

## Jurisprudencia

### Reseña jurisprudencial e-Dictum 101

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 2077/2017] DE 25 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Sociedades de capital: acción de responsabilidad frente al administrador de la sociedad basada en el incumplimiento del deber legal de promover la disolución en caso de concurrencia de causa legal. Con arreglo a la norma, el administrador deviene responsable solidario de todas las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución, de modo que hay que analizar cuándo nace la deuda social en atención a su naturaleza. En el caso de las obligaciones de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por un siniestro -v.gr., un accidente laboral-, nacen con el siniestro, sin perjuicio de que el nacimiento de la acción para su reclamación pueda demorarse a un momento posterior en el que pueda conocerse ya el alcance del perjuicio sufrido.*

«Luis Miguel, siendo trabajador de la sociedad Ciberpromoges S.L., tuvo un accidente laboral el día 25 de octubre de 2006.

Con posterioridad, el 10 de septiembre de 2009, interpuso una demanda contra Ciberpromoges, ante los juzgados de lo social, en la que reclamaba una indemnización por el accidente laboral de 280.767,84 euros. El juzgado de lo social dictó sentencia el día 13 de julio de 2011 en la que estimó en parte la demanda y condenó a Ciberpromoges a pagar a Luis Miguel una indemnización de 164.677,06 euros por los daños y perjuicios sufridos por el accidente.

En la ejecución de esta sentencia, Luis Miguel no ha logrado cobrar su crédito, por estar todos los activos de la sociedad gravados con una carga preferente.

Juan Pedro es el administrador de la sociedad Ciberpromoges S.L.

En esta situación, Luis Miguel presentó una demanda ante los juzgados de lo mercantil de responsabilidad del administrador de la sociedad Ciberpromoges (Juan Pedro), en la que pedía su condena al pago de

164.677,06 euros. Esta reclamación la fundaba tanto en la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, por incumplimiento del deber de instar la disolución de la sociedad, como en la acción individual del art. 241 LSC. El juzgado mercantil estimó la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, al entender que: Ciberpromoges estaba incurso en causa legal de disolución desde el año 2008, sin que su administrador hubiera instado su disolución; y el crédito del Sr. Luis Miguel de indemnización de los daños sufridos con el accidente laboral habría nacido con la sentencia que la reconoció, el 13 de julio de 2011, que a estos efectos tendría naturaleza constitutiva. De este modo, concluyó que la deuda social era posterior a la aparición de la causa de disolución, y por ello condenó al administrador a su pago.

El juzgado también desestimó la acción individual de responsabilidad, al no apreciar cumplidos en este caso los presupuestos de la acción.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por el administrador demandado, como por el demandante. El administrador Juan Pedro impugnó la estimación de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC. Y el demandante impugnó la desestimación de la acción individual.

La Audiencia desestima el recurso del demandante y ratifica la improcedencia de la acción de responsabilidad individual. Y estima el recurso de apelación del administrador demandado, porque la deuda social de indemnización de daños y perjuicios sufridos por el Sr. Luis Miguel es anterior a la aparición de la causa de disolución, pues no nace con la sentencia que lo reconoce sino con la causación de los daños.

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante (Luis Miguel), sobre la base de tres motivos. Tan sólo ha sido admitido el motivo tercero, que se refiere a la desestimación de la acción de responsabilidad ex art. 367 LSC.

SEGUNDO. Recurso de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 367 LSC, respecto del momento de

nacimiento de la deuda. En el desarrollo del motivo razona que la deuda nació cuando fue reconocida por la sentencia del juzgado de lo social, el 13 de julio de 2011, que tiene carácter constitutivo.

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

Desestimación del motivo. La cuestión planteada por el motivo se enmarca en el ejercicio de una acción de responsabilidad frente al administrador de una sociedad, basada en el incumplimiento del deber legal de promover su disolución, estando incurso en causa legal. Esta responsabilidad está regulada en el art. 367 LSC en el siguiente sentido: "Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución".

En nuestro caso, en la instancia se ha declarado que la sociedad Ciberpromoges se hallaba incurso en causal legal de disolución en el año 2008, sin que su administrador hubiera cumplido los reseñados deberes legales de disolución. Conforme al art. 367 LSC, el administrador deviene responsable solidario de todas las deudas sociales posteriores a la aparición de la causa de disolución.

La deuda social es el crédito que un trabajador de la sociedad, Luis Miguel, tiene reconocido por un juzgado de lo social, que condenó a la sociedad a indemnizar a este trabajador los daños y perjuicios sufridos por un accidente laboral. La sentencia del juzgado de lo social que condena a la sociedad al pago de este crédito es del día 13 de julio de 2011, esto es, posterior a la aparición de la causa de disolución. Pero el accidente laboral que ocasionó los daños objeto de indemnización acaeció el día 25 de octubre de 2006, esto es, con anterioridad a que la sociedad incurriera en causa de disolución.

Como hemos hecho en otras ocasiones, hemos de analizar cuándo nace la deuda social, en atención a su naturaleza. De acuerdo con la jurisprudencia de la sala, las obligaciones de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por un siniestro, en este caso un accidente laboral, nacen con el siniestro, sin perjuicio de que el nacimiento de la acción para su reclamación pueda demorarse a un momento

posterior en el que pueda conocerse ya el alcance del perjuicio sufrido.

Así lo recordaba la sentencia 116/2015, de 3 de marzo, cuando razonaba: "el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura".

Y la sentencia de pleno 736/2016, de 21 de diciembre, que unificó las soluciones adoptadas por la jurisdicción social (vid. sentencia de la Sala 4ª TS de 18 de febrero de 2016) y la civil, en relación con la invalidez ocasionada por un accidente y su cobertura por un seguro, reiteró que la fecha relevante era la del accidente y no la de la declaración de incapacidad. El daño y perjuicio se origina con el accidente y es consecuencia inherente al mismo, sin que el siniestro pueda confundirse con la declaración formal de sus consecuencias. La fecha del accidente sirve para fijar el régimen legal aplicable a todos los efectos, incluidos los intereses.

En cualquier caso, la sentencia judicial que declara la obligación de indemnizar y condena a su pago no tiene carácter constitutivo, sino declarativo, aunque sea una declaración de condena. De tal forma que no puede concluirse, como pretende el recurrente, que la obligación de indemnizar haya nacido con la sentencia, sino que nace con la causación del daño o perjuicio.

La sentencia de apelación aplica correctamente este criterio, razón por la cual desestimamos el motivo.»

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2261/2017] DE 25 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Contrato de transporte continuado e indefinido: resolución unilateral. Los contratos de transporte continuado se asemejan al contrato de agencia, son de naturaleza colaborativa, de confianza y duraderos. Al mismo tiempo, la independencia del transportista, su actuación en nombre y por cuenta ajena, la continuidad y estabilidad de la relación y la retribución de la prestación son otras características del contrato que permiten la analogía con la agencia. La resolución ad nutum del contrato de transporte continuado comporta la exigencia de que no exista justa causa en la decisión, porque cuando existe tal justificación estamos ante un supuesto de resolución de la relación obligatoria por incumplimiento contractual de la*

*contraparte, que no requiere plazo de preaviso alguno. Aunque el preaviso no es un requisito de validez para la resolución de los contratos de duración indefinida, un ejercicio de esta facultad resolutoria sorpresivo o inopinado, sin margen de reacción, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho, o constitutivo de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios; daños que no pueden quedar reducidos al daño emergente, como serían las inversiones realizadas y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, cálculo de la ganancia que ha dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral. En este sentido, acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría continuado el contrato, puede ser una manera razonable y correcta de determinar el lucro cesante, aunque no la única.*

«D. Felicísimo, de forma regular y como trabajador autónomo, prestó servicios de transporte en exclusiva para la compañía Escorxador dAus Torrent i Fills S.A. (en adelante, Torrent), con su propio camión, desde el 5 de julio del año 2001 hasta el 30 de abril de 2012, fecha en que se le comunicó verbalmente que desde ese momento no le iban a encargar más transportes y daban por finalizada su relación comercial.

2.- En el año 2007, el Sr. Felicísimo facturó por servicios prestados a Torrent la suma de 93.079 €; en el año 2008, facturó 119.673 €; en el año 2009, facturó 116.933 €; en el año 2010, facturó 125.024 €; en el año 2011, facturó 110.376 €; y en el año 2012 facturó, entre enero y marzo, 27.817,37 €.

3.- El Sr. Felicísimo presentó una demanda contra Torrent, en la que, como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios, solicitó que se le indemnizara en la cantidad de 55.188 €.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, porque consideró que la resolución unilateral respondía a justa causa y no correspondía indemnización alguna.

5.- El demandante interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, por los siguientes y resumidos motivos: (i) la relación jurídica entre las partes era de contrato de transporte continuado (art. 8 de la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, en adelante LCTTM); (ii) el

comitente incumplió el plazo de preaviso establecido en el art. 43.2 LCTTM; (iii) la resolución unilateral del contrato no estuvo justificada; (iv) corresponde una indemnización equivalente a la media de cuatro meses de facturación durante el último año completo de duración del contrato. Como consecuencia de lo cual, revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda, condenando a la demandada a indemnizar al actor en la suma de 36.792 €.

6.- Torrent interpuso contra la sentencia de apelación un recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha sido admitido; y un recurso de casación que sí ha sido admitido.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad.

1.- El recurso de casación se basa en un único motivo, formulado al amparo del art. 477.2.3º LEC, por contradicción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1106 y 1101 CC y cita como infringidas las sentencias de esta sala 569/2013, de 8 de octubre, y 63/2015, de 24 de febrero.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la indemnización del lucro cesante debe calcularse conforme a las ganancias efectivas dejadas de obtener, por lo que debe basarse en el beneficio neto y no en la facturación bruta.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad, porque las sentencias citadas como infringidas no tienen relación con el caso enjuiciado y se traen a colación de forma artificiosa.

Aunque es verdad que las sentencias que se citan en el recurso no se refieren a una relación jurídica como la controvertida en el litigio, sino a un contrato de colaboración y a un contrato de distribución, también lo es que, ante la falta de un pronunciamiento específico sobre la modalidad contractual litigiosa, abordan el tema más general del cálculo del lucro cesante en modalidades de contratación que tienen similitud con ella. Por lo que debe entenderse cumplido el requisito del interés casacional, sin perjuicio del acierto de la interpretación que propugna la recurrente, que afecta, no a la admisibilidad, sino a la estimación.

TERCERO.- La resolución unilateral del contrato continuado de transporte.

1.- Aunque el recurso de casación se basa en la infracción de dos preceptos generales, como son los arts. 1101 y 1106 CC, el abordaje del lucro cesante indemnizable no puede hacerse de manera genérica, sino contextualizada en relación con el tipo de contrato en que se produce el perjuicio patrimonial.

No resulta controvertido que la relación jurídica que ligaba a ambas partes era la de un contrato de transporte continuado e indefinido, de naturaleza sinalagmática, en los términos del art. 8 LCTTM, es decir, aquella en que el transportista o porteador se obliga frente al cargador a realizar una serie o pluralidad de prestaciones de transporte a cambio de un precio.

Aunque el contrato de transporte continuado, como relación de tracto sucesivo, difiere de la de un contrato de transporte puntual, por tratarse este último de un contrato de obra, a efectos de incumplimiento se le aplican las normas específicas del régimen jurídico del contrato de transporte sobre responsabilidad contractual del porteador (art 6.1 LCTTM) y las generales sobre incumplimiento contractual del Código civil (art. 1124 CC).

2.- El art. 43.2 LCTTM permite la extinción de los contratos de transporte continuado indefinidos "mediante la denuncia hecha de buena fe por cualquiera de las partes, que se notificará a la otra por escrito, o por cualquier otro medio que permita acreditar la constancia de su recepción, con un plazo de antelación razonable, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta días naturales".

No obstante, no contiene ninguna previsión sobre la posible indemnización que corresponda por falta del indicado preaviso. Ante lo cual, debemos tener en cuenta que los contratos de transporte continuado son de naturaleza colaborativa, de confianza y duraderos. Estas características, y otras como la independencia del transportista, su actuación en nombre y por cuenta ajena, la continuidad y estabilidad de la relación y la retribución de la prestación, lo asemejan al contrato de agencia.

En el transporte continuado el transportista es un empresario autónomo que realiza el transporte en nombre y por cuenta del cargador, siguiendo sus instrucciones y transmitiendo la información relevante a su principal, lo que, junto a lo expuesto, presenta claras similitudes con la definición de agencia contenida en el art. 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (en adelante, LCA).

En consecuencia, en casos de resolución unilateral injustificada y sin preaviso, ante la falta de regulación expresa en el art. 43.2 LCTTM sobre los daños y perjuicios causados por la falta de preaviso, cabe aplicar analógicamente lo previsto en el art. 25 LCA.

3.- En las sentencias 628/2014, de 17 de noviembre, 633/2014, de 19 de noviembre, y 208/2015, de 24 de abril, hemos declarado que el preaviso por la resolución ad nutum del contrato de transporte continuado comporta la exigencia de que no exista

justa causa en la decisión, porque cuando existe tal justificación se trata de un supuesto de resolución unilateral de la relación obligatoria por incumplimiento contractual de la contraparte, que no requiere plazo de preaviso alguno.

Ahora bien, si, como en el caso enjuiciado, la resolución no estuvo justificada por el incumplimiento del transportista (pronunciamiento de la sentencia recurrida que ha quedado firme), la falta de preaviso sí puede causarle un daño económico. En la sentencia 26/2019, de 17 de enero, con referencia a la jurisprudencia previa, en relación con dicha circunstancia en el contrato de agencia, establecimos los siguientes criterios:

La mera ausencia de preaviso, en sí misma considerada, no comporta la concesión automática de la indemnización prevista en el art. 29 LCA (sentencia 569/2013, de 8 de octubre).

No obstante, el preaviso es una exigencia derivada del principio de buena fe contractual con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles (entre otras, sentencias 480/2012, de 18 de julio, y 317/2017, de 19 de mayo).

Aunque el preaviso no es un requisito de validez para la resolución de los contratos de duración indefinida, un ejercicio de la facultad resolutoria sorpresivo o inopinado, sin margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo del derecho, o constitutivo de una conducta desleal o de mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios (sentencia 130/2011, de 15 de mayo).

Los perjuicios derivados del incumplimiento de este preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el art. 1106 CC, tal y como es interpretado por la jurisprudencia para este tipo de contratos.

En relación con el lucro cesante, esto es, con la determinación o cálculo de la ganancia que haya dejado de obtener el agente, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el agente esperaba obtener y que se han visto frustrados por la resolución unilateral del empresario, sin el debido preaviso, esta sala ha considerado que acudir al beneficio medio mensual obtenido durante los últimos cinco años del contrato de agencia, y proyectarlo sobre los seis meses posteriores al preaviso en que habría

continuado el contrato de agencia, puede ser una manera razonable y correcta, aunque no la única, de calcular estimativamente el beneficio dejado de obtener con el incumplimiento del deber de preaviso, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias 569/2013, de 8 de octubre; y 317/2017, de 19 de mayo.

4.- En nuestro caso, la falta de preaviso, que permitiera al transportista reorientar su actividad comercial, supone una infracción de los reseñados deberes de lealtad y buena fe en el desarrollo de una relación contractual como la presente, sin que concurra ninguna circunstancia que justifique su omisión.

Dentro de las posibilidades de cálculo de la indemnización a que hemos hecho referencia, la Audiencia Provincial consideró adecuado cifrarla en el importe de cuatro meses de la última anualidad completa que abarcó la relación contractual, lo que no se aparta de nuestra jurisprudencia.

5.- En cuanto al criterio del margen bruto o neto, que plantea como problema el motivo de casación, esta sala lo ha tenido en cuenta en diversas sentencias referidas a la indemnización por clientela en el contrato de distribución (sentencias 356/2016, de 30 de mayo; 137/2017 de 1 de marzo; y 317/2017, de 19 de mayo), pero no en el contrato de agencia. En tales resoluciones se optó por