

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 94

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1625/2017] DE 23 DE OCTUBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Derecho de marcas: acción de indemnización de daños y perjuicios por infracción marcaria. Para que proceda la indemnización es preciso que el infractor hubiera sido previamente requerido por el titular de la marca o el legitimado para ejercitar la acción, para que cese en la conducta infractora, y no hubiera hecho caso a dicho requerimiento; o bien que el infractor hubiera actuado con culpa o negligencia, o la marca fuera notoria, ya que en este último caso se presume la culpa.

«Schweppes International Limited es titular, entre otras, de dos marcas españolas, la núm. 171.232 (meramente denominativa Schweppes), concedida el 26 de febrero de 1948, y la núm. 2.907.078 (mixta con la denominación Schweppes), concedida el 26 de abril de 2010.

Schweppes, S.A., entidad integrada en el grupo Schweppes, es licenciataria de estas dos marcas.

En el año 1999, tras una intervención de las autoridades europeas de competencia, para evitar la potencial posición de dominio, el titular originario de la marca Schweppes (Cadbury Schweppes) alcanzó un acuerdo con Coca Cola Enterprises Ltd (en adelante, Coca Cola), por el cual se produjo una fragmentación de la marca "Schweppes", pues a partir de entonces concurren el Grupo Schweppes y el Grupo Coca Cola como titulares de la marca schweppes en diversos Estados miembros del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE).

En concreto, en el Reino Unido, Coca Cola produce y comercializa tónica con la marca Schweppes, estando legitimada para ello. En ese mercado, la entidad Alcodis Bebidas y Licores, S.L. (en adelante, Alcodis) ha adquirido botellines de tónica Schweppes de Coca Cola Enterprises Ltd para comercializarlas después en España.

El 6 de marzo de 2014, Schweppes, S.A. requirió a Alcodis para que dejara de comercializar esas bebidas con las marcas Schweppes porque estaba infringiendo los derechos que como licenciataria le correspondían sobre las reseñadas marcas nacionales. Alcodis atendió a este requerimiento, y la última factura de comercialización de estos productos es de 2 de mayo de 2014.

2. Más tarde, Schweppes S.A. interpuso una demanda contra Alcodis por infracción de estas dos marcas nacionales (núms. 171.232 y la 2.907.078) y ejercitó las acciones declarativas de la infracción, cesación, destrucción, remoción e indemnización de daños y perjuicios.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, al entender que la demandada había adquirido los botellines de tónica con la marca Schweppes de un distribuidor oficial dentro del EEE y, por lo tanto, apreció el agotamiento de los derechos de marca.

4. La sentencia de primera instancia ha sido recurrida en apelación y la Audiencia ha estimado en parte el recurso. Primero aprecia que no había existido agotamiento de marca, con el siguiente razonamiento: "Para determinar la existencia del agotamiento de la marca, ex artículo 36-1 de la Ley de Marcas y por ende de la enervación (al constituir un límite a las facultades del titular marcario) del derecho del titular de la marca (trasladado al licenciataria) al ius prohibendi, debe concurrir una primera comercialización efectiva del producto con la marca (elemento objetivo) en territorio del Espacio Económico Europeo -EEE- (elemento territorial) por dicho titular o por un tercero con consentimiento del titular (elemento subjetivo); situación -de producirse- que impide a aquel titular prohibir que tal producto ya comercializado, se introduzca por un tercero en el Estado donde rige el principio de territorialidad de la marca. El cumplimiento de esos requisitos conlleva a que el titular marcario transmite la propiedad de tal producto marcado puesto en efectivo comercio y pierde, como se ha expuesto, el control en su posterior comercialización.

"Trasladadas tales exigencias al caso concreto de entrada es claro que el titular de las marcas nacionales (al igual que la demandante licenciataria) que sustentan la causa de pedir, no consta haya dado consentimiento alguno a la comercialización de los botellines de tónica de marca schweppes en Reino Unido, ni -conforme al contenido de los autos- presenta vinculación societaria alguna con quien en Gran Bretaña fabrica y comercializa tal producto. Tampoco consta relación negocial alguna entre dichas sociedades y, por ende, no tiene aquella (titular de la marca nacional), control alguno sobre la fabricación y comercialización del producto con marca que se efectúa en Reino Unido, amén de no constar relación o dependencia económica entre esos dos grupos societarios. Por consiguiente, en esa tesitura, no concurre en el presente caso el requisito subjetivo expuesto supra referente al consentimiento que elimina el agotamiento marcario.

"(...) el contenido de autos nos muestra que Alcodis Bebidas y Licores SL adquiere los botellines schweppes de una sociedad independiente del titular de la marca schweppes en España; que tales botellines son fabricados y comercializados en el Reino Unido, (lugar diverso al que fabrica y comercializa el grupo societario de la demandante), sin intervención o posibilidad de control alguno por Schweppes International Limited y tiene, por ende, un origen empresarial diverso, circunstancias que excluyen, ex artículo 36-1 de la Ley de Marcas, el agotamiento marcario".

Después aprecia que la demandada había infringido las marcas nacionales de las que es licenciataria la demandante y estima las acciones declarativa de infracción, cesación, remoción y destrucción. Pero desestima la acción de indemnización de daños y perjuicios.

La demandante pedía una indemnización al amparo del art. 43.2.b) LM, la condena de la demandada al pago de una regalía hipotética que incluía un canon de entrada de 400.000 euros y un royalty variable, fijado en un porcentaje sobre la facturación.

La Audiencia desestima esta petición por dos razones. La primera, porque resulta de aplicación el art. 42.2 LM y la demandada, tras recibir el requerimiento de la demandante, cesó en la comercialización de los productos infractores de las marcas. Y salva la objeción de que estas marcas son notorias y por lo tanto no opera esta excepción, con el siguiente razonamiento:

"Resulta incontestado el carácter notorio de la marca schweppes, pero no puede obviarse que tal carácter o cualidad marcaria concurre tanto en el titular de la

marca nacional como de la marca en Reino Unido y que la demandante requirió a Alcodis SL por misiva de 6/5/2014 instando a no comercializar el producto por vulneración de los derechos de propiedad industrial y que cesará en tal actividad (en cambio, advertimos de su contenido, no petición daños y perjuicios). La última facturación de comercialización de ese producto por Alcodis SL es de 2/5/2014 (conforme a la documentación obtenida por Diligencias Preliminares, doc. 19), es decir, que, tras tal correspondencia admonitoria, cesó en la comercialización de botellas schweppes importadas desde Reino Unido y además se acordó como medida cautelar ese cese comercial desde julio de 2014 y la demanda se presenta en septiembre de 2014.

"Sobre igual clase de acción con idéntica causa de pedir por la parte de la misma entidad demandante, esta Sala, ya ha resuelto en la sentencia de 17 junio 2016 (R.1659/2016) la denegación de tal acción indemnizatoria en los términos solicitados y al igual que motivamos en esa sentencia, tenemos muy en consideración y como dato muy relevante y singular, que la demandada importa un producto con marca fabricado lícitamente en un Estado miembro de la Unión Europea, comercializado en tal país de forma lícita y que, por lo expuesto, advertido por el titular de la marca nacional, dejó de comercializar el mismo, no concurriendo por tanto la obligación indemnizatoria. Entendemos que aun siendo notoria (también en el Estado de importación) la demandada no tiene el deber de saber todo el devenir negocial que llevó a la fragmentación de la marca y las vicisitudes que puedan existir entre los diversos titulares de la misma marca según espacios territoriales, cuando compra un producto con marca notoria que legalmente está introducido lícitamente en el mercado único europeo y que, en principio, está amparada por el libre tránsito de mercancía. Difícilmente puede catalogarse, al menos no se ha demostrado, que en el comportamiento de la demandada concorra una culpa o negligencia y no estamos en el caso de una utilización de un signo igual a la marca notoria, sino del producto con la marca adquirido de quien está legitimado en el Reino Unido para su comercialización".

La segunda razón por la que desestima la acción de indemnización de daños y perjuicios es que se ha optado por la regalía hipotética y, en cuanto al canon de entrada, no se ha acreditado su cuantificación, pues la demandante simplemente cita una sentencia de la Audiencia de Madrid que así lo estableció en otro asunto. Y, respecto del royalty, añade:

"Igualmente, no resulta amparable, que además de tal canon de entrada se peticione y exija un royaltie, según volumen de facturación, pues el contenido del precepto -artículo 43-2 b) de la Ley de Marcas-, habla de "concesión por licencia" y es este solamente el que engrosa tal concepto tal como refiere la sentencia del alto Tribunal expuesto supra".

5. La sentencia de apelación fue recurrida en casación por la parte demandante (Schweppes S.A.), y por la parte demandada (Alcodis). El recurso de la demandante ha sido admitido, mientras que el de la demandada ha resultado inadmitido.

SEGUNDO. Recurso de casación de Schweppes, S.A.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 42.2, 43.2.b), 45.2 y 43.5 LM, así como del art. 13 de la Directiva 2004/48/CE. También denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios en caso de infracción de derechos de exclusiva, y en particular cuando el titular ha optado por reclamar la regalía hipotética.

En el desarrollo del motivo se argumenta que conforme a "la doctrina de los daños ex re ipsa (...) la realización de una infracción de derechos exclusivos implica necesariamente la producción de daños y perjuicios, sin necesidad por lo tanto (de) que los mismos queden acreditados, pues la falta de abono del importe de la licencia para la comercialización lícita de los productos implica una mejora patrimonial sin causa". E insiste en que "para la condena al pago de la indemnización por el criterio de la regalía hipotética, no es necesario probar que el titular del derecho ha sufrido efectivamente daños". Por lo que, después de invocar la sentencia de esta sala de 19 de febrero de 2016, concluye "que si el titular de la marca infringida ha optado por el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética procederá automáticamente la condena al pago de una indemnización".

Subsidiariamente, se denuncia que "la sentencia recurrida también ha infringido la doctrina jurisprudencial (...) relativa a la interpretación y aplicación del art. 43.5 LM, toda vez que ni siquiera ha condenado a Alcodis a pagar, en concepto de indemnización, el mínimo legal del 1% de la cifra de negocio realizada con los productos infractores, criterio elegido de forma supletoria y alternativa por Schweppes en su demanda (y al que en ningún momento Schweppes ha renunciado)".

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

2. Desestimación del motivo. Conviene advertir que la sentencia recurrida deniega la procedencia de la indemnización reclamada por dos razones. La segunda

de las cuales constituye un argumento adicional, a mayor abundamiento.

En síntesis, la primera razón es que resulta procedente la aplicación del art. 42.2 LM, que supedita la condena a la indemnización de daños y perjuicios a que el titular de la marca hubiera requerido previamente al infractor y, por lo tanto, a que a pesar de este requerimiento el demandado hubiera seguido con la conducta infractora.

La segunda razón aportada por la Audiencia es que el demandante, que ha optado por la regalía hipotética, no ha desarrollado actividad probatoria alguna para justificar el importe del canon de entrada, sin que, además, sea procedente un royalty adicional en función del volumen de facturación.

3. El art. 42 LM, al regular lo que denomina "presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios", distingue los casos de responsabilidad objetiva, del apartado 1, y los de responsabilidad subjetiva o por culpa en la infracción, del apartado 2.

En los supuestos del apartado 1, la infracción de la marca y la causación de "daños y perjuicios" dan lugar al derecho a su indemnización, sin que sea preciso acreditar la culpa del infractor. Estos casos son aquellos en que la infracción de la marca se ha realizado mediante alguna de las conductas de las letras a) y f) del art. 34.3 LM (poner el signo en los productos o en su presentación y poner el signo en envoltorios, embalajes, etiquetas y otros medios de identificación...), así como cuando se trata de la primera comercialización de los productos o servicios ilícitamente marcados.

Está fuera de discusión que el comportamiento infractor (importar productos marcados con el signo y comercializarlos en España) no se encuadra en ninguna de las anteriores conductas, por lo que no resulta de aplicación el apartado 1, y sí el apartado 2.

Conforme al apartado 2, en el resto de los casos ("todos aquellos que realicen cualquier otro acto de violación de la marca registrada..."), la procedencia de la indemnización queda supeditada a que el infractor hubiera sido previamente requerido, por el titular de la marca o el legitimado para ejercitar la acción, para que cese en la conducta infractora, y no hubiera hecho caso a dicho requerimiento; o también a que el infractor hubiera actuado con culpa o negligencia, o la marca fuera notoria, pues en este último caso se presume la culpa.

4. Hemos de partir de los hechos acreditados en la instancia: la entidad demandada (Alcodis) fue requerida por la demandante (licenciataria de las marcas Schweppes) para que cesara en la conducta que se denunciaba como infractora, y atendió

inmediatamente al requerimiento, pues cesó en la comercialización de los botellines de tónica identificados con las marcas de la demandante.

La sentencia de apelación tampoco apreció que hubiera existido culpa o negligencia, ni que la consideración de marca notoria de Schweppes pudiera ser tenida en cuenta por las circunstancias en que se produjo la infracción: los botellines fueron adquiridos en Reino Unido, dentro del Espacio Económico Europeo (EEE), de un distribuidor oficial que en aquel mercado estaba legitimado para el uso de la marca, lo que impedía sospechar que su introducción en el mercado español pudiera constituir una infracción marcaria. Dicho de otro modo, quienes habían provocado el fraccionamiento de la marca, eran quienes habían contribuido a generar la confusión respecto de la titularidad de las marcas y la legitimación para su uso en distintos países del EEE, lo que impide apreciar culpa o negligencia en la demandada al realizar la conducta que a la postre ha sido considerada infractora de las marcas españolas.

El recurso de casación no impugna estas valoraciones jurídicas y esta sala advierte que constituyen una interpretación razonable del precepto legal.

5. El recurso se centra en otra cuestión distinta: en si debía apreciarse la existencia de daños y perjuicios por aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur* [los hechos hablan por sí mismos]; y en si en los casos en que se opta por la indemnización a través de la regalía hipotética, no es necesario acreditar el daño y perjuicio sufrido. También, de forma subsidiaria, se plantea que, en todo caso, debía haberse aplicado la indemnización del art. 43.5 LM.

Estas cuestiones, aunque guardan relación con la acción de indemnización de daños y perjuicios por infracción marcaria, no afectan a la primera razón de la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

Al margen de si se produjeron daños y perjuicios, y de su cuantificación, la pretensión indemnizatoria ha sido desestimada porque, en atención a la conducta infractora, era imprescindible que hubiera habido un previo requerimiento al infractor y que este lo hubiera desatendido, o que el infractor hubiera actuado con culpa o negligencia, y no se cumplen ninguno de estos presupuestos.

Por consiguiente, la razón de la decisión de denegar la indemnización solicitada no guarda relación con la acreditación de los daños y perjuicios, ni la doctrina de los daños *res ipsa loquitur*.

