de julio, ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al «carácter subsidiario» de los plazos fijados por LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador.

» De lo anteriormente señalado, pueden extraerse los siguientes criterios de interpretación. Así, en primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (artículo 6. 3 del Código Civil). En segundo lugar, esta limitación legal del plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 LLCM, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 LLCM ópera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa».

En segundo lugar, con relación a la aplicación de la doctrina de los actos propios por haber impugnado el subcontratista unas cláusulas cuya validez no discutió en los actos previos y ejecución del contrato, la citada sentencia declara:

«[...]Conforme a lo anteriormente expuesto, la estimación del primer motivo comporta la estimación del recurso de casación y, por tanto, la innecesariedad de entrar en el examen de este motivo. La razón es que el plazo establecido para el pago, 180 días desde la fecha de recepción de las facturas, es de por sí ilustrativo de que se ha vulnerado el

límite temporal legalmente establecido por la norma, en este caso, 60 días naturales, por lo que dicho pacto ya es nulo de pleno derecho y no pueden dar lugar a un posterior enjuiciamiento del control de abusividad. Sin embargo, y una vez sentado esto, interesa entrar en el examen de este motivo para fijar con claridad, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, que, cuando proceda entrar en el examen del control de abusividad de estas cláusulas o prácticas de contratación entre empresarios, el mero hecho de que el subcontratista no lo haya impugnado previamente por el contenido abusivo de algunas de sus cláusulas no constituye, en modo alguno, un acto propio que impida su reclamación en el transcurso de la ejecución del contrato celebrado.

En efecto, ello es así porque el control de la abusividad dispuesto en el artículo 9 LLCM, como todo control de abusividad, parte de una función tuitiva en favor de la parte más débil de la práctica de contratación tomada como referencia por la norma. Parte débil que, por lo general, corresponde a la posición de inferioridad que asume el subcontratista respecto del contratista principal de la obra y que le impide, desde el inicio de la contratación, defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones del contratista de la obra».

5. De acuerdo con la doctrina expuesta, con relación al escrito de oposición al recurso de la parte recurrida, debe destacarse los siguientes.

En primer término, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que las partes puedan acordar plazos superiores a 60 días, contemplada en el considerando núm. 13 de la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, no entra en contradicción con la doctrina de esta sala. La razón es que esta consideración se realiza dentro del marco de protección de mínimos que informa la citada Directiva, tal y como prevé su propio artículo 12.3 que expresamente contempla que «Los Estados miembros podrán mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva».

En segundo término, con relación a las conclusiones del Abogado General en el asunto C-544/14, en las que basa la recurrida su objeción, debe precisarse que la STJUE, de fecha 16 de febrero de 2017, que resuelve el caso, no cuestiona el alcance de mínimos de la protección dispensada por la citada Directiva, apartado 25, y que, además, se pronuncia sobre una cuestión distinta a la aquí planteada, es decir, sobre la posibilidad de que la norma nacional permita al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por las costas de cobro, como contrapartida al pago inmediato del principal del crédito. Por lo que no resulta aplicable al presente caso.

6. Habida cuenta que la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en materia de interpretación normativa de la LLCM, debe prosperar el recurso de casación. Con lo que procede casar y anular la sentencia recurrida, asumir la instancia y estimar el recurso de apelación del demandante en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y estimar la demanda, en la cantidad de 57.970,45 euros, una vez descontado el importe de la factura que ha sido objeto de pago».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 170/2015] DE 23 DE MAYO DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Títulos valores: pagaré en blanco en garantía de las obligaciones asumidas. Corresponde al acreedor cambiario la carga de la prueba de que el pagaré se rellenó conforme a lo convenido por las partes.

«El presente caso, con relación a un pagaré en blanco en garantía de las obligaciones asumidas, plantea, como cuestión de fondo, la carga de la prueba sobre si se rellenó conforme a lo convenido por las partes.

2. El supuesto presenta una clara similitud con el resuelto por esta sala en la sentencia 553/2014, de 17 octubre, a propósito de una idéntica cláusula objeto de controversia, con el siguiente tenor:

«Para el caso de que sea necesario acreditar el incumplimiento por parte del Cliente de la obligación de compra y promoción establecida en la cláusula anterior, ambas partes acuerdan expresamente reconocer como documento válido a efectos probatorios el certificado de facturación y consumo que al efecto sea expedido por el Departamento de contabilidad de la Empresa.

» Para asegurar la devolución de las cantidades adelantadas por la Empresa a las que se refiere la presente cláusula, así como el pago de las facturas por suministros que en su caso pudieran haber quedado pendientes de abono a la Empresa o al distribuidor autorizado, y para responder de cualquier obligación derivada del presente contrato, el Cliente entrega una garantía consistente en:

» Pagaré en blanco librado "no a la orden" por el mismo a favor de la Empresa. El cliente autoriza a la Empresa a completar dicho pagaré con la cantidad a reintegrar por el Cliente de acuerdo con lo establecido en la presente cláusula, incluido el importe de las facturas por suministros que en su caso pudieran haber quedado pendientes de pago, se considerará vencido, líquido y exigible, quedando la Empresa expresamente autorizada a rellenar el pagaré con dicho importe y presentarlo al cobro».

3. En síntesis, el 13 marzo 2007, la entidad Heineken España S.A. concertó un contrato de venta y promoción de productos cerveceros con doña Benita, quien recibió la suma de 9000 euros, más IVA, que debía amortizar con el rapel que le correspondiera por el consumo de productos en el establecimiento de hostelería que explotaba como empresaria individual.

Ante el incumplimiento de la Sra. Benita, que cerró su establecimiento sin haber alcanzado el compromiso de consumo pactado, Heineken resolvió el contrato y rellenó el pagaré con un importe de 9835,77 euros.

4. Presentado el pagaré a su cobro, fue impagado por la obligada cambiaria, lo que motivó que Heineken interpusiera juicio cambiario. La Sra. Benita interpuso demanda de oposición cambiaria porque Heineken no había justificado que el pagaré se hubiera rellenado, respecto de la cantidad adeudada, conforme a lo convenido en el contrato.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda de oposición. Consideró, de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba, que el acreedor cambiario era quien debía acreditar que el pagaré se había rellenado conforme a lo convenido por las partes en el contrato de 13 de marzo de 2007.

6. Interpuesto recurso de apelación por el acreedor cambiario, la sentencia de la Audiencia estimó el recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En esencia, consideró que la carga de la prueba le correspondía a la obligada cambiaria, sin que hubiese propuesto prueba eficaz en tal sentido, por lo que la liquidación practicada por el acreedor cambiario debía tenerse por correcta.

La sentencia contó con un voto particular en la línea de lo resuelto por la sentencia de primera instancia.

7. Frente a la sentencia de apelación, la obligada cambiaria interpuso sendos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. - Carga de la prueba.

1. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en un único motivo. En dicho motivo, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, la recurrente denuncia la infracción del artículo 217 LEC por corresponderle al acreedor cambiario la carga de la prueba de que completó el título valor ajustándose a lo convenido por las partes.

2. El motivo debe ser estimado.

Debe partirse de la validez del pagaré en blanco como instrumento de garantía de cumplimiento obligacional asumido por las partes que, en el presente caso, no son consumidores, sino profesionales. En donde el acreedor cambiario debe probar que ha cumplimentado

correctamente la cantidad del pagaré de acuerdo al pacto establecido entre las partes (artículo 1255 del Código Civil). En este sentido, como ya se ha adelantado, esta sala en la sentencia 553/2014, de 17 de octubre, tiene declarado lo siguiente:

«[...]Es lógico que, en un caso como el presente, en que el cliente objeta que la liquidación no es acorde con lo pactado y que el pagaré se ha rellenado con una cifra excesiva, entre otras cosas porque la cantidad reclamada es mayor que la inicialmente prestada, deba ser la empresa quien, en virtud del principio de facilidad probatoria y de lo convenido en el contrato, respecto del certificado de facturación y consumo, quien aporte una justificación de la liquidación.

» La información sobre consumos y facturación, con arreglo a la cual se podían aplicar las reglas convenidas para liquidar el saldo de la relación contractual, estaba a disposición de Heineken, quien disponía al respecto de la facilidad probatoria, lo que justifica la aplicación de la regla contenida en el apartado 7 del art. 217 LEC.

» Por eso, a la vista de en qué consistía la oposición del obligado cambiario, que negaba que la liquidación se hubiera realizado de conformidad con lo convenido en el contrato para rellenar la cuantía adeudada en el pagaré en blanco, sin que el contenido de estas reglas fueran objeto de discusión, y sí su aplicación sobre una información que resultaba de fácil acceso a la acreedora cambiaria, mientras que era más difícil para la deudora que reuniera con exactitud todos esos datos relevantes, y que en el propio contrato se convino que en caso de que fuera necesario acreditar el incumplimiento de la estimación de compras de la empresa y, se entiende también, la liquidación consiguiente, debía estarse al certificado de facturación y consumo emitido por Heineken, le correspondía a ésta, al tiempo de contestar a la demanda de oposición, la carga de aportar y justificar estos datos sobre los que aplicó las reglas convenidas para liquidar el saldo deudor».

Conclusión que no resulta modificada porque fuera un distribuidor autorizado por la empresa quien efectuó el suministro de los productos cerveceros.

3. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta la innecesariedad de entrar en el examen del recurso de casación. Con lo que procede anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Heineken España S.A. y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 197/2015] DE 24

DE MAYO DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Compraventa de vivienda: incumplimiento contractual y responsabilidad de la sociedad promotora, que ya había sido liquidada y cancelada en el Registro mercantil. La sociedad goza de capacidad para ser parte en un pleito en el que se reclama la reparación del perjuicio sufrido por un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas. En los supuestos en los que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación societaria, de modo que la liquidación practicada no es definitiva, no sólo no debe negarse la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debe exigirse la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. La sociedad Jardines V, S.A. promovió la construcción del edificio denominado DIRECCION000, en la localidad de Ribarroja del Turia, provincia de Valencia. El edificio está situado en el número NUM000 de la AVENIDA000. El 13 de septiembre de 2005, Jardines V, S.A. vendió en escritura pública el piso correspondiente a la puerta NUM001 de este edificio a Genoveva. La cédula de habitabilidad se había obtenido el 22 de julio de 2005 y la vivienda fue entregada el 13 de septiembre de 2005. Jardines V, S.A. otorgó escritura pública de disolución y liquidación el 2 de febrero de 2009 y esta escritura fue inscrita en el Registro Mercantil el 13 de marzo de 2009. El Registro procedió a cancelar la hoja registral de la sociedad. 2. Genoveva, después de advertir que existían defectos en la colocación del pavimento de la vivienda, ejercitó una acción contra Jardines V, S.A. en la que pedía que la demandada fuera condenada a realizar las obras y reparaciones necesarias para la correcta colocación del suelo de terrazo, de conformidad con lo inicialmente pactado. Para el caso en que no cumpliera o no pudiera cumplir con esta obligación de hacer, solicitaba la condena de la demandada al pago del valor de estas obras, que cuantificaba en 48.822,39 euros (IVA incluido). También pedía la condena al pago de 1.000 euros por el necesario desalojo de la vivienda para que pudieran realizarse las obras, 1.035,10 euros por los honorarios de los arquitectos que informaron sobre los defectos y su posible reparación y 250,01 euros por el coste de las catas que hubo que realizar. 3. Compareció y contestó a la demanda la liquidadora de Jardines V, S.A., Rebeca. En primer lugar, excepcionó la falta de capacidad para ser parte de Jardines V, S.A., pues carecía en ese momento de personalidad jurídica, en la medida en

que estaba disuelta, liquidada y cancelada su hoja registral. También excepcionó la prescripción de la acción, pues se había cumplido el plazo previsto en el art. 18.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), en cuanto que la vivienda se entregó el día 13 de septiembre de 2005 y las primeras reclamaciones datan de 2011. Además, excepcionó la falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque la demanda no se dirigió contra el resto de los agentes de la edificación. En cuanto al fondo del asunto, afirmó que la sociedad demandada actuó como promotora del edificio, pero no como constructora. Negó la existencia de un incumplimiento contractual y afirmó que la memoria de calidades no constituía parte del contrato. Rechazó su responsabilidad sobre los eventuales daños, cuya acreditación debía realizarse en el juicio, y, en su caso, atribuyó la responsabilidad de los mismos a los otros agentes de la edificación. 4. El juzgado de primera instancia desestimó las excepciones formuladas, también la de falta de capacidad para ser parte de la sociedad demandada. En cuanto a la excepción de prescripción, el juez advirtió que el art. 18 LOE, cuando prevé un plazo de prescripción de dos años respecto de las acciones de responsabilidad previstas en art. 17 por los daños materiales dimanantes de vicios o defectos, añade: «sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual». La acción ejercitada, entendió el juez de primera instancia, era de incumplimiento contractual, sujeta al correspondiente plazo de prescripción, que no se había cumplido. Luego entró en el fondo del asunto y apreció la existencia de los vicios y defectos en la instalación del terrazo, así como la responsabilidad de la sociedad demandada. En consecuencia, condenó a la demandada a realizar las obras de reparación y, de no hacerlo, al pago del coste de reparación que cifraba en la cantidad reclamada, 48.822,39 euros (IVA incluido). También condenó al pago del coste del alquiler de una vivienda para la demandante, mientras se realizan las obras, y con el límite de la suma solicitada por este concepto, 1.000 euros. La sentencia desestimó el resto de las pretensiones contenidas en la demanda. 5. La sentencia de primera instancia sólo fue recurrida en apelación por la parte demandada. El recurso reitera las tres excepciones procesales formuladas en su contestación a la demanda: falta de capacidad para ser parte de la sociedad demandada, porque se encuentra disuelta, liquidada y su hoja registral cancelada; prescripción de la acción, que es la de vicios en la construcción del art. 17 LOE; y falta de litisconsorcio pasivo necesario, porque respecto de esta acción no se demandó al resto de los agentes de la edificación. Y en cuanto al fondo del asunto, el recurso combate la valoración de la prueba realizada por el juzgado, en relación con la apreciación del incumplimiento

contractual y la valoración del coste de la reparación. 6. La sentencia de apelación estima el recurso, al apreciar que la sociedad demandada carecía de capacidad para ser parte, porque estaba disuelta, liquidada e inscrita en el Registro Mercantil la correspondiente escritura de disolución y liquidación. Al carecer de personalidad jurídica, al tiempo de presentarse la demanda, carecía de capacidad para ser parte. E invoca la sentencia de esta sala 503/2012, de 25 de julio, en el siguiente sentido: «Esta sentencia, señala que no se puede demandar a una sociedad anónima con inscripción cancelada sin solicitar al tiempo del Juzgado que deje sin efecto dicha cancelación, es decir considera que si no aparece inscrita en el Registro Mercantil, carece de capacidad para ser parte de un proceso, según el art 6 LEC al carecer ya de representantes y patrimonio, por lo que es inútil iniciar una acción contra ella, aunque los acreedores podrán pedir la nulidad de la cancelación para interesar la satisfacción de su crédito, independientemente de la responsabilidad que tengan los socios y los liquidadores, y tal como recoge la nueva Ley sociedades de capital, sin que en ningún momento se haga referencia a responsabilidad alguna atribuible a la sociedad cancelada». 7. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación, sobre la base de un motivo. Al margen de que deba o no estimarse el recurso, se justifica adecuadamente el interés casacional al invocar dos sentencias de esta sala (sentencias de 20 de marzo de 2013 y 27 de diciembre de 2011) cuya doctrina habría quedado infringida por la sentencia recurrida.

SEGUNDO. Recurso de casación 1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de art. 6.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el art. 228 del Código de Comercio (Ccom), los arts. 238 a 248 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), los arts. 109 y 123 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), con sus concordantes, el art. 121 LSRL y los arts. 274.1, 277.2 y 280 a) y la disposición transitoria 6ª.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). El recurso argumenta que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 20 de marzo de 2013 y 27 de diciembre de 2011, «por más que una sociedad mercantil haya sido disuelta y liquidada e inscrita la liquidación en el Registro Mercantil, su personalidad jurídica persiste mientras existan o puedan existir o aparecer con el transcurso del tiempo, efectos jurídicos derivados de los contratos, relaciones jurídicas o de los actos de cualquier tipo llevados a términos durante el tiempo en que realizó su actividad empresarial, sin necesidad de solicitar la nulidad de la cancelación». En este sentido, considera que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, en que se apoya la sentencia recurrida, no constituye jurisprudencia,

pues se trata de un pronunciamiento aislado, que no sólo no ha sido reiterado, sino que se ha contrariado por la reseñada sentencia de 20 de marzo de 2013.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. 2. Estimación del motivo. Nos encontramos con una sociedad de capital, válidamente constituida, y por lo tanto que ha estado inscrita en el Registro Mercantil, y que, conforme a las previsiones legales, fue disuelta y liquidada. Y el liquidador, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 278 LSA, entonces en vigor, solicitó y obtuvo del registrador la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida. El art. 6.1-3º LEC atribuye capacidad para ser parte a las personas jurídicas. En la actualidad existen pronunciamientos contradictorios de esta sala sobre la capacidad para ser parte de la sociedad de capital disuelta y liquidada, después de la cancelación de todos sus asientos registrales. i) Por una parte, las sentencias 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, reconocen capacidad para ser parte a estas sociedades, por entender que pervive su personalidad jurídica, aunque sólo sea para atender a las relaciones jurídicas pendientes: «La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 Mayo 1992). » Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que ésta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123 LSRL, 228 CC y 274.1, 277.2 y 280 a y disp. trans. 6ª.2 LSA). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 de diciembre de 1999. [...]» Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo». ii) Y, por otra, la sentencia 503/2012, de 25 de julio, después de considerar que «la cancelación de los asientos registrales -de la sociedad disuelta y liquidada- señala el momento de la extinción de la personalidad

social», concluye que no cabe demandar a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre: «La disolución y la liquidación de la sociedad anónima tienen como finalidad fundamental la desaparición de la persona jurídica social por medio de un proceso en el cual, a la disolución, sucede el período de liquidación y a éste la extinción formal de la sociedad.» El artículo 278 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en aquella fecha, disponía que «aprobado el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico» [...]» La cancelación de los asientos registrales señala el momento de extinción de la personalidad social. Si la sociedad anónima adquiere su personalidad jurídica en el momento en que se inscribe en el Registro (art. 7 TRLSA), correlativamente la cancelación de las inscripciones referentes a la entidad debe reputarse como el modo de poner fin a la personalidad que la Ley le confiere. Una sociedad liquidada y que haya repartido entre los socios el patrimonio social, es una sociedad vacía y desprovista de contenido, aunque resulta necesaria la cancelación para determinar de modo claro, en relación con todos los interesados, el momento en que se extingue la sociedad. Éste es el sentido de la exigencia de que los liquidadores se manifiesten sobre la liquidación realizada (artículo 247.2 RRM), manifestación que será objeto de la oportuna calificación del Registrador (artículo 18.2 Código de Comercio), cerrándose así el proceso de extinción.» Sin embargo, como resulta obvio, la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad. Lo que no resulta conforme a lo ya razonado es que se demande, sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre». 3. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, siguiendo una secular doctrina, se alinea con la postura de las sentencias 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, que a su vez se hacían eco de la doctrina de la Dirección General. Esta doctrina se halla contenida, entre otras, en la resolución de 14 de diciembre de 2016, que cita las

anteriores resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1999, 14 de febrero de 2001, 29 de abril de 2011 y 17 de diciembre de 2012: «(...) después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedades titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cfr. Artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital)». 4. Aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital, anónimas y limitadas, tanto bajo la actual Ley de Sociedades de Capital, como bajo las anteriores leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica propia del tipo social elegido. En este sentido se expresa el actual art. 33 LSC, cuando regula los efectos de la inscripción, y antes lo hacía el art. 7.1 LSA. Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cuál sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte conforme al art. 6.1-3º LEC. Sin perjuicio, además, de los supuestos previstos en el art. 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser demandadas a «las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». Por otra parte, aunque la inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte

de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, esta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. En otros términos, empleados por la Dirección General de los Registros y del Notariado, «después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular» (Resolución de 14 de diciembre de 2016). 5. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aplicable al caso, si bien no hace expresa referencia al otorgamiento de la escritura de extinción y a su inscripción en el Registro Mercantil, en su art. 278 prevé la cancelación registral de los asientos referentes a la sociedad, una vez concluida su liquidación: «Aprobado en el Balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la cancelación de los asientos referentes a la Sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de Comercio y documentos relativos a su tráfico». La Ley de Sociedades de Capital de 2010, al igual que la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, prevé que el liquidador otorgue una escritura pública de extinción (art. 395 LSC), que contendrá las siguientes manifestaciones: «a) Que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance final sin que se hayan formulado impugnaciones o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto. b) Que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos. c) Que se ha satisfecho a los socios la cuota de liquidación o consignado su importe». Además, el apartado 2 del art. 395 LSC dispone: «A la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno». Esta última previsión tiene importancia para poder hacer efectiva la responsabilidad de los antiguos socios respecto de los pasivos sobrevenidos (art. 399 LSC). En cualquier caso, el art. 396 LSC prevé la inscripción registral de la escritura de extinción, en la que se «transcribirá el balance final de liquidación y se hará constar la identidad de los socios y el valor de la cuota de liquidación que hubiere correspondido a cada uno de ellos, y se expresará que quedan cancelados todos los asientos relativos a la sociedad». Ya sea bajo la Ley de Sociedades Anónimas, ya sea bajo la Ley de Sociedades de Capital que, como hemos visto, completa el régimen de extinción de las sociedades anónimas, a unque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no podemos negarle cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos

sobrevenidos. Estas reclamaciones presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación. Es cierto que la actual Ley de Sociedades de Capital, en su art. 399, prevé la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, en caso de pasivos sobrevenidos. En muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva la responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa dedaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Además, el art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación. De ahí que ratifiquemos la posición contenida en las sentencias de esta sala de 979/2011, de 27 de diciembre, y 220/2013, de 20 de marzo, y entendamos que la sociedad demandada gozaba de capacidad para ser parte en este concreto pleito, en el que se reclama la reparación del perjuicio sufrido por un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por la sociedad frente a la demandante.

TERCERO. Estimado el recurso de casación, asumimos la instancia y entramos a conocer del recurso de apelación. En la apelación se reiteraron las excepciones de prescripción de la acción y de falta de litisconsorcio pasivo necesario, además de impugnar la apreciación del incumplimiento contractual. Como muy bien argumenta la sentencia de primera instancia, la acción ejercitada y estimada es la de incumplimiento contractual, que expresamente está

excluida, por el art. 18.1 LOE, del plazo de dos años de prescripción. Y no consta que se hubiera cumplido el plazo general de las acciones personales del art. 1964 CC, que tanto en el momento en que surgió la acción como cuando se ejercitó era de quince años. En consecuencia, procede confirmar la desestimación de la excepción de prescripción. En atención a la naturaleza de la acción ejercitada, de responsabilidad derivada de un incumplimiento contractual, no existe ninguna falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandados los otros agentes de la edificación. En primer lugar, porque no se ha ejercitado ninguna acción basada en el art. 17 LOE. Y en segundo lugar porque, aunque se hubiera ejercitado, la responsabilidad solidaria del promotor junto con otros agentes de la edificación, en función de los vicios o defectos denunciados, no exige que sean todos ellos demandados de forma conjunta, conforme a lo previsto en el art. 12 LEC. Este precepto prescribe lo siguiente: «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa». Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 697/2013, de 15 de enero de 2014, «esta previsión normativa ha sido interpretada por la sala en el sentido de que el litisconsorcio necesario exige que concurran conjuntamente los siguientes requisitos: i) nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal; ii) que ese nexo sea inescindible, homogéneo y paritario; y iii) que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor (sentencias 266/2010, de 4 mayo, y 76/2011, de 1 de marzo)». En el marco de la acción ejercitada, no se aprecia, entre la promotora y el resto de los agentes de la edificación, un nexo común, inescindible, homogéneo y paritario, configurador de una comunidad de riesgo que justifique el litisconsorcio pasivo necesario.

CUARTO. En cuanto a la procedencia de la reclamación, también debemos desestimar el recurso de apelación. La promotora demandada ofreció a la demandante la venta de la vivienda con un determinado terrazo, que suponía no sólo que el material empleado fuera el que aparecía en la memoria de materiales, que a estos efectos complementa el contrato, sino también su correcta colocación. La demandante, mediante el informe elaborado por los arquitectos Benita y Rómulo, ha acreditado que la colocación del terrazo fue defectuosa, en cuanto que las piezas fueron colocadas de corrido, sin juntas de dilatación, y sobre él se levantó la tabiquería interior y la separación entre viviendas de yeso laminado, lo que provocó que entre

otros efectos los siguientes: juntas abiertas, baldosas levantadas o rehundidas, rotura de piezas, elementos de rodapié levantados, piezas de terrazo sin suficiente mortero de agarre... Frente a la contundencia del informe técnico de estos arquitectos, que no sólo constata la existencia de los reseñados vicios y defectos en la instalación del terrazo, sino que explica su causa, imputable en todo caso a la promotora vendedora, la demandada no ha aportado ninguna prueba que lo contradiga, más allá de la cédula de habitabilidad. Esta última no es incompatible con la posterior aparición de los reseñados defectos, derivados de la defectuosa instalación del terrazo. Conforme al art. 1101 CC, la promotora vendedora está obligada a reparar el perjuicio derivado del cumplimiento defectuoso de su prestación, en este caso, volver a instalar correctamente el terrazo del piso, conforme a lo convenido. Por eso, es correcta la condena de hacer solidaria y estimada por la sentencia de primera instancia. Como también lo es que, en previsión de un incumplimiento in natura de esa obligación, se cuantifique su valor o coste, de acuerdo al reseñado informe pericial de los arquitectos Benita y Rómulo, y que se condene a la demandada a su pago, caso de no cumplir con la obligación de reparación. Del mismo modo, forma parte del perjuicio sufrido por el cumplimiento defectuoso de la promotora, el coste del alquiler de una vivienda durante el tiempo en que necesariamente la demandante tenga que dejar libre la vivienda para que se realicen las obras. Con el límite advertido por el juez de primera instancia de los 1.000 euros, pues fue esta la cantidad reclamada en la demanda».