6. Si por aplicación del art. 42.2 LM se deniega la pretensión indemnizatoria basada en la infracción de la marca, resulta irrelevante discutir sobre la acreditación del daño o perjuicio y su cuantificación.

De ahí que no sea necesario en este momento entrar a juzgar si, en este caso, podía entenderse acreditado que la infracción necesariamente tuvo que ocasionar un "perjuicio" en sentido amplio al titular de la marca (o al licenciataria en exclusiva que explota los derechos de marca), por aplicación de la doctrina de los daños *res ipsa loquitur*. Se trata de una cuestión ahora irrelevante, una vez apreciada la procedencia de la exención de responsabilidad del art. 42.2 LM, que es un presupuesto de la indemnización de daños y perjuicios.

También es irrelevante, por la misma razón, la controversia sobre la segunda razón dada por la Audiencia, a mayor abundamiento, para justificar la improcedencia de la indemnización (la insuficiente acreditación del canon de entrada y la improcedencia de añadirle un *royalty* adicional en función del volumen de facturación). Así como la discusión sobre la aplicación del art. 43.5 LM. En ambos casos, al no cumplirse el presupuesto previo del art. 42 LM, se entiende correctamente denegada la pretensión indemnizatoria, sin necesidad de entrar a resolver las reseñadas controversias sobre la acreditación del daño y su cuantificación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4162/2016] DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

4

Responsabilidad de administradores de sociedades de capital: acción individual de responsabilidad. No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Por tanto, para que exista responsabilidad es preciso que concurra un comportamiento propio del administrador, distinto del mero acto de no pagar el crédito, que constituya un ilícito orgánico, esto es, una conducta contraria a la Ley, a los estatutos o al patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario, que haya causado directamente al tercero el perjuicio de la falta de cobro del crédito. Cuando el ilícito orgánico que se imputa al administrador coincide con la misma conducta enjuiciada en la sección de calificación del concurso de la sociedad, el pronunciamiento de la sentencia de calificación afecta a los presupuestos de la acción individual de responsabilidad.

«El 20 de diciembre de 1962, se constituyó la sociedad Noriega S.A. El 18 de mayo de 2007, esta sociedad se

transformó en una sociedad de responsabilidad limitada. En agosto de 2007, tras una absorción se llevó a cabo una escisión parcial de una unidad económica de construcción a favor de Noriega Edificación y Obra Civil S.L. (en adelante, NEOC).

Entre el activo recibido a consecuencia de la escisión parcial, consta un total de 240.961.892'44 euros de créditos, en su mayoría frente a otras empresas del grupo, sobre todo Noriega, S.L. que era la promotora de las obras que NEOC realizaba. En el ejercicio 2008, el importe de estos créditos se redujo a 102.832.747,19 euros. Y durante el periodo comprendido entre 2007 y 2009, los créditos pendientes de cobro de las sociedades del grupo no eran los mismos, pues conforme se iban cobrando unos créditos se iban imputando a los créditos más antiguos, sin perjuicio de que persistiera en el activo el importe de los créditos más modernos pendientes de cobro.

Las cuentas anuales de los ejercicios 2007, 2008 y 2009 ofrecían un resultado de beneficios, que fueron destinados a reservas.

Desde su constitución, en el año 2007, el órgano de administración de NEOC era un consejo de administración, del que Cornelio era consejero delegado. El 30 de marzo de 2009, se modificó el órgano de gobierno y Cornelio pasó a ser administrador único.

El 24 de junio de 2010, antes de la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, NEOC realizó la comunicación prevista en el entonces art. 5.3 LC. Al no conseguirse un acuerdo, el 4 de enero de 2010, se dictó auto que declaró el concurso voluntario de NEOC y de otras sociedades del mismo grupo (Colombina de Arrendamientos Urbanos S.L., Noriega S.L., Andaluza de Gestión de Arrendamientos S.L. y Noriega Arrendamientos S.L.).

En el concurso de acreedores de NEOC se reconoció un crédito de 1.152.163,35 euros a F. Cortés Aluminio y PVC S.L. (F. Cortes), subcontratista en algunas obras acometidas por NEOC. Durante el periodo comprendido entre 2007 y 2010, F. Cortes había llegado a cobrar de NEOC, por los trabajos realizados, 7.257.617,81 euros.

2. Por lo que interesa para la resolución del presente recurso, basta dejar constancia de que F. Cortés ejerció frente a Cornelio una acción de responsabilidad por no haber promovido la disolución de la sociedad, basada en el art. 367 LSC, que fue desestimada en primera instancia por el juzgado mercantil, porque no apreció que con anterioridad a que se solicitara el concurso NEOC hubiera estado en causa de disolución.

En la misma demanda, F. Cortés también ejerció una acción de responsabilidad individual frente a Cornelio, que sí fue estimada por el juzgado mercantil. La sentencia condena a este administrador de NEOC a pagar la suma de 864.122,52 euros. La sentencia dictada en primera instancia justifica el cumplimiento de los requisitos propios de esta acción con el siguiente razonamiento conclusivo:

"Por tanto y como conclusión a todo lo indicado, a tenor de lo expuesto y las circunstancias concurrentes descritas, en el momento de la constitución de NEOC existía un desequilibrio patrimonial manifiesto representado en las razonables dudas sobre la posibilidad de cobro de los créditos frente a las empresas del grupo que constituían el núcleo principal del activo de la sociedad. Esta circunstancia unida al desconocimiento de la situación financiera de las empresas del grupo por falta de formulación de las cuentas consolidadas han determinado que la demandante no pudiera conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de NEOC a la hora de contratar con la misma, lo que le ha supuesto un daño en la generación de una importante deuda que no ha podido cobrar. Por ello, de conformidad con el art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital procede apreciar la responsabilidad del administrador social Cornelio respecto de la deuda que ostenta la sociedad NEOC frente a la actora que ha sido cuantificada en la suma de 864.122,52 euros".

3. La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación por el administrador condenado, Cornelio. La sentencia estima en parte el recurso en cuanto que, si bien confirma que se cumplen los requisitos para estimar la acción individual de responsabilidad, reduce el importe del daño objeto de indemnización a 777.812,63 euros.

La Audiencia condensa la justificación de la procedencia de la responsabilidad de la siguiente forma: "En definitiva, no se trata de otra cosa, de imputar al administrador condenado en la instancia una conducta de incumplimiento del deber legal de formular unas cuentas que representaran una imagen fiel de la sociedad que sirve de guía a sus clientes, también la demandante, para seguir contratando con ellos y en la confianza de que estaba en situación equilibrada sin dudas de futuro, que afectarían a la posibilidad de que el crédito generado con motivo de esa actividad resultara impagado, como de hecho lo ha sido. El recurrente tenía que ser consciente de la situación de la sociedad por él administrada (...) y necesariamente, en tanto administrador también de la principal deudora, Noriega S.L., de los riesgos que tenía su continuidad en su actividad, sin que cuidara

de que, a través de las cuentas publicadas, el acreedor que quisiera pudiera comprobar la existencia de esos deterioros, derivada del dudoso cobro de los créditos contra empresas promotoras del grupo, su principal activo. Es por ello por lo que se ha de entender acreditado tanto la conducta, no intencionalmente dirigida a causar daños a sus proveedores, pero si generadora del daño en la entidad demandante, como la relación exigible para establecer la responsabilidad derivada de la acción individual ejercitada, coincidiendo en ello con la sentencia apelada, cuyo criterio en ese particular ha de ser confirmado".

En relación con lo argumentado por la recurrente de que se había producido una reducción sustancial de los créditos frente a las sociedades del grupo en el año 2008, la Audiencia razona:

"Pero, entiende la Sala, aun cuando se mantiene que la deuda recibida con la escisión se le fue pagando a NEOC -o así se deba de entender por ser la más antigua y con ello la más gravosa conforme al artículo 1174 del Código Civil-, el tema es que continuando la relación con esas empresas del grupo, el saldo a favor de aquélla se ha mantenido en una cuantía muy importante, suficiente como para poder afectar a la subsistencia de la entidad, si a causa de la crisis, el mercado no puede absorber las viviendas ya construidas, también las del grupo, la construcción residencial se paraliza, Noriega S.L. -la promotora del grupo tras la escisión- no puede pagarle la obra ejecutada según la propia memoria de NEOC al solicitar la declaración de concurso".

4. Frente a la sentencia de apelación, el demandado Cornelio formuló recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y recurso de casación, sobre la base de un solo motivo.

La demandante también formuló recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, pero desistió de ambos.

5. Con posterioridad, el demandado Cornelio ha presentado un escrito, con el que aporta la sentencia dictada en la sección de calificación del concurso, que califica el concurso de fortuito, y solicita que lo resuelto sea tenido en consideración con eficacia de cosa juzgada en sentido positivo respecto del recurso de casación.

Los documentos pueden ser admitidos, al amparo del art. 271 LEC, pues se trata de una resolución judicial (una sentencia de calificación concursal) y el posterior Decreto del Letrado de la Administración de Justicia que, ante el desistimiento del recurso de apelación, declara firme la sentencia. No obstante, la valoración jurídica de su posible eficacia de cosa juzgada en

sentido positivo ha de realizarse al analizar el motivo del recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 133.1 y 135 TRLSA, aplicables por remisión del art. 69 LSRL, y la vulneración de la jurisprudencia sobre la acción individual de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por daños directos ocasionados a terceros en el ejercicio de su función orgánica. Esta jurisprudencia impone una aplicación prudente y restrictiva de los citados preceptos legales, cuando el daño cuyo resarcimiento se reclama al administrador coincide con el importe de la deuda que la sociedad mantiene con el tercero. También se denuncia la vulneración de la jurisprudencia sobre la relación de causalidad.

En el desarrollo del motivo se razona por qué no ha habido ilícito orgánico. Al formular las cuentas anuales de NEOC correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009, no se ha vulnerado la normativa sobre provisión por deterioro de activos financieros (Norma 9 de registro y valoración de instrumentos financieros del Plan General de Contabilidad...). Conforme a esta normativa contable, afirma el recurrente, "no puede entenderse que los saldos a cobrar por NEOC frente a otras empresas del grupo empresarial Sánchez-Ramade, que figuraban en el activo contable de NEOC en los mencionados ejercicios 2007, 2008 y 2009, tuvieran que ser objeto de dotación o provisión por deterioro (es decir, corregidos en su valor original) por su importe íntegro y en cada uno de esos tres ejercicios.

Y añade que, subsidiariamente, para el caso de que se apreciara la existencia de ilícito orgánico, no habría relación de causalidad entre esta conducta y el daño, representado por la falta de cobro de un crédito.

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

2. Estimación del motivo. La sentencia recurrida ha estimado una acción individual de responsabilidad, ejercitada por un acreedor de la sociedad, y ha condenado al administrador a la indemnización del daño sufrido por el acreedor, que es el impago de su crédito.

Debemos reiterar la misma advertencia que hicimos en las sentencias 150/2017, de 2 de marzo, y 274/2017, de 5 de mayo:

"No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los

deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador".

A la vista de lo anterior, es necesario identificar un comportamiento propio del administrador, distinto del mero acto de no pagar el crédito, que constituya un ilícito orgánico (conducta antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario) al que pudiera imputarse la causación directa del perjuicio sufrido por el tercero, que es la falta de cobro de un crédito.

3. En el presente caso, el ilícito orgánico que se imputa al administrador no guarda tanto relación con una actuación propia del administrador que hubiera frustrado el cobro del crédito, como con una actuación dolosa o negligente que propició la generación del crédito que luego ha resultado impagado. En concreto, como afirma la sentencia recurrida, el ilícito orgánico que se imputa al administrador es: "una conducta de incumplimiento del deber legal de formular unas cuentas que representaran una imagen fiel de la sociedad que sirve de guía a sus clientes, también la demandante, para seguir contratando con ellos y en la confianza de que estaba en situación equilibrada sin dudas de futuro, que afectarían a la posibilidad de que el crédito generado con motivo de esa actividad resultara impagado, como de hecho lo ha sido".

Se imputa al administrador la incorrecta formulación de las cuentas anuales de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, al haber mantenido en el activo unos créditos muy relevantes frente a otras sociedades del grupo, sin haber realizado las dotaciones o provisiones por deterioro.

Dejando a un lado el otro requisito cuestionado en el recurso, la relación de causalidad entre este comportamiento y el daño (la falta de cobro de un crédito), el recurrente niega que lo realmente ocurrido pueda calificarse de irregularidades contables que hubieran impedido conocer la situación patrimonial de la compañía.

4. A este respecto resulta muy relevante la valoración realizada por el juez del concurso de la sociedad en la sentencia de calificación, aportada durante la tramitación del recurso de casación.

Ante la pretensión de que esa misma conducta se incardinara en la tipificada en el art. 164.2-1º LC (irregularidades en la llevanza de la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la entidad concursada)

para calificar culpable el concurso de NEOC, la sentencia de calificación analiza lo realmente ocurrido y no aprecia la concurrencia de esta causa de calificación culpable. Parte de la base de que en ese tiempo (2007-2009), las sociedades deudoras iban haciendo pagos a NEOC, que se imputaban a los créditos más antiguos, y por ello los créditos contabilizados en el activo no eran tan antiguos y "esa antigüedad no se iba arrastrando" de año en año, con lo que concluye:

"la base de la imputación de la irregularidad quiebra, pues se debería haber acreditado si aún contabilizando los pagos e imputándose los a la deuda más antigua, seguía existiendo deuda de tanta antigüedad que hubiera conllevado la necesidad de realizar el correspondiente ajuste contable antes de cuando se hizo, pues recordemos la base principal de este deterioro se centra en la antigüedad de la deuda que es lo que marca su probabilidad de cobro (...). Pero es más (...), cualquier tercero que analice las cuentas de la concursada y observe como su patrimonio se compone casi en exclusiva de créditos con terceros, debe alertarse que dicho activo puede ser sumamente "volátil" ya que dependerá obviamente de la calidad del deudor, por tanto, a nadie se le puede llevar a error sobre la situación patrimonial, pues en las cuentas se observa que en definitiva el activo de la sociedad está en manos de terceros y de su capacidad de pagar lo que se le debe a la concursada".

5. El ilícito orgánico que, en el presente caso, la sentencia de apelación imputa al administrador de NEOC coincide con la misma conducta que la administración concursal, en la sección de calificación del concurso de NEOC, pretendía fuera considerada como irregularidad contable en la llevanza de la contabilidad relevante para el conocimiento de la situación patrimonial de la sociedad, para que se declarara culpable el concurso. Conviene advertir que en este procedimiento de calificación fue parte la demandante, F. Cortés, quien llegó a apelar esa sentencia que calificaba fortuito el concurso de NEOC, aunque luego desistió del recurso.

De tal forma que si la conducta que se enjuició en la sentencia de calificación coincide con el ilícito orgánico que se le imputaba en la presente acción individual de responsabilidad al administrador de la sociedad, aquel pronunciamiento de la sentencia de calificación que no aprecia que hubiera habido irregularidad contable relevante para el conocimiento de la situación patrimonial y financiera de NEOC, afecta a un presupuesto lógico de la acción individual de responsabilidad, en la medida en que impide apreciar

el ilícito orgánico que se imputaba al administrador, que el recurrente cuestiona en su recurso.

Además, sobre la base de los hechos acreditados, los razonamientos de la sentencia de calificación corroboran la razonabilidad del motivo de casación. En la medida en que los créditos pendientes de cobro (frente a sociedades del grupo) que se contabilizaban en el activo no eran los mismos durante los sucesivos ejercicios económicos 2007 a 2009, pues se iban recibiendo pagos que se imputaban a los créditos más antiguos, aunque en cada ejercicio económico surgieran otros nuevos derivados de las obras que se iban realizando, no consta que existieran créditos que por su antigüedad o por su deterioro fuera necesario provisionar. Por lo que no existió un ilícito orgánico consistente en un defecto grave en la llevanza de la contabilidad susceptible de haber provocado que naciera el crédito de la demandante que luego resultó impagado».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 579/2017] DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Responsabilidad de administradores de sociedades de capital: acción individual de responsabilidad. Solo podrá admitirse el impago de un crédito como daño o perjuicio susceptible de ser indemnizado por una acción individual, cuando se identifique una conducta propia del administrador que pueda calificarse como ilícito orgánico y pueda atribuirse a esa conducta la causa de no haber satisfecho el crédito. Cuando un cierre de hecho desemboca en un concurso de acreedores, la concurrencia de otros acreedores y la imposibilidad de satisfacer con los activos existentes todos los créditos, hace difícil apreciar una relación de causalidad entre el retraso en instar el concurso de acreedores y la falta de pago del acreedor que ejercita la acción individual.

«La sociedad Fercam Transportes S.A. (en adelante, Fercam) realizó servicios de depósito y transportes para Infotarget S.L. (en adelante, Infotarget), hasta mediados de 2011.

En los ejercicios económicos 2009 y 2010, los socios de Infotarget hicieron aportaciones dinerarias a la sociedad de más de 1.400.000 euros.

Infotarget cesó en su actividad a finales de mayo de 2011, sin que consten operaciones de liquidación ni tampoco que hubiera dispuesto de su patrimonio después del cierre.

Por Decreto de un juzgado de lo social dictado el 11 de noviembre de 2011, fueron embargados los bienes de Infotarget que estaban en posesión de Fercam. Más tarde fueron subastados y lo obtenido con la realización fue aplicado al pago de los créditos laborales objeto de ejecución.

Infotarget S.L. fue declarada en concurso de acreedores por auto de 23 de diciembre de 2013. En ese concurso se le reconoció a Fercam un crédito de 39.178'73 euros.

2. Antes de que hubiera sido solicitado y declarado el concurso de Infotarget, Fercam interpuso una demanda contra Infotarget y su administrador Amador. En esta demanda reclamaba a la sociedad 35.846,15 euros por los servicios realizados y pendientes de cobro, así como una indemnización de 23.659 euros por la custodia y conservación de la mercancía abandonada en sus instalaciones. Además, pedía la condena de su administrador (...) al pago solidario de 59.505,35 euros, que fundaba en dos acciones: la que se basa en el incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad, estando esta incurso en causa de disolución, y la acción individual.

En la audiencia previa, como consecuencia de que había sido declarado el concurso de acreedores de Infotarget, la demandante desistió de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución.

3. La sentencia dictada en primera instancia estimó la reclamación formulada contra Infotarget y la condena a pagar a la demandante las dos cantidades reclamadas (35.846,15 euros por los servicios realizados y pendientes de cobro, y la indemnización de 23.659,20 euros). También estimó las dos acciones de responsabilidad ejercitadas en la demanda, la basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución del art. 367 LSC y la individual del art. 241 LSC. Y, consiguientemente, condenó al administrador a pagar solidariamente con la sociedad las dos cantidades a que había sido condenada la entidad.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los demandados. La Audiencia estima en parte el recurso. Por una parte, confirma la condena de la sociedad demandada al pago de las cantidades reclamadas en la demanda, y por otra absuelve al administrador demandado.

La sentencia de apelación aprecia que la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, había sido objeto de desistimiento en la audiencia previa y por esa razón no procedía su estimación.

En cuanto a la acción individual, la Audiencia advierte que, si bien consta la deuda impagada y que el

administrador no realizó operaciones de liquidación después del cierre, no se cumplen los requisitos de la acción individual. La sentencia pone de relieve que la sociedad, al cabo de un tiempo, fue declarada en concurso y que es en este procedimiento, en concreto en la sección de calificación, donde podría apreciarse si hubo una liquidación indebida de los activos antes del concurso de acreedores y si hubo demora en la solicitud de concurso y sus consecuencias. Luego razona que "en la demanda no hay argumento alguno, ni explícito ni implícito, que permita considerar que esa deuda social hubiera podido ser satisfecha de haberse realizado una inmediata y ordenada liquidación de la sociedad (esta cuestión se debate en el concurso y debe ser allí donde se valore la trascendencia que pudiera tener la demora en la solicitud de concurso)".

5. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo. El único motivo de este recurso se formula con el siguiente encabezamiento:

"Al amparo del artículo 469.1 apartados 2º y 4º por vulneración de los arts. 216 y 217.7 LEC, especialmente en su apartado 7 que establece que "el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio" y 218.2 LEC y, por lo tanto, por infracción de los requisitos internos de la sentencia. Así como por la vulneración del derecho fundamental a una resolución razonable y con una interpretación lógica de los hechos a tenor del artículo 24 de la CE".

A continuación, en el desarrollo del motivo, el recurrente afirma "la sentencia incurre en varios errores patentes y notorios en la apreciación de la prueba", y los enumera en cinco apartados, que se refieren a: 1º las ampliaciones de capital y aportaciones de los socios que han sido objeto de controversia durante el pleito, pues no serían las que se precisan en la sentencia; 2º la reclamación de la deuda de Infotarget, pues la sentencia insinúa, sin prueba alguna, que las facturas presentadas por la demandante son dudosas cuando ni siquiera habían sido discutidas por la demandada; 3º la modificación del crédito en el concurso, que no fue consecuencia del requerimiento de la Audiencia, sino porque la demandante comunicó en su momento la existencia de la demanda al administrador concursal; 4º el momento de la solicitud del concurso, pues no fue unos meses después del cierre sino dos años y siete meses después; 5º la acción de responsabilidad

individual contra el administrador social de Infotarget, porque se afirma que no hay argumentación que justifique que la deuda con la demandante podía haber sido satisfecha con una ordenada liquidación de los activos, y después se invoca la doctrina del Tribunal Supremo para reconocer que la prueba correspondía al demandado, lo que es contradictorio y pone en evidencia que se ha aplicado erróneamente la doctrina del Tribunal Supremo.

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

2. Desestimación del motivo. El motivo está mal planteado, de acuerdo con la normativa que regula este recurso, tal como ha sido interpretada por esta sala. Interpretación que ha quedado plasmada en numerosas sentencias y condensada en los criterios de admisión aprobados por el acuerdo no jurisdiccional del pleno de esta sala de 27 de enero de 2017.

El primer defecto en que incurre el recurso es que en un único motivo acumula infracciones distintas y afirma al comienzo de su encabezamiento que se amparan en dos ordinales distintos del art. 469.1 LEC, el 2º y el 4º. Desde el momento que cada una de las infracciones previstas en los cuatro ordinales del art. 469.1 son distintas y se fundan en requisitos propios, deben ser diferenciadas en motivos distintos, sin que deba ser el tribunal quien haga esta labor por el recurrente.

El incumplimiento de esta exigencia está ligada a otros defectos, que propicia y que impiden la admisión del recurso, y justifican ahora su desestimación. Por una parte, el desarrollo del motivo no se ajusta al encabezamiento. Así, en el desarrollo del motivo se denuncian errores patentes y notorios en la valoración de la prueba, a lo que no se hace referencia en el encabezamiento del motivo. Además, la denuncia de error en la valoración de la prueba es contradictoria con la denuncia, en el mismo motivo, de la infracción de las reglas de la carga de la prueba, como reiteradamente ha afirmado la sala. Por otra parte, los errores denunciados se refieren no sólo a la valoración de la prueba en orden a la determinación de los hechos, sino también a su valoración jurídica, cuya impugnación es ajena a este recurso. En realidad, la denuncia de los errores en la valoración de la prueba, además de que no son determinantes pues requerirían de una valoración jurídica contradictoria con lo que exponemos al resolver el recurso de casación, encubre la pretensión de que se vuelva a revisar la sentencia como si se tratara de una tercera instancia.

TERCERO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los artículos 236 y 241 LSC y la doctrina

del Tribunal Supremo respecto de la acción individual. En el desarrollo del motivo se razona por qué se cumplen todos los requisitos de la acción individual, como si se tratara de un escrito de alegaciones en la instancia (demanda o recurso de apelación). Hay un cúmulo de alegaciones, al hilo de lo que se consideran conductas del administrador contrarias a la ley, los estatutos y los deberes de diligencia, y, sobre todo, su relación de causalidad con el impago de las facturas, articuladas de tal forma que no contribuyen a precisar en qué consiste la infracción en que incurrió la sentencia recurrida, más allá de volver a revisar el enjuiciamiento.

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

2. Desestimación del motivo. Cuando un acreedor ejercita una acción individual de responsabilidad frente al administrador de una sociedad en la que el daño o perjuicio cuya indemnización se pretende es el impago de un crédito, es muy fácil caer en el riesgo que hemos advertido en otras ocasiones, por ejemplo, en las sentencias 150/2017, de 2 de marzo, y 274/2017, de 5 de mayo: "No puede identificarse la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador".

Para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador, distinta de no haber pagado el crédito, que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito.

Es desde esta perspectiva, desde la que la jurisprudencia ha admitido el impago de un crédito como daño o perjuicio susceptible de ser indemnizado por una acción individual. En este caso el ilícito orgánico denunciado ha sido realizar un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación. En un supuesto como este la dificultad radica en apreciar una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito.

3. Cuando un cierre de hecho de una sociedad viene seguido de una declaración de concurso de acreedores de la sociedad, aunque sea dos años después, esa relación de causalidad se difumina tanto que dificulta su apreciación. Aun en el supuesto en que se demostrara que al tiempo de verificarse el cierre había algún activo concreto pendiente de ser liquidado, con el que se hubiera podido pagar el crédito del demandante, la posterior apertura del concurso pone de relieve la existencia de otros acreedores concurrentes, lo que dificulta concluir que con aquella correcta liquidación se hubiera pagado necesariamente el crédito del demandante.

Como subyace a la explicación dada por la sentencia recurrida al desestimar la acción, la concurrencia de otros acreedores en un concurso de acreedores está justificada por una situación de insolvencia de la sociedad deudora que, cuando viene precedida de un cierre de hecho, pone en evidencia la imposibilidad de pagar todos los créditos con los activos existentes. Y, en su caso, los posibles fraudes derivados de la distracción de bienes o del retraso en la solicitud del concurso, como afirma la sentencia, tienen un cauce natural para su apreciación y sanción, que es la calificación concursal.

De tal forma que, cuando un cierre de hecho desemboca en un concurso de acreedores, la concurrencia de otros acreedores y la imposibilidad de satisfacer con los activos existentes todos los créditos, dificulta apreciar una relación de causalidad entre el retraso en instar el concurso de acreedores y la falta de pago del acreedor que ejercita la acción individual. Sin perjuicio de la represión, en sede de calificación, de las actuaciones culposas o dolosas del administrador que hubiera agravado la insolvencia en un periodo previo a la declaración de concurso, mediante la distracción de bienes o activos de la sociedad. Estas acciones de responsabilidad concursales ejercitadas en la sección de calificación velarían, en su caso, por todos los perjudicados por los eventuales comportamientos del administrador que con dolo o culpa grave hayan impedido el cobro de los créditos de la sociedad, al generar o agravar la insolvencia.

En consecuencia, procede desestimar el motivo y confirmar el criterio seguido por la sentencia recurrida que, a pesar de constatar "la deuda impagada y que el administrador no realizó operaciones de liquidación después del cierre", entiende que no se cumplen los requisitos de la acción individual».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 596/2017] DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Responsabilidad de administradores de sociedades de capital: acción de responsabilidad por deudas por el incumplimiento de los deberes legales ante la concurrencia de causa de disolución. La necesidad de que quede acreditado que, de haberse realizado una correcta disolución y liquidación de la sociedad, hubiera sido posible el pago total o parcial del crédito del demandante, debe concurrir ante el ejercicio de una acción individual de responsabilidad basada en el cierre de hecho; pero no cuando se analiza la acción de responsabilidad fundada en la existencia de causa de disolución y el incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución o, en su caso, de solicitar el concurso de acreedores, y la deuda social nace con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. Para que prospere esta última acción, cumplidos los requisitos exigidos por la norma, no es necesario justificar ningún nexo de causalidad entre el impago de la deuda y el incumplimiento del deber de promover la disolución. - En caso de cambio de administrador, desde que asume la administración, para él nace un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución, cuyo incumplimiento le hará responsable solidario de las deudas sociales posteriores al momento en que asumió la administración de la sociedad. Esto es, su responsabilidad alcanza a todas las deudas sociales surgidas mientras él era administrador y estando la sociedad en causa de disolución, pero no a las anteriores a su nombramiento ni a las posteriores a su cese.

«Bodegas Javier S.L. tenía un crédito frente a New Moss 2011 S.L. de 10.312,99 euros, generado por el suministro de bebidas entre noviembre de 2013 y marzo de 2014.

Las cuentas anuales New Moss 2011 S.L. del ejercicio 2012, como consecuencia de unas pérdidas de 72.894,26 euros, muestran unos fondos propios negativos de -69.894,26 euros. Estos fondos propios se incrementaron en el ejercicio 2013 (-155.757,76 euros).

Salome fue administradora de New Moss 2011 S.L. desde la constitución, en 2011. Y lo era cuando se formularon las cuentas anuales del 2012.

Por su parte, Evelio fue nombrado administrador de New Moss 2011 S.L. el 5 de mayo de 2014 y cesó en el cargo el 9 de septiembre de 2014.

2. Bodegas Javier S.L. interpuso la demanda que dio inicio al presente procedimiento, frente a Salome y Evelio, en la que pedía su condena al pago del crédito de 10.312,99 euros que la demandante tenía frente a New Moss 2011 S.L. Esta pretensión se fundaba en dos acciones: la de responsabilidad ex art. 367 LSC porque la sociedad estaba incurso en causa de disolución y los administradores incumplieron el deber legal de promover su disolución; y la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC.

Durante el procedimiento, la demandante desistió de la reclamación frente a Salome y redujo la reclamación frente a Evelio a la suma de 5.152,99 euros.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó ambas acciones y absolvió al demandado. Respecto de la acción basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución (art. 367 LSC), el juzgado advirtió que la deuda social, si bien era posterior a que la sociedad hubiera incurrido en causa de disolución (al término del ejercicio económico 2012), era anterior a que el administrador demandado Evelio hubiera asumido el cargo (mayo de 2014). Por lo que entendió que no se cumplía uno de los requisitos legales para la estimación de la acción, que la deuda sea posterior al incumplimiento del deber legal de promover la disolución.

Luego, la sentencia de primera instancia analiza los requisitos de la acción individual y concluye que no concurren en el presente caso, entre otras razones porque "la demanda no concreta la conducta negligente que se imputa al demandado para hacer generar su responsabilidad".

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante. El recurso fue estimado por la Audiencia que, si bien desestima la procedencia de la acción individual de responsabilidad ex art. 241 LSC, sí estima la acción basada en el incumplimiento del deber de promover la disolución.

La Audiencia razona que ha quedado acreditado que la deuda social es posterior a la aparición de la causa de disolución. La deuda nació entre noviembre de 2013 y marzo de 2014, y la causa de disolución afloró al término del ejercicio 2012. Y entiende que la ley no exige que el administrador hubiera aceptado el cargo antes del nacimiento de la deuda.

En consecuencia, condena al administrador demandado Evelio a pagar a la demandante la suma de 5.152,99 euros, deuda social pendiente de pago.

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandado, sobre la base de un único motivo.

La demandante, ahora parte recurrida, manifestó en el trámite de oposición que concurría una causa de

inadmisión, en concreto la falta de interés casacional. En atención a la naturaleza de esta causa de oposición será analizada al resolver sobre la procedencia del motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la "infracción del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital y la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la pretensión de decretar la responsabilidad objetiva del administrador societario cuando no concurren la totalidad de los requisitos para ello, según lo previsto en el artículo citado y la jurisprudencia que lo desarrolla".

En el desarrollo del motivo argumenta, primero, que la deuda contraída por la sociedad fue anterior a que el Sr. Evelio hubiera asumido el cargo de administrador. La deuda se contrae entre noviembre de 2013 y marzo de 2014, y el demandado asumió la administración de la sociedad el 5 de mayo de 2014 y cesó el 9 de septiembre de ese mismo año.

En segundo lugar, razona que para que se pueda aplicar la responsabilidad del art. 367 LSC es necesario acreditar que, de haberse realizado una correcta disolución y liquidación de la sociedad, hubiera sido posible el pago total o parcial del crédito del demandante. Y es aquí donde invoca la sentencia de la sala 253/2016, de 18 de abril.

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

2. Estimación del motivo. En relación con la objeción planteada a la admisión del recurso, hemos de advertir que, aunque alguna de las sentencias invocadas no se refieren directamente a la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, sino a la acción individual, como es el caso de la 253/2016, de 18 de abril, con el consiguiente equívoco que luego advertiremos, el recurso invoca otras sentencias, como la de 7 de octubre de 2013, que se refieren a la ratio del art. 367 LSC, y de las que cabe extraer la solución al caso.

En primer lugar, hemos de salir al paso del equívoco en que incurre la segunda razón argüida por el recurso para justificar la casación. La exigencia contenida en la sentencia 253/2016, de 18 de abril, de que quede acreditado que, de haberse realizado una correcta disolución y liquidación de la sociedad, hubiera sido posible el pago total o parcial del crédito del demandante, lo sería en su caso para que pudiera prosperar una acción individual de responsabilidad basada en el cierre de hecho. Pero esta exigencia no opera cuando se analiza la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, que se basa en que, habiendo incurrido la sociedad en causa de disolución, el

administrador incumple los deberes legales de promover su disolución y, en su caso, de petición de concurso de acreedores, y la deuda social nace con posterioridad a la aparición de la causa de disolución. Para que prospere esta acción, cumplidos estos requisitos, no es necesario justificar ningún nexo de causalidad entre el impago de la deuda y el incumplimiento del deber de promover la disolución.

3. Aclarado lo anterior, sí que debemos estimar la procedencia de la primera de las razones aducidas en el recurso.

Conforme a los hechos probados, no existe duda de que, al término del ejercicio 2012, la sociedad New Moss 2011, S.L., como consecuencia de pérdidas sufridas, tenía fondos propios negativos y, cuando menos desde entonces, se encontraba en la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) LSC. A partir de entonces, para quien era la administradora social, Salome, surgieron los deberes legales previstos en los arts. 365 y 366 LSC para los administradores: i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta; y iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

La consecuencia legal prevista en el art. 367 LSC para el incumplimiento de estos deberes legales, es que los administradores "responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución".

Según consta acreditado en la instancia, el crédito de la demandante (Bodegas Javier S.L.) surgió con posterioridad a la aparición de la causa de disolución, por el suministro de bebidas entre noviembre de 2013 y marzo de 2014.

No hay duda de que quien era administrador de la sociedad cuando, estando esta incurrida en causa de disolución sin que se hubiera cumplido con el deber legal de promover su disolución, nace el crédito, responde solidariamente frente al acreedor. Este sería el caso de Salome, que fue administradora de New Moss 2011 S.L. desde la constitución, en 2011 hasta su sustitución por Evelio, el 5 de mayo de 2014.

Conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia 731/2013, de 2 de diciembre, el administrador que ha dejado de cumplir con los reseñados deberes legales de promover la disolución responde solidariamente del pago de las deudas

sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución, pero no de las posteriores a su cese.

4. La cuestión que suscita el presente recurso es respecto de qué deudas sociales responde un administrador, como Evelio, que asumió el cargo después de que, estando la sociedad en causa de disolución y sin que el administrador anterior hubiera instado su disolución, hubieran surgido deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución y anteriores a su nombramiento como administrador.

El nuevo administrador, desde que asumió la administración de la sociedad (el 5 de mayo de 2014), como seguía incurso en la causa de disolución de pérdidas que dejaban el patrimonio neto contable por debajo de la mitad del capital social, estaba afectado por los reseñados deberes legales de promover la disolución. La duda es respecto de qué deudas sociales responde solidariamente. Para resolverla debe acudirse a la ratio del precepto.

En el art. 367 LSC la responsabilidad del administrador se anuda al incumplimiento del deber de promover la disolución. El reproche jurídico que subyace a la responsabilidad del art. 367 LSC se funda en el incumplimiento de un deber legal (de promover la disolución de la sociedad o, en su caso, de instar el concurso de acreedores). La Ley en esos casos, estando la sociedad incurso en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

Esta razón que llevó al legislador a ceñir el alcance de la responsabilidad a las deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución nos debe llevar a concluir que, en caso de cambio de administrador, desde que asume la administración, para él nace un nuevo plazo de dos meses para promover la disolución, cuyo incumplimiento le hará responsable solidario de las deudas sociales posteriores al momento en que asumió la administración de la sociedad. Esto es, su responsabilidad alcanza a todas las deudas sociales surgidas mientras él era administrador y estando la sociedad en causa de disolución, pero no a las anteriores a su nombramiento ni a las posteriores a su cese.

En la medida en que el criterio seguido por la Audiencia para determinar la responsabilidad de

Evelio no se acomoda a esta doctrina, procede estimar el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 514/2017] DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Rafael Sarazá Jimena]

Derecho de marcas: caducidad parcial de la marca por falta de uso real y efectivo respecto de alguno de los productos para los que ha sido registrada. - Protección de los términos genéricos incluidos en una Denominación de Origen Protegida.

«"Torta del Casar" es una Denominación de Origen Protegida (en lo sucesivo, DOP) cuyo registro fue concedido por el Reglamento (CE) 1491/2003, de 25 de agosto. Anteriormente, había sido reconocida como DOP en España por la Orden de 9 de octubre de 2001 de la Consejería de Economía, Industria y Comercio de la Junta de Extremadura.

El Consejo Regulador de la DOP "Torta del Casar", interpuso una demanda contra Quesería Tierra de Barros S.L. en la que solicitaba que se declarara: i) que la comercialización de los quesos identificados bajo el signo "Torta de Barros" supone una infracción de la DOP "Torta del Casar", así como una conducta desleal; ii) que la utilización comercial de la demandada de los términos "Torta", "Minitorta", "Tortita" y, en su caso "Tortissima", en solitario o como parte integrante de expresiones más largas, supone infracción de la DOP "Torta del Casar", así como una conducta desleal; iii) que la utilización de los nombres de dominio www.tortadebarros.es y www.tortadebarros.com llevada a cabo por la demandada para la promoción y oferta de sus quesos supone infracción de la DOP "Torta del Casar", así como una conducta desleal; iv) que la marca española n.º 2.787.903 "Tortissima" no ha sido objeto de uso real y efectivo en el mercado, en relación con los productos cubiertos por su registro, en el plazo de cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de esta demanda; y, en consecuencia, se declare la caducidad total de la marca sobre la base del art. 55.1.c) de la Ley de Marcas; v) que la marca española n.º 2.558.336 "Torta de Barros" no ha sido objeto de uso real y efectivo en el mercado, en relación con "leche", en el plazo de cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de esta demanda; y, en consecuencia, se declare la caducidad parcial de la marca en relación con "leche", sobre la base del art. 55.1.c) de la Ley de Marcas; vi) la nulidad parcial de las marcas españolas n.º 2.558.336 "Torta

de Barros" y n.º 2.787.903 "Tortissima" para "productos lácteos", sobre la base del art. 14 del Reglamento UE 1151/2012 y/o el art. 51 de la Ley de Marcas; vii) con carácter subsidiario, la caducidad parcial de la marca española n.º 2.558.336 "Torta de Barros" para "productos lácteos", sobre la base del art. 55.1.e) de la Ley de Marcas; viii) también subsidiariamente, y para el caso de no declarar su caducidad por falta de uso o su nulidad parcial, la caducidad parcial de la marca española n.º 2.787.903 "Tortissima" para "productos lácteos", sobre la base del art. 55.1.e) de la Ley de Marcas. Y ejercitaba las acciones de cesación y remoción derivadas de las anteriores declaraciones.

2.-La demandada contestó a la demanda, solicitó que se declarara la nulidad de la marca "Torta" M-2.394.193 de la actora, opuso la excepción de cosa juzgada en relación con la marca "Torta de Barros" M-2.558.336 y la de prescripción de las acciones ejercitadas en la demanda, y, en cuanto al fondo del litigio, alegó que venía usando las marcas cuya caducidad se solicitaba para designar leche y queso, y que el término "torta" se emplea para designar un tipo de queso de pasta blanda en varios lugares de la geografía española y europea, no solamente en el Casar de Cáceres, por lo que solicitó la desestimación de la demanda.

3.-El 2 de febrero de 2016, el juzgado dictó un auto en el que acordó sobreseer parcialmente el procedimiento al estimar la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones, declarativas y de condena, relativas a la infracción de la DOP "Torta del Casar" por la marca "Torta de Barros" y los nombres de dominio www.tortadobarros.es y www.tortadobarros.com, así como la relativa a la nulidad parcial de la marca "Torta de Barros". La cosa juzgada venía determinada por la sentencia 26/2007 de 22 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Consejo Regulador de la DOP "Torta del Casar" contra la resolución de la Oficina de Patentes y Marcas de 2 de diciembre de 2004, resolutoria del recurso de alzada de la de 31 de mayo de 2004, que concedió a Quesería Tierra de Barros S.L. la marca nacional 2.558.336, denominada "Torta de Barros", por infracción de los arts. 5 y 6 de la Ley de Marcas (en lo sucesivo, LM), recurso que había sido interpuesto porque la impugnante entendió que tal concesión era perjudicial para sus marcas "Torta" y "Torta del Casar".

Asimismo, en la audiencia previa se decidió que no formaba parte del objeto del proceso la declaración de

nulidad de la marca "Torta" 2.394.193, que había solicitado la demandada.

4.-La consecuencia de lo anterior es que el objeto del proceso quedó circunscrito a lo siguiente:

i) La caducidad parcial, respecto del producto "leche", de la marca nacional 2.558.336, "Torta de Barros", mixta, solicitada el 19 de septiembre de 2003 para distinguir "leche y productos lácteos", de la clase 29, por falta de uso; y la caducidad total de la marca nacional 2.787.903, "Tortissima", denominativa, solicitada el 25 de agosto de 2007 para distinguir "leche y productos lácteos", de la clase 29, por falta de uso. Y, subsidiariamente, la caducidad parcial de ambas marcas, respecto de "productos lácteos", por uso engañoso.

ii) La nulidad parcial de la marca "Tortissima" para "productos lácteos" con base en el art 14.1 del Reglamento UE 1151/2012, por conflicto con la DOP "Torta del Casar" y, subsidiariamente, con base en el art. 51 LM en conexión con los arts. 5.1.f LM (marca contraria a la Ley) y 5.1.g LM (marca engañosa).

iii) Las acciones de competencia desleal por la comercialización de quesos identificados bajo los signos "Torta", "Torta de Barros", "Minitorta", "Tortita" y "Tortissima" y la utilización de los nombres de dominio www.tortadobarros.es y www.tortadobarros.com para la promoción y oferta de tales quesos, sobre la base del art. 32.1 de la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo, LCD), ordinales 1 a 3, en conexión con los arts. 5, 6, 12 y 15 LCD.

5.-El Juzgado de Primera Instancia y Mercantil desestimó la demanda.

i) Respecto de las acciones de caducidad, declaró que existía prueba del uso real y efectivo de las marcas "Tortissima" y "Torta de Barros" en la comercialización de quesos. En cuanto a la solicitud de caducidad parcial de esta última marca, solamente respecto del producto "leche", la sentencia declaró que, al ser el queso un producto similar a la leche, el uso de la marca para distinguir quesos enervaba la caducidad de la marca respecto de la leche.

ii) Respecto de la nulidad parcial de la marca "Tortissima" con base en el art 14.1 del Reglamento UE 1151/2012, por conflicto con la DOP "Torta del Casar" y, subsidiariamente, con base en el art. 51 LM en conexión con los arts. 5.1.f LM (marca contraria a la Ley) y 5.1.g LM (marca engañosa), asumió los razonamientos contenidos en la sentencia 26/2007 de 22 de enero, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, relativos a que el término "torta" es genérico por referirse a un tipo de queso por su forma "atortada" y su textura blanda y semilíquida, siendo

"torta" una denominación para este tipo de queso que se halla extendida no solo por la geografía nacional española en general sino también por la extremeña en particular.

iii) Respecto de las acciones de competencia desleal, tras rechazar la excepción de prescripción porque el día inicial del plazo de ejercicio de la acción sería el de finalización de la conducta continuada, desestimó dichas acciones por las mismas razones por las que se había desestimado la nulidad parcial de la marca "Tortissima".

6.-La demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Asumió los argumentos utilizados en la sentencia de primera instancia para desestimar las acciones de caducidad por falta de uso y de nulidad parcial. Desestimó también las acciones de competencia desleal, respecto de las que declaró que el etiquetado y la presentación del producto de la demandada era nítidamente distinto al utilizado por la demandante, por lo que no existía error ni confusión.

7.-La demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra dicha sentencia. El recurso extraordinario por infracción procesal no ha sido admitido a trámite.

SEGUNDO. -Formulación del primer motivo del recurso de casación.

1.-El primer motivo del recurso de casación se encabeza con este epígrafe:

"Aplicación incorrecta del art. 55.1.c) en relación con los arts. 39 y 60, todos de la Ley de Marcas [...]".

2.-En el desarrollo del motivo, la recurrente precisaba que, mientras que solo pretendía la declaración de caducidad parcial de la marca "Torta de Barros" (pues se ejercitaba exclusivamente respecto del producto "leche", no respecto de "productos lácteos"), respecto de la marca "Tortissima" pretendía la declaración de caducidad total pues se ejercitaba respecto de todos los productos amparados por esta marca.

3.-Respecto de la caducidad de ambas marcas para amparar el producto "leche", la infracción se había cometido al extender los efectos del uso de la marca para un producto, el queso, a otro producto diferente, la leche, pues no existía prueba de que, para el público destinatario, la leche y el queso formaran parte de una misma especie, clase o grupo de productos con sustantividad suficiente.

4.-Respecto de la caducidad de la marca "Tortissima" para los productos lácteos distintos del queso, afirmó que "productos lácteos" era una categoría amplia de productos, y el uso real y efectivo de la marca solo respecto de algún producto específico en esa

categoría, el queso, no impide la caducidad respecto del resto de productos.

TERCERO. -Decisión del tribunal: la caducidad parcial de la marca por el uso real y efectivo solo respecto de alguno de los productos para los que ha sido registrada.

1.-Para resolver este motivo, debemos precisar las premisas de las que hay que partir. En primer lugar, las marcas cuya caducidad total o parcial se instó en la demanda fueron solicitadas y registradas para "leche y productos lácteos", de la clase 29. Asimismo, ha resultado probado que ambas marcas han tenido un uso real y efectivo para quesos. Aunque las sentencias de instancia son imprecisas sobre este extremo, de su lectura y del examen de los documentos a que hacen referencia expresa, se desprende con suficiente certeza que el uso real y efectivo al que se refieren lo es del producto queso, pues los documentos que se han aportado relativos a la comercialización de leche por parte de Quesería Tierra de Barros, S.L. prueban que comercializa leche, pero no que lo haga bajo ninguna de las marcas cuya caducidad por falta de uso se ha solicitado.

2.-No se plantea tampoco la posible discordancia de la ley nacional respecto de la directiva pues no ha pasado a la vigente Ley 17/2001, de Marcas, la regulación contenida en el art. 4.4 de la anterior Ley 32/1988, de Marcas, que, conforme a su tenor literal, establecía un efecto expansivo del uso de la marca para un producto, pues extendía el efecto de tal uso a "productos o servicios de la misma clase del nomenclátor internacional o a productos o servicios similares, o a productos o servicios en relación con los cuales la utilización de la misma marca por un tercero podría dar lugar a riesgo de asociación por los consumidores respecto del origen de unos y otros".

3.-El régimen que resulta de los arts. 39.1, 41.2, 52.3, 55.1.c y 60 de la Ley 17/2001, de Marcas (en la redacción anterior a la reforma operada por el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, que es la aplicable en este recurso por razones temporales), no ampara el efecto expansivo que establecía el art. 4.4 de la Ley 32/1988, de Marcas (que no tenía apoyo en las previsiones de la Directiva 89/104/CEE y que resultaba contradictorio con el régimen de caducidad parcial previsto en la propia ley). De acuerdo con el régimen establecido en la nueva ley, "la declaración de caducidad por desuso alcanza, sin excepción, a todos los productos o servicios que no hubieran sido efectivamente usados por la titular o por un tercero con su consentimiento" (sentencia de esta sala 453/2013, de 2 de julio).

4.-La jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea (que aunque va referida al Reglamento de la Marca Comunitaria 207/2009 y a la oposición al registro, es de plena utilidad al venir referida a la eficacia legitimadora del uso de la marca y al ser la regulación del uso de la marca en el citado Reglamento coincidente con la de la Directiva 2008/95/CE) está resumida en la sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto T-269/18, que declara sobre esta cuestión:

"[...] si una marca ha sido registrada para una categoría de productos o servicios suficientemente amplia para que puedan distinguirse dentro de ella varias subcategorías susceptibles de ser consideradas de forma autónoma, la prueba del uso efectivo de la marca para una parte de esos productos o servicios solo implica la protección, en un procedimiento de oposición, de la subcategoría o subcategorías a las que pertenecen los productos o servicios para los que la marca ha sido efectivamente utilizada [...]"

"Si bien el concepto de uso parcial tiene como función evitar que queden indisponibles marcas que no se han usado para una determinada categoría de productos, no debe generar la consecuencia de privar al titular de la marca anterior de toda protección para productos que, sin ser rigurosamente idénticos a aquellos para los que pudo probar un uso efectivo, no son sustancialmente distintos de ellos y pertenecen a un mismo grupo que no puede dividirse sino de forma arbitraria. A este respecto, procede observar que resulta imposible, en la práctica, que el titular de una marca pueda probar el uso de esta para todas las variantes imaginables de los productos a los que afecta el registro. Por consiguiente, no puede entenderse que el concepto de "parte de los productos o servicios" pueda referirse a todas las formas comerciales de productos o servicios análogos, sino únicamente a productos o servicios suficientemente diferenciados para poder constituir categorías o subcategorías coherentes".

5.-Por consiguiente, la eficacia legitimadora del uso de la marca se desenvuelve entre dos posiciones. De una parte, el uso real y efectivo de la marca no puede extender los efectos jurídicos de ese uso a todos los productos de la clase (en este caso, la clase 29) ni a otros de distinta clase, pero similares, como resultaba del tenor literal del art. 4.4 de la anterior Ley de Marcas. El uso efectivo de la marca para alguno de los productos para los que ha sido registrada implica la protección solo de la subcategoría a las que pertenece el producto para los que la marca de la Unión ha sido efectivamente utilizada. Por tanto, la amplitud de la categoría para la que la marca ha sido registrada es

relevante, pues si una marca ha sido registrada para una categoría de productos o servicios suficientemente amplia para que puedan distinguirse dentro de ella varias subcategorías susceptibles de ser consideradas de forma autónoma, la prueba del uso efectivo de la marca para una parte de esos productos o servicios solo implica la protección de la subcategoría o subcategorías a las que pertenecen los productos o servicios para los que la marca ha sido efectivamente utilizada.

Pero, de otra parte, no debe privarse al titular de la marca de toda protección para productos que, sin ser rigurosamente idénticos a aquellos para los que pudo probar un uso efectivo, no son sustancialmente distintos de ellos y pertenecen a un mismo grupo que no puede dividirse sino de forma arbitraria.

6.-Coincidimos con la recurrente en que "leche y productos lácteos" es una categoría amplia en la que, sin incurrir en distinciones arbitrarias, puede distinguirse la leche, materia prima necesaria para elaborar los productos lácteos, de los productos lácteos elaborados a partir de esa materia prima, puesto que uno y otros tienen sustantividad y diferenciación suficiente como para que el uso real y efectivo de la marca para un producto lácteo como es el queso no pueda considerarse un uso de la marca respecto del producto "leche".

7.-Ha de estimarse, por tanto, la pretensión de la demandante respecto de la caducidad de ambas marcas con relación al producto leche. Que en el caso de la marca "Tortissima", la solicitud de caducidad no se hubiera referido exclusivamente al producto "leche" (como sí había sucedido con la solicitud de caducidad parcial de la marca "Torta de Barros") no es óbice para tal declaración, pues como declaramos en la sentencia 288/2010, de 10 de mayo, "no es incongruente declarar una nulidad parcial por desuso cuando en la demanda se pretendió que esta alcanzara a todos los productos para los que las marcas habían sido concedidas".

8.-A una solución diferente ha de llegarse respecto de la solicitud, formulada en el recurso, de que la caducidad de la marca "Tortissima" alcance a todos los productos lácteos excepto el queso. No se ha justificado suficientemente que los "productos lácteos" sean una subcategoría tan amplia como para evitar que el uso real y efectivo del queso no implique la protección de esa subcategoría en su totalidad. Es notoria la existencia de productos lácteos que no es fácil encuadrar en alguna subcategoría (queso, mantequilla, yogur), como puede ser el caso de los quesos crema untados, quesos frescos azucarados

(como el conocido con la denominación genérica petit suisse), cuajadas, requesones, etc.

9.-Por tanto, la estimación de este motivo del recurso ha de ser parcial, pues solo puede acordarse la caducidad parcial de ambas marcas, en lo que respecta al producto "leche".

CUARTO. -Formulación del segundo motivo.

1.-El encabezamiento del segundo motivo tiene este contenido:

"Infracción del art. 13 apartados 1 y 2, en conexión con el art. 41.2, todos del Reglamento UE 1151/2012 [...]".

2.-La infracción se habría cometido porque la sentencia de la Audiencia Provincial consideró el término "torta" como un término genérico y no como una denominación tradicional no geográfica. Según la recurrente, la protección derivada de la DOP "Torta del Casar" no se circunscribe a esta expresión en su conjunto o al término geográfico "Casar", sino también al uso aislado de la palabra "torta" para quesos.

QUINTO. -Decisión del tribunal: la protección de los términos genéricos incluidos en una DOP.

1.-"Torta del Casar" es una DOP regulada actualmente por el Reglamento UE 1151/2012. De acuerdo con el art 5.1 de este reglamento, se entiende por "denominación de origen": "un nombre que identifica un producto: "a) originario de un lugar determinado, una región o, excepcionalmente, un país; "b) cuya calidad o características se deben fundamental o exclusivamente a un medio geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, y "c) cuyas fases de producción tengan lugar en su totalidad en la zona geográfica definida".

Como acertadamente argumenta la recurrente, el cambio en la redacción del precepto que define la denominación de origen que se ha producido en el Reglamento UE 1151/2012 respecto del precedente Reglamento (CEE) 2081/1992, no es relevante, porque también bajo la nueva redacción, una DOP puede consistir en (o puede contener como término protegido) una denominación tradicional no geográfica siempre que designe un producto agrícola o alimenticio originario de un determinado ámbito geográfico y cuya calidad o características se deban fundamentalmente a ese origen geográfico, en el que han tenido lugar todas sus fases de producción, que lo distinguen de los productos originarios de otros ámbitos geográficos.

2.-El último párrafo del art. 13.1 del Reglamento UE 1151/2012 prevé:

"Cuando una denominación de origen protegida o una indicación geográfica protegida contenga ella misma el

nombre de un producto considerado genérico, el uso de tal nombre genérico no se considerará contraria a lo dispuesto en las letras a) y b) del párrafo primero".

El art. 13.2 de este reglamento establece:

"Las denominaciones de origen protegidas y las indicaciones geográficas protegidas no podrán hacerse genéricas".

3.-De acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial, el término "torta" que se contiene en la DOP "Torta del Casar" sería un nombre genérico a efectos de lo dispuesto en el último párrafo del art. 13.1 del Reglamento, que ha sido transcrito. Esto es, se trataría de un nombre genérico contenido en una DOP, cuyo uso no se encuentra protegido contra:

"a) cualquier uso comercial directo o indirecto de un nombre registrado en productos no amparados por el registro, cuando dichos productos sean comparables a los productos registrados con ese nombre o cuando el uso del nombre se aproveche de la reputación del nombre protegido, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes;

"b) cualquier uso indebido, imitación o evocación, incluso si se indica el verdadero origen de los productos o servicios o si el nombre protegido se traduce o se acompaña de expresiones tales como "estilo", "tipo", "método", "producido como en", "imitación" o expresiones similares, incluso cuando esos productos se utilicen como ingredientes".

4.-Para llegar a esta conclusión, la sentencia de apelación hace suyos los argumentos de la sentencia 26/2007, de 22 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, y afirma que "es evidente que la torta se refiere, desde un punto de vista genérico, a un tipo de queso, por su forma atortada y su textura blanda o semilíquida, denominación que se encuentra extendida no solo en Extremadura sino en toda la geografía nacional [...]".

5.-La recurrente discrepa de la tesis de la sentencia recurrida y sostiene que "torta" es una denominación tradicional que designa un producto alimenticio originario de un lugar determinado, en concreto del Casar de Cáceres. Por tanto, la DOP "Torta del Casar" impediría que se registraran marcas y se utilizaran signos que usaran no solamente el término "Casar" sino también los que usaran aisladamente el término "torta". Considera que la sentencia recurrida es contraria a la jurisprudencia del TGUE pues aplica indebidamente el último párrafo del art. 13.1 del Reglamento UE 1151/2012 y, como consecuencia de tal aplicación indebida, infringe el art. 13.2 del Reglamento UE 1151/2012, ya que convierte en

genérico un término, "torta" amparado por la DOP para quesos.

6.-Por tanto, la controversia suscitada en este motivo del recurso se refiere a la protección que debe concederse a los diferentes componentes de una DOP, cuando esta comprende más de un término, y, en concreto, a si el término "torta" que forma parte de la DOP "Torta del Casar" debe considerarse, cuando se aplica a quesos, como un componente protegido frente a las prácticas descritas en los apartados a) y b) del párrafo primero del art. 13.1 del Reglamento UE 1151/2012 por tratarse de una denominación tradicional que, aun no siendo en sí de carácter geográfico, está vinculada con la producción de dicho producto en una zona geográfica determinada (la del Casar de Cáceres), como sostiene la recurrente, o debe considerarse como "el nombre de un producto considerado genérico" que, como tal, pese a estar integrado en la DOP, carece de esa protección, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 13.1 del Reglamento UE 1151/2012.

7.-El art. 41 del Reglamento UE 1151/2012 regula una de las excepciones aplicables a determinados usos anteriores, concretamente la de los términos genéricos, y establece en sus dos primeros apartados:

"1. Sin perjuicio del artículo 13, el presente Reglamento no afectará al uso en la Unión de términos de carácter genérico, incluso aunque estos formen parte de nombres que estén protegidos en virtud de un régimen de calidad.

"2. Para determinar si un término se ha convertido o no en genérico, deberán tenerse en cuenta todos los factores pertinentes, particularmente:

"a) la situación existente en las zonas de consumo;

"b) los actos normativos nacionales o de la Unión que sean pertinentes".

8.-El Tribunal General de la Unión Europea ha declarado que estos criterios deben ser tomados en consideración tanto para determinar si una denominación ha pasado a ser genérica como para determinar si una denominación lo ha sido siempre. Y ha afirmado que para establecer si una denominación es genérica deberán tenerse en cuenta todos los factores y, en especial, la situación existente en el Estado miembro del que proceda y en las zonas de consumo, la situación en otros Estados miembros y las legislaciones nacionales o de la Unión pertinentes.

9.-En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que la Audiencia Provincial ha incurrido en varios errores al valorar estos elementos y concluir que el término "torta" no está protegido por la DOP.

10.-El primer error denunciado sería que el tribunal de apelación ha tomado en consideración la situación

actual, en que el uso del término está muy extendido, pero que habría que retrotraerse a la fecha de la solicitud de registro de la DOP, ya que el art. 13.2 del Reglamento UE 1151/2012 prohíbe que las DOP puedan devenir genéricas.

11.-Este argumento no es correcto. La Audiencia Provincial hace suyas las consideraciones contenidas en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que se dictó en el año 2007, esto es, varios años antes de que se dictara la sentencia recurrida y en una fecha no lejana a la solicitud de la DOP. Además, la demandada aportó la justificación de que existen marcas registradas en las que se usa el término "torta" para quesos (se supone que de forma "atortada") desde 1990; que en 1996, el consejo regulador de la DOP "Quesos de la Serena" ya debatió la conveniencia de incluir en su denominación la expresión "torta"; y que en el año 2003 (fecha muy cercana a la solicitud de la DOP) la demandada ya obtenía premios en concursos de quesos en los que existía una categoría "tortas". Por tanto, durante un periodo prolongado, iniciado antes de la solicitud de registro de la DOP "Torta del Casar", se han comercializado legalmente quesos de pasta blanda con la denominación "torta" que no tienen su origen en el Casar de Cáceres, lo que confirma la tesis de la sentencia recurrida sobre el carácter genérico del término "torta" también cuando es aplicado a quesos de pasta blanda.

12.-Otro argumento de la impugnación consiste en que la Audiencia Provincial niega la protección del término "torta" por el mero hecho de derivar de la forma externa del producto y obvia que la normativa sobre DOP permite la protección de denominaciones tradicionales no geográficas.

13.-Tampoco el argumento es correcto. La Audiencia Provincial, al hacer suyo el argumento de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, consideró que el término "torta" es genérico no solo por referirse a un tipo de queso por su forma "atortada" y su textura blanda y semilíquida sino también (y este es el argumento definitivo) porque "torta" constituía una denominación para este tipo de queso que se halla extendida no solo por la geografía nacional española en general sino también por la extremeña en particular. Por tanto, se excluía que el término "torta" estuviera referido únicamente a quesos de pasta blanda elaborados por métodos tradicionales en la comarca del Casar de Cáceres, pues se usaba también para quesos procedentes de otras áreas geográficas.

14.-En otro apartado de su recurso, la recurrente reprocha a la Audiencia Provincial que no haya tenido

en cuenta los actos normativos nacionales o de la UE que sean pertinentes. El "acto normativo" a tener en cuenta sería el propio Reglamento de la DOP "Torta del Casar" y de su Consejo Regulador, que hace referencia a "los nombres protegidos".

15.-El argumento se rechaza. El examen de dicho reglamento no permite afirmar que en el mismo se proteja el término "torta" aisladamente, incluso cuando no va unido a la expresión "del Casar". Si bien es cierto que en algunos pasajes de dicho reglamento se hace referencia a "los nombres protegidos" en la DOP, en la definición del ámbito de protección afirma que "la protección otorgada se extiende al nombre de la Denominación de Origen Protegida "Torta del Casar"" (énfasis en cursiva añadido). En todo caso, que dicho reglamento haga referencia a "los nombres protegidos" por la DOP, sin precisiones adicionales, no significa que el término "torta" resulte protegido cuando se utiliza aisladamente y no juntamente con "del Casar".

16.-También se argumenta como motivo de impugnación que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta los precedentes administrativos y judiciales existentes en los que se reconoce el carácter protegido.

17.-Este argumento no es decisorio porque, si bien es cierto que la OEPM ha rechazado en ocasiones la inscripción de marcas para amparar quesos que lleven en su denominación el término "torta", también lo es que existen un número considerable de marcas que amparan queso que lo utilizan, algunas solicitadas antes de la solicitud de DOP y otras con posterioridad. Y en cuanto a los antecedentes judiciales, es cierto que hay algunas sentencias del TSJ de Madrid que dan la razón a la recurrente e impiden que se registren marcas para queso que contengan la palabra "torta", pero la sentencia del TSJ de Extremadura, precisamente en un litigio que enfrentaba a las partes de este proceso, dio la razón a Quesería de Barros y permitió el registro de las marcas hoy cuestionadas por considerar que "torta" era un término genérico también para quesos.

18.-En todo caso, las resoluciones judiciales y administrativas a que hace referencia la recurrente y que le dan la razón, muestran principalmente que el consejo regulador de la DOP "Torta del Casar" ha sido muy activo en la defensa de su tesis y en el intento de monopolizar el término "torta" para los quesos de pasta blanda fabricados en esa comarca conforme a métodos tradicionales, mientras que los operadores económicos que han intentado registrar ese término no han sido tan activos o no han tenido tanto acierto. Pero un tribunal de casación, que debe revisar la

corrección jurídica de sentencias dictadas en la instancia, no puede encontrarse inevitablemente constreñido en esa tarea por la existencia de algunas decisiones administrativas y sentencias de tribunales de instancia que han acogido los argumentos que sostiene una de las partes en el recurso de casación. Se trata, por tanto, de un elemento más, pero que no es definitivo considerado aisladamente, sobre todo cuando tales resoluciones no son unívocas y pueden encontrarse ejemplos que resuelven en uno y otro sentido.

19.-En conclusión, la valoración conjunta del contexto fáctico y de los distintos elementos concurrentes que han resultado acreditados en el proceso, tal como exigen las sentencias del actualmente denominado Tribunal General de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2007, asunto T-291/03, caso Grana Padano, y de 14 de septiembre de 2017, asunto T-828/16, caso Queso de la Serena, llevan a la conclusión de que la solución alcanzada por la sentencia recurrida no incurre en la vulneración denunciada en el motivo».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1318/2017] DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Responsabilidad de administradores de sociedades de capital: acción individual de responsabilidad. Para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito que constituye el daño o perjuicio cuya indemnización se pretende. Cuando el crédito frente a la promotora es el único activo relevante de la contratista deudora, el subcontratista acreedor tiene otros cauces legales, como el embargo, para asegurar que, si llegara a ser cobrado el crédito frente a la promotora, con lo obtenido, podrá pagarse su crédito. Por ello, el ilícito orgánico, que se identifica con el cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación y una denuncia genérica de distracción de activos, no puede apreciarse con claridad, ni tampoco su relación de causalidad con la frustración del pago del crédito del subcontratista.

«Encofrats Callau Sorribes S.L. se constituyó en el año 2003 con un capital social de 3.005 euros. Su objeto social es la ejecución de obras, compraventa de fincas, reparcelaciones y urbanización de terrenos, promoción inmobiliaria y la tenencia y administración

de inmuebles. Tiene dos administradores, Secundino y Juan Ramón.

Las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil son las del ejercicio 2005. En aquel momento los fondos propios eran positivos. Las cuentas correspondientes al ejercicio 2006 fueron formuladas por el Sr. Secundino, pero no fueron firmadas por el otro administrador (Sr. Juan Ramón), y por ello no pudieron llegar a ser depositadas.

El 19 de diciembre de 2006, Secundino junto con Genaro constituyó otra sociedad, Obres Vallmir XXI S.L.

El 23 de noviembre de 2007, Encofrats Callau Sorribes S.L. subcontrató a Carlos Miguel unos trabajos de pintura en un edificio que estaba construyendo para Nova Inmobiliaria Deltebre S.L. en la calle Gerona de Deltebre. Para el pago de una parte del precio de estos trabajos de pintura, Encofrats Callau Sorribes S.L. entregó unos pagarés que a su vencimiento resultaron impagados. Iniciado para su cobro un juicio cambiario, se pagó parte de la deuda. En un juicio ordinario posterior, el Sr. Carlos Miguel obtuvo una sentencia de condena a la sociedad Encofrats Callau Sorribes S.L. por el resto del crédito que se le debía (26.461,72 euros).

La sociedad Encofrats Callau Sorribes S.L., sin perjuicio de que haya estado reclamando judicialmente el crédito que le adeuda la promotora de las obras, cesó en el ejercicio de la actividad que constituía su objeto social, sin que haya sido disuelta ni se haya solicitado su concurso de acreedores.

2. Carlos Miguel presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento en la que pedía la condena de la sociedad Encofrats Callau Sorribes S.L. al pago de un crédito de 41.204,30 euros. También pedía la condena de los dos administradores, Secundino y Juan Ramón, al pago de este crédito. Para justificarlo ejercitó dos acciones de responsabilidad, una basada en el art. 367 LSC, por incumplimiento de los deberes de instar la disolución de la sociedad, y otra la prevista en el art. 241 LSC, la denominada acción individual.

3. El juzgado mercantil desestimó la reclamación frente a la sociedad, al apreciar el efecto de cosa juzgada de la sentencia que había reconocido el crédito de 26.461,72 euros. También desestimó la acción ex art. 367 LSC, porque no había quedado acreditado que la sociedad estuviera incurso en causa de disolución antes de que naciera el crédito del demandante. Y sí estimó la acción individual, pero solo frente al administrador Juan Ramón, a quien condenó a pagar al actor la suma de 28.938,93 euros (el crédito adeudado, más las costas del anterior juicio y los intereses), al tiempo que la desestimaba respecto del

otro administrador Secundino. La sentencia lo razona del siguiente modo:

"La insuficiencia de patrimonio de la sociedad determina la frustración del crédito reclamado cuando, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufren el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor cuyo patrimonio es en principio su única garantía, siendo directamente consecuencia de la conducta de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo (STS 28 de abril de 2006). En el presente caso, el Sr. Juan Ramón se llevó los pocos activos materiales que quedaban en la sociedad impidiendo pagar con su importe la deuda reclamada y no actuó con el Sr. Secundino para intentar cobrar los créditos de la sociedad y así hacer frente al crédito del actor".

4. La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación por Carlos Miguel, quien impugnó la desestimación de la acción individual frente al administrador Secundino y el importe de la condena. La Audiencia estima el recurso en cuanto que extiende al Sr. Secundino la responsabilidad por la frustración del pago del crédito del actor, pero mantiene el importe de la condena (28.938,93 euros). En atención a los motivos del recurso de casación, resulta conveniente transcribir la parte de la argumentación de la sentencia de apelación que justifica la responsabilidad del Sr. Secundino:

"(...) ninguna duda cabe albergar de que los administradores solidarios no cumplieron sus obligaciones de liquidar la sociedad a pesar de su inactividad comprometiendo con ello la posibilidad del cobro de la deuda por sus acreedores, sin que pueda servir de excusa para ello el pago de su peculio personal (lo que está por demostrar) del importe de la deuda reclamada en el juicio cambiario, como tampoco escudarse en la falta de colaboración (no firma) por el otro administrador para no publicar las cuentas en el R. Mercantil, pues lo relevante es que la sociedad en esa situación no podía sobrevivir y la normativa societaria y concursal concede a los administradores una batería de medidas para proteger a los terceros y a los propios socios que van desde la disolución hasta la promoción del concurso, y esto no prueba que lo haya hecho el administrador absuelto D. Secundino, quien en 2006 constituye con un tercero (Genaro) una nueva sociedad con lo que tiene visos de realidad la afirmación que hace el demandante (f. 7 de la demanda) de que se traspasaron los activos (inmovilizado y trabajadores) de ENCOFRATS a otra sociedad, lo que no es otra cosa que la denominada

coloquialmente "liquidación a las bravas", situación en la que no viene exigiéndose el carácter posterior de las deudas a la concurrencia de la causa de disolución (SAP Madrid 22 enero 2016).

"Con la desaparición de hecho de la sociedad, los administradores cometen una omisión relevante de un acto debido, con infracción del deber judicial impuesto legalmente, como el de abrir el proceso de liquidación social (art. 365 LSC), o bien instar la declaración de concurso (art. 5 LC). Tal omisión antijurídica es susceptible de generar un daño a los sujetos que guardan expectativas en relación con el acto omitido, el procedimiento de liquidación del haber social, del que cabría esperar un control por parte de dichos interesados sobre la cuantificación e integración del patrimonio social, y de su liquidación, sea cual fuere el valor obtenido con ello, para luego pagar, en todo o en parte, los créditos existentes. La evitación de tal control por esos interesados (arts. 381, 388 y 389 LSC) en el proceso de liquidación, frustra la legítima expectativa de satisfacción de sus créditos, o al menos, la previsión razonable y justificada de cobro parcial de los mismos, por causas que le sean conocidas para valorarlas como objetivas o imputables a negligencia, pero al menos controlables.

"La frustración de tales legítimas expectativas, tuteladas legalmente, que hace incontrolable para el interesado cuales sean las causas finales del impago de sus créditos, que le impide reaccionar frente a tal impago si las causas son negligentes, genera un daño inmediato en ellos, que, a falta de otra prueba causal, es identificable con el propio valor del crédito impagado, generando la responsabilidad individual por daño de los administradores".

5. Frente a la sentencia de apelación, Secundino ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal, articulado en un solo motivo, y recurso de casación que se basa en dos motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Formulación del motivo. El motivo, cuya formulación no especifica en que ordinal del art. 469.1 LEC se ampara, denuncia "la infracción de las normas procesales previstas en el artículo 218.2 de la LEC en relación con el art. 24 de la CE".

En el desarrollo del motivo, después de mezclar denuncias sobre incorrecta valoración de la prueba y valoraciones jurídicas, concluye que "estamos ante una grave vulneración del derecho a la defensa que se deriva de la aportación de la prueba y a la valoración de la misma por el juzgador, que dentro de la legalidad aquí indicada debe ser encaminada a la apreciación fidedigna de la prueba aportada y de su valoración

ecuánime, el art. 218.2 LEC en relación con el art. 24 de la CE establecen las bases para la apreciación y consideración de la prueba propuesta, el juzgador tiene la obligación legal y moral de la apreciación realista y valorativa de los hechos declarados probados y de las pruebas aportadas, debe actuar con transparencia y valoración aplicando la ley y respetando los principios generales del Derecho"

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

2. Desestimación del motivo. Las alegaciones del motivo son más propias de un escrito de alegaciones de la instancia, que de un recurso extraordinario por infracción procesal. En estas alegaciones se impugna la valoración de la prueba realizada por la Audiencia y se propugna otra distinta, a la vez que se impugnan también las inferencias jurídicas que de los hechos probados ha realizado la sentencia de apelación.

No cabe fundar en la infracción del art. 218.2 LEC la impugnación de la valoración de la prueba realizada en la sentencia para la determinación de algunos hechos. La impugnación de la valoración de la prueba ha sido admitida por la sala de forma muy excepcional y siempre por el cauce del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC. Y, en cualquier caso, no cabe impugnar valoraciones jurídicas, por ser algo ajeno a este recurso y más propio del recurso de casación.

Se puede no compartir el juicio realizado por la Audiencia en su sentencia, pero no cabe negar que esté motivado, a la vista de la jurisprudencia sobre el cumplimiento de la exigencia constitucional del deber de motivar las sentencias.

Hemos declarado en otras ocasiones que "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengán apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, y 759/2015, de 30 de diciembre). Y, en nuestro caso, las razones de la decisión de la Audiencia son muy claras y aparecen en los párrafos transcritos en el apartado 4 del fundamento jurídico primero. Se puede no estar de acuerdo con esta motivación, pero no cabe negarla ni pretender su contradicción por esta causa del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. Recurso de casación.

1. Formulación del motivo primero. El motivo "denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 241 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con la doctrina jurisprudencial".

En el desarrollo del motivo se insiste en que el administrador demandado no se ha desentendido de la sociedad, pues ha ejercitado acciones para cobrar lo que le adeuda la promotora de las obras, en el curso de las cuales fue subcontratado el demandante. Y, en cualquier caso, la actuación del Sr. Secundino, en cuanto administrador, no está en la causa de la frustración del cobro del crédito de la demandante.

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

2. Estimación del motivo. Como hemos reiterado en otras ocasiones, cuando un acreedor ejercita una acción individual de responsabilidad frente al administrador de una sociedad en la que el daño o perjuicio cuya indemnización se pretende es el impago de un crédito, es muy fácil caer en el riesgo de identificar "la actuación antijurídica de la sociedad que no abona sus deudas y cuyos acreedores se ven impedidos para cobrarlas porque la sociedad deudora es insolvente, con la infracción por su administrador de la ley o los estatutos, o de los deberes inherentes a su cargo. Esta errónea concepción de la responsabilidad de los administradores sociales convertiría tal responsabilidad en objetiva y se produciría una confusión entre la actuación en el tráfico jurídico de la sociedad y la actuación de su administrador" (sentencias 150/2017, de 2 de marzo, y 274/2017, de 5 de mayo).

Por eso venimos insistiendo que "para que pueda prosperar la acción individual es necesario identificar una conducta propia del administrador, distinta de no haber pagado el crédito, que pueda calificarse de ilícito orgánico y a la cual pueda atribuirse la causa de no haber sido satisfecho el crédito" (sentencia 580/2019, de 5 de noviembre).

Es desde esta perspectiva, desde la que la jurisprudencia ha admitido el impago de un crédito como daño o perjuicio susceptible de ser indemnizado por una acción individual. En este caso el ilícito orgánico denunciado ha sido realizar un cierre de hecho sin practicar operaciones de liquidación y una denuncia genérica de distracción de activos. En un supuesto como este la dificultad radica en apreciar una relación de causalidad entre esta conducta y el impago de la deuda, pues se precisa la constatación de la existencia de concretos activos cuya realización hubiera permitido abonar total o parcialmente la deuda. Algo que realizado hubiera servido para pagar el crédito.

3. En nuestro caso, a tenor de los hechos declarados probados no hay duda de que la sociedad deudora (Encofrats Callau Sorribes S.L.) ha cesado en su actividad empresarial, que era la ejecución de obras,

en el curso de las cuales surgió la deuda con el demandante por los trabajos de pintura que se le subcontrataron, que están pendientes de pago. También ha quedado acreditado que Encofrats Callau Sorribes S.L. no ha sido disuelta y que ha ejercitado acciones judiciales para reclamar los créditos que tiene frente a la promotora de aquellas obras (Nova Inmobiliaria Deltebre S.L.), siendo este su único activo, que excede además la cuantía del crédito de la demandada. No consta que la sociedad tuviera otros activos que hubieran podido ser distraídos sin sujetarse a una ordenada liquidación, para evitar el pago del crédito del demandante. Y carece de sentido asociar la constitución de Obres Vallmir XXI S.L. a una genérica denuncia de distracción de los activos de Encofrats Callau Sorribes S.L. para evitar el pago del crédito del demandante, entre otras razones porque Obres Vallmir XXI S.L. se constituyó once meses antes de que Encofrats Callau Sorribes S.L. subcontratara al demandante para realizar los trabajos de pintura.

Siendo el crédito frente a la promotora el único activo relevante de Encofrats Callau Sorribes S.L., el demandante tiene otros cauces legales para asegurarse de que si llega a ser cobrado (porque prospera la demanda y se pueda ejecutar la sentencia) con lo obtenido podrá pagarse su crédito, como es el embargo del crédito.

En definitiva, en el presente caso, el ilícito orgánico no es tan claro ni tampoco su relación de causalidad con la frustración del pago del crédito del demandante. De una parte, la falta de la disolución y liquidación de la sociedad Encofrats Callau Sorribes S.L., tras la paralización de su actividad, reviste menor gravedad en la medida en que está pendiente la finalización de las acciones entabladas por la sociedad para cobrar lo que se le debe en la obra en la que, a su vez, subcontrató los trabajos de pintura del demandante. Y, de otra, de los hechos acreditados en la instancia no se aprecia que, más allá del crédito pendiente de cobro y objeto de reclamación al promotor, la sociedad Encofrats Callau Sorribes S.L. tuviera otros activos que en caso de una ordenada disolución y liquidación hubieran permitido cobrar al demandante su crédito.

4. Estimado este motivo primero, resulta innecesario entrar a analizar el motivo segundo. La estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación de Carlos Miguel, por las mismas razones expuestas en los apartados anteriores, y la confirmación de la sentencia de primera instancia».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 800/2017] DE 14

DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contratos de seguro: cláusulas de delimitación del riesgo y cláusulas limitativas. Las primeras concretan el objeto del contrato, fijando los riesgos que, en caso de producirse el siniestro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación. Las segundas, en cambio, restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido. Las cláusulas limitativas de derechos deben cumplir los requisitos formales previstos en la normativa (art. 3 LCS), de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Ante una situación de concurrencia de seguros en el seguro de personas, no opera el principio de indemnización efectiva propio de los seguros de daños, por lo que las prestaciones aseguradas en las pólizas de seguros de personas son acumulables entre ellas sin distribución proporcional. Por tanto, una cláusula contractual que impide que el asegurado pueda percibir la totalidad de las sumas aseguradas, estableciendo un régimen de compensación entre las distintas pólizas, no puede ser conceptuada como de delimitadora del riesgo, sino que, claramente, limita los derechos del asegurado, en relación con el contenido natural del contrato, lo que supone que, en los seguros de personas, el asegurado pueda exigir el cumplimiento íntegro de cada contrato individual.

«D. Gabriel, piloto de líneas aéreas, suscribió, a través de la correduría HWI España, dos pólizas de seguro, que cubrían la pérdida, temporal o definitiva, de la licencia de piloto.

1.1.-Un seguro con la compañía FIATC, vigente entre 1 de octubre de 2006 y el 30 de septiembre de 2008. La suma máxima asegurada era 450.700 €.

1.2.-Un seguro con la compañía Aviabel S.A., con vigencia desde el 1 de octubre de 2008.

2.-Simultáneamente, el Sr. Gabriel tenía contratada otra póliza, a través del Sindicato de Pilotos (SEPLA), con la compañía FIATC, que cubría el mismo riesgo de pérdida de la licencia de piloto.

3.-La cláusula 3.1 del contrato de FIATC suscrito por medio de la correduría HWI tenía la siguiente redacción:

"Limitaciones de la cobertura. -1.-En caso de que un piloto asegurado hubiera contratado otra póliza de

pérdida de licencia, y estuviera en vigor cuando el siniestro ocurriese, dicha póliza se considerará como un contrato primario de seguros. Esta póliza solamente pagará el exceso de las garantías pagaderas bajo la póliza primaria y solamente aquella cantidad, que después de ser añadida a la indemnización de la otra póliza, sea igual a la garantía máxima de esta póliza".

5.-El 13 de noviembre de 2009, el Sr. Gabriel fue declarado en incapacidad permanente por la Seguridad Social.

Como ello conllevó la pérdida de su licencia como piloto, fue indemnizado por FIATC, en aplicación de la póliza suscrita a través del SEPLA, en la suma de 162.273,27 €, que estaba en vigor en esa fecha.

6.-El Sr. Gabriel formuló una demanda contra HWI España, FIATC y Aviabel, en la que solicitaba que se las condenara solidariamente al pago de 450.700 €, en concepto de indemnización por pérdida definitiva de licencia; más el interés del art. 20 LCS.

Avibel reconvinó contra el Sr. Gabriel, en reclamación de las cantidades que le había pagado por la incapacidad temporal.

7.-La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Condenó a FIATC a indemnizar al demandante en la suma de 288.426,73 € (diferencia entre la suma asegurada y la abonada por la otra póliza) y absolvió a las otras dos codemandadas. Y estimó íntegramente la reconvención.

8.-Recurrida la sentencia de primera instancia por el demandante, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. En lo que ahora importa, consideró que la cláusula que permitió que del montante indemnizatorio pactado se descontara lo percibido de la misma compañía de seguros, en aplicación de otra póliza de seguro suscrita con ella, no era una cláusula limitativa, sino delimitadora del riesgo.

SEGUNDO. -Recurso de casación. Planteamiento del único motivo.

1.-El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2-3º LEC, se enuncia en un único motivo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1288 CC y 3 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

2.-En el desarrollo del motivo, el recurrente aduce, resumidamente, que la cláusula por la que se ha reducido la indemnización solicitada en la demanda tiene la condición de limitativa y no meramente delimitadora del riesgo. Cita como infringidas las sentencias de esta sala 895/2011, de 30 de noviembre; 880/2011, de 28 de noviembre; y 77/2009, de 11 de febrero.

TERCERO. -Distinción entre cláusulas de delimitación del riesgo y cláusulas limitativas en los contratos de seguro.

1.-Las condiciones generales de la contratación o cláusulas predispuestas que se utilizan por las compañías aseguradoras en los contratos de seguro pueden ser, con carácter general, o delimitadoras de los riesgos cubiertos, o limitativas de los derechos de los asegurados, en cuyo caso, deben estar destacadas tipográficamente y ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS).

2.-En cuanto a la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas, las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta sala, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, como dijimos en la sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

3.-Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias

268/2011, de 20 de abril; 516/2009, de 15 de julio; y 76/2017, de 9 de febrero).

La jurisprudencia de esta sala ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, en relación con el alcance típico o usual que corresponde a su objeto, con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora (sentencias 273/2016, de 22 de abril; y 58/2019, de 29 de enero).

CUARTO. -Caracterización de la cláusula litigiosa. Seguros de personas múltiples o cumulativos.

1.-La cláusula incluida en la póliza individual de FIATC regula el seguro como complementario de otro que haya contratado el mismo asegurado, de modo que, conforme a su tenor literal, operaría como suplemento de lo abonado conforme al otro contrato, hasta el límite de la garantía máxima contratada.

Si se tratara de un seguro de daños, sería una previsión para situaciones de concurrencia de seguros similar a lo dispuesto en el art. 32 LCS (seguro cumulativo, al que se refieren, verbigracia, las sentencias 783/2000, de 22 de julio; 1068/2002, de 14 de noviembre; 1136/2004, de 23 de noviembre; 1379/2008, de 3 de enero de 2009; y 205/2010, de 8 de abril). Cuyo sentido es que el seguro de daños garantice el resarcimiento completo del daño que efectivamente ha sufrido el asegurado, pero sin producir un beneficio indebido en el asegurado y un perjuicio injusto en el asegurador. Por ello, la sentencia 244/2005, de 14 de abril, en un caso de seguro de responsabilidad civil en el que coexistían dos pólizas de seguro sobre el mismo riesgo, si bien en régimen de subsidiariedad, declaró que la cláusula que establecía la relación entre ambos seguros a efectos de indemnización era delimitadora del riesgo.

2.-Sin embargo, en este caso, la concurrencia de seguros se produce en el ámbito del seguro de personas, donde no opera la previsión del art. 32 LCS. El Sr. Gabriel tenía concertadas dos pólizas de seguro de incapacidad profesional con la misma compañía - una individual y otra colectiva-para el mismo riesgo (la incapacidad profesional que implica la pérdida definitiva de la licencia de piloto). Es una opción contractual que tiene como finalidad cubrirse lo máximo posible ante una contingencia de enorme gravedad, como es la pérdida de las facultades para el ejercicio de la actividad profesional (como sucedería, por ejemplo, si se contrataran varios seguros de vida para un mismo riesgo, la muerte del asegurado). En los seguros de personas no opera el principio de indemnización efectiva, propio de los seguros de daños, por lo que las prestaciones aseguradas en las

pólizas de seguros de personas son acumulables entre ellas sin distribución proporcional.

Como quiera que en los seguros de personas no existe una previsión legal semejante a la del art. 32 LCS, una cláusula contractual que impide que el asegurado pueda percibir la totalidad de las sumas aseguradas, estableciendo un régimen de compensación entre las distintas pólizas, no puede ser conceptuada como de delimitadora del riesgo, sino que, claramente, limita los derechos del asegurado, en relación con el contenido natural del contrato, que supone que, en los seguros de personas, el asegurado pueda exigir el cumplimiento íntegro de cada contrato individual.

3.-En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado.

QUINTO. -Asunción de la instancia. Estimación del recurso de apelación y estimación íntegra de la pretensión frente a FIATC.

1.-La estimación del recurso de casación conlleva que debamos asumir la instancia, a fin de resolver el recurso de apelación, pero respecto de la única pretensión que ha sido mantenida en casación, la condena a FIATC al pago de 450.700 €, más los intereses legales del art. 20 LCS. Puesto que las demás pretensiones deducidas en dicha alzada no han sido reproducidas ante este Tribunal Supremo.

2.-Una vez que hemos establecido que la cláusula litigiosa era limitativa de los derechos del asegurado y constatado en las actuaciones que no reunía los requisitos del art. 3 LCS, puesto que ni estaba resaltada ni había sido aceptada expresamente por el Sr. Gabriel, el recurso de apelación deber ser estimado. Y en su virtud, la sentencia de primera instancia debe ser revocada parcialmente, a fin de condenar a FIATC al pago de 450.700 €, más los intereses del art. 20 LCS desde el 9 de julio de 2010 (fecha de reclamación extrajudicial, que se fija en la demanda como dies a quo); confirmándola en sus demás extremos».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 961/2017] DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2019 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Préstamo hipotecario en divisa extranjera celebrado con consumidores. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Ahora bien, que la normativa que regula el mercado de valores no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta para que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del

control de transparencia. Los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, por lo que la cláusula debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en la que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede compararse la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con las de otros préstamos en euros. La consecuencia es la nulidad parcial del contrato, la sustitución de la cláusula abusiva y la eliminación de las referencias de la denominación de divisas del préstamo por un régimen contractual de préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

«El 11 de mayo de 2007, Dña. Bárbara y D. Pedro Jesús celebraron un contrato de préstamo hipotecario con el Banco Popular S.A. (actualmente, Banco de Santander S.A.). En la escritura constaba que los prestatarios recibían 63.513.408 yenes japoneses, equivalentes a 392.000 €.

Pese a que los prestatarios han abonado todos los plazos previstos para la amortización del préstamo, no solo no ha disminuido el capital pendiente, sino que se ha incrementado.

2.-La Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), en nombre de los Sres. Bárbara y Pedro Jesús, interpuso una demanda contra el Banco Popular, en la que, como pretensión principal, solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros. Y subsidiariamente, la revisión del contrato en aplicación de la regla rebus sic stantibus.

3.-El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula del contrato referida a la divisa extranjera y la sustituyó por el Euribor más el diferencial previsto en el contrato. Asimismo, ordenó el recálculo de la cantidad debida por los prestatarios, ajustándola a tales parámetros.

4.-La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, consideró que el banco había ofrecido una información suficiente y había ilustrado a los prestatarios sobre las características esenciales del préstamo y los riesgos que asumían, en particular, que, junto al riesgo de variación del tipo de interés, se unía el de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa extranjera.

5.-Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO. -Cuestión preliminar. Inadmisión del desistimiento del recurso después de que esté deliberado y resuelto.

1.-Como se ha dicho en los antecedentes de hecho, la deliberación, votación y fallo de los recursos interpuestos por los Sres. Bárbara y Pedro Jesús estaba señalada para el día 17 de octubre pasado, a las 10,30 horas. Y cuando ya se había resuelto el recurso, a las 12,20 horas de esa mañana, se presentó un escrito conjunto de ambas partes, en el que anunciaban que habían llegado a un acuerdo y los demandantes renunciaban a la acción ejercitada.

2.-Una vez que un recurso ha sido resuelto mediante la correspondiente votación y fallo (arts. 253 a 255 LOPJ y 196 a 201 LEC), el proceso únicamente puede acabar mediante el dictado de la correspondiente sentencia, como se desprende del art. 450.1 LEC, que establece que "Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución".

Es decir, como quiera que la resolución se adopta cuando el recurso está votado y fallado, aunque todavía no se haya documentado por escrito la sentencia, debe entenderse que, una vez concluida la deliberación y votación, ya no cabe el desistimiento del recurso. Sin perjuicio de que, una vez dictada la sentencia, las partes puedan acordar lo que estimen pertinente sobre su ejecución.

Solución ésta que, en otro orden jurisdiccional, ha encontrado acogida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015.

3.-En consecuencia, debe dictarse la presente sentencia, a fin de plasmar lo deliberado, votado y fallado el día señalado al efecto.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. -Primer motivo de infracción procesal. Normas reguladoras de la sentencia.

Planteamiento:

1.-El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1-2º LEC, denuncia la infracción de los arts. 208 y 215 LEC.

2.-En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial analiza una cláusula de un contrato diferente, que se había aportado a título de ejemplo.

En concreto, la de la escritura suscrita por los recurrentes con el Banco Popular decía:

"La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio [...]."

Mientras que la examinada por la sentencia recurrida dice:

"La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del presente préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento".

Decisión de la Sala:

1.-Lleva razón la parte recurrente al afirmar que la confusión sobre la cláusula objeto de enjuiciamiento puede afectar al juicio de transparencia, pero ello no es un problema de infracción procesal, sino sustantivo, sobre la superación del control de transparencia de la cláusula de referenciación del préstamo en divisas en un contrato celebrado con consumidores.

2.-No obstante, este tribunal no aprecia tal confusión, pues tal y como aclaró la Audiencia Provincial en su auto posterior a la sentencia, lo sucedido es que, al citarse otros pronunciamientos precedentes del propio tribunal, se hace mención a diferentes cláusulas.

En todo caso, la mencionada confusión, incluso aunque hubiera existido, no supondría infracción de los preceptos legales que se citan como infringidos, pues el art. 208 LEC se refiere a la forma de las resoluciones judiciales y el art. 215 LEC al complemento de las sentencias.

3.-Por estas razones, el primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

CUARTO. -Segundo motivo de infracción procesal. Error patente y arbitrariedad.

Planteamiento:

1.-En el encabezamiento del motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción del art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, por lo que se habría infringido el art. 218.2 LEC.

2.-En el desarrollo del motivo, la parte recurrente razona, resumidamente, que la infracción se habría cometido al afirmar que no es razonable afirmar que los prestatarios estaban informados de los riesgos del préstamo en divisas cuando obraban en autos dos informes periciales que certificaban que, ya en el momento de suscripción del contrato, las pérdidas eran altamente probables.

Decisión de la Sala:

1.-El motivo no puede ser estimado, porque, en su caso, el error de la Audiencia Provincial no sería de valoración probatoria, sino de valoración jurídica.

2.-El planteamiento de cuestiones jurídico-sustantivas (como sería, por ejemplo, la adecuación de la información suministrada o la valoración del perfil del demandante) es, en todo caso, inadecuado en un recurso extraordinario por infracción procesal, pues solo pueden plantearse en el recurso de casación.

3.-En consecuencia, este motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación.

QUINTO. -Formulación de los motivos primero, segundo, tercero y noveno.

1.-El encabezamiento del primer motivo del recurso de casación tiene este contenido:

"Infracción del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores".

La infracción se habría cometido porque la opción multidivisa, incluida en los préstamos hipotecarios denominados multidivisa o multimonedada, es un instrumento de inversión (derivado) implícito y, por tanto, incardinable en el art. 2.2 LMV, como determinó la sentencia de esta sala 323/2015, de 30 de junio.

2.-El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Infracción de las normas reguladoras de las obligaciones de información de las empresas que prestan servicios de inversión (art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y art. 5 Real Decreto 629/1993)".

La supuesta infracción legal derivaría de la falta de consideración de la hipoteca multidivisa como producto financiero complejo, en cuya comercialización deben aplicarse los deberes de información recogidos en el art. 79 y concordantes LMV, en los términos recogidos por la sentencia 692/2015, de 10 de diciembre.

3.-El tercer motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Infracción del art. 6.3 del Código Civil".

Esta infracción legal se habría cometido al no haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de pleno derecho del contrato, pese a haberse infringido normas imperativas tales como la Ley del Mercado de Valores (arts. 79 y 79 bis), art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito, Orden de 5 de mayo de 1994, art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 47 de la Constitución.

Asimismo, porque la colocación de un producto como la hipoteca multidivisa ha sido un acto de irresponsabilidad por parte de las entidades bancarias, porque el pago de las cuotas no evita el riesgo de pérdida de la vivienda, dado que el aumento desmedido del pasivo contraído para adquirir la vivienda pone en riesgo evidente la capacidad de pago del prestatario.

4.-El noveno motivo de casación dice en su encabezamiento:

"Al amparo del art. 477.1 y 477.3 LEC, se articula el presente motivo por infracción del art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del principio constitucional del derecho a la vivienda consagrado en el art. 47 CE, infringiendo la sentencia en liza las resoluciones del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998 y 18 de diciembre de 2002 y la STC 19/1982, de 5 de mayo".

5.-La conexión entre las infracciones legales denunciadas en estos motivos aconseja su resolución conjunta.

SEXTO. -Decisión del tribunal sobre los motivos primero, segundo, tercero y noveno: el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

1.-La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio, declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que:

"no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.-Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada STJUE y modificó la anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019,

de 14 de marzo, y 439/2019, de 17 de julio, en los que nos hemos hecho eco de nuevas resoluciones del TJUE, a las que haremos también referencia en esta resolución.

Nos remitimos a los argumentos expresados en las citadas sentencias, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso.

3.-La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los arts. 2.2, 79 y 79 bis LMV y los preceptos reglamentarios que los desarrollan, ni el art. 6.3 CC, en relación con la infracción de estos preceptos LMV.

4.-La infracción del art. 6.3 CC, en relación con el art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994 no puede ser estimada, porque, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. En las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 439/2019, de 17 de julio, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multidivisa.

5.-El incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

6.-Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 CE, se trata de un derecho social de configuración legal. Aunque no es discutido que tal derecho se encuentra efectivamente desarrollado por el ordenamiento jurídico infraconstitucional aplicable en este litigio, y que este respeta su contenido esencial, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan.

SÉPTIMO. -Motivo séptimo de casación. Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU.

Planteamiento. Admisibilidad. Resolución anticipada a otros motivos:

1.-El motivo séptimo de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, y 138/2015, de 24 de marzo.

2.-En el desarrollo del motivo, y en lo que resulta relevante, se alega que la sentencia infringe el control de transparencia que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13, la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13) y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa, que no permiten conocer al consumidor su posición jurídica, ni la carga económica que realmente asume.

En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en euros, sino el calculado en la divisa elegida en cada caso, por lo que el importe a devolver podrá ser revaluado y recalculado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa prevista en la escritura de préstamo hipotecario, porque en esa cláusula no se ha incorporado la información sobre cómo funcionaba el mecanismo y sobre las consecuencias jurídicas y económicas que implicaban.

3.-La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alega que este motivo es inadmisibile, puesto que la sentencia recurrida no aplica los arts. 80.1 y 82 TRLGCU, por lo que no puede haberlos infringido. Es más, esta cuestión ni siquiera fue objeto de debate en ninguna de las dos instancias, puesto que lo que se trató en los dos grados de jurisdicción fue la nulidad por vicio del consentimiento.

Sin embargo, ello no es así. En el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial se enumeran las causas de nulidad invocadas en la demanda y objeto de enjuiciamiento, entre las que cita expresamente la existencia de cláusulas abusivas. Y al descartar la concurrencia de todas esas causas (aunque se extienda con mayor profundidad en el análisis del error vicio del consentimiento), conoce de la alegación de abusividad. Por lo que, como mínimo desde el punto de vista de su inaplicación, no es extemporáneo alegar la infracción de los preceptos legales en la que se basa este motivo.

4.-Dado que en los motivos cuarto a sexto se denuncian infracciones que, de ser estimadas, darían lugar a la nulidad del contrato por error vicio o dolo, y que esta pretensión se formuló de forma subsidiaria a la de nulidad de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo por infringir las exigencias del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), procede analizar a continuación el motivo sexto, que se refiere a esta pretensión.

Decisión de la Sala:

1.-El motivo se basa en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLGCU (más exactamente, los arts. 10.1 y 10.bis.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , que era la numeración de tales preceptos antes de la refundición), que desarrollan las previsiones de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.-La Audiencia Provincial considera que el demandante estaba suficientemente informado sobre la singularidad propia del préstamo hipotecario contratado y que, en su caso, su error no fue inducido, sino propio, al considerar que el yen japonés se iba a mantener estable y el resultado de la conversión de moneda le iba a resultar favorable.

3.-La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso OTP Bank

4.-En lo que se refiere a la hipoteca multidivisa, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriciuc, declaró en su apartado 48:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración

de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)".

Los apartados 49 de la sentencia Andriuc y 74 de la sentencia OTP Bank precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A-Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia OTP Bank, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia Andriuc, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)".

5.-De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias:

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

6.-Además, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, Dziubak) introduce un matiz interesante, al examinar las cláusulas que establecen que el capital del préstamo se entregue en moneda nacional, conforme al precio de compra de la divisa extranjera, mientras que las cuotas mensuales tendrán un importe a calcular en función del precio de venta de la misma divisa. Según el TJUE, esta diferencia otorga un margen de beneficio para el prestamista, al tiempo que supone un mayor coste para el consumidor que es indeterminado y queda a la discreción del propio prestamista, sin que el prestatario pueda evitarlo.

Si la entidad prestamista no realiza realmente las operaciones de compra y venta de las divisas, sino que únicamente las utiliza como un índice para concretar el capital pendiente de amortizar y el importe de cada cuota mensual, no debería aplicar un tipo comprador de la divisa en un caso y un tipo vendedor en otro, pues obtiene una ganancia injustificada, al cargar en

cada recibo mensual el margen correspondiente a una compra de divisas que realmente no se ha realizado.

Y, en todo caso, el capital prestado se incrementa ya en ese margen desde el momento de la constitución del préstamo.

7.-El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. Como han resaltado las SSTJUE citadas, una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

8.-Conforme a constante jurisprudencia de esta sala, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

9.-Que la normativa que regula el mercado de valores no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene representarse algunos de sus riesgos si no recibe la información adecuada, lo que

supone que el predisponente debe facilitar una información adecuada y con suficiente antelación.

10.-En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.

La Audiencia Provincial incide específicamente en que los prestatarios estaban debidamente informados de los riesgos que asumían, que eran de doble naturaleza, pues al riesgo de variación del tipo de interés (propio de cualquier préstamo a interés variable), se unía el de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa extranjera. Sin embargo, no repara en que no consta que fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados a divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que el capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario.

Que uno de los prestatarios fuera japonés (el Sr. Pedro Jesús) y recibiera parte del capital para la amortización del préstamo en yenes donados por su familia puede tener influencia a efectos de la comprensión de la fluctuación del tipo de cambio y de la incidencia que puede tener en la variabilidad del tipo de interés, pero no significa que deba conocer que el capital prestado puede aumentar pese a realizar las amortizaciones periódicas pactadas.

11.-Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE Andriciuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo,

sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

12.-Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

Volvemos a insistir en que el hecho de que el Sr. Pedro Jesús recibiera una donación en yenes únicamente servía para pagar una parte inicial del préstamo, pero no consta probado en la instancia que ello convirtiera al yen en la moneda funcional del préstamo. Puesto que también consta que reside en España, trabaja en nuestro país y recibe sus ingresos en euros.

13.-Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

14.-Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

15.-Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

16.-Por tales razones, este motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (SSTJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84; de 14 de marzo de 2019, caso Dunai, C-118/17, apartados 48 y 52; y de 3 de octubre de 2019, caso Dziubak, asunto C-260/18, apartado 45).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

Esta solución supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la

contenida en preceptos como los arts. 1170 CC y 312 CCom, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

Por ello, no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

17.-Lo resuelto supone, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de Banco Popular y la confirmación de la sentencia de primera instancia, aunque por razonamientos jurídicos diferentes, puesto que lo relevante es que la consecuencia jurídica (lo ordenado en el fallo de primera instancia) es la misma que la resultante de esta sentencia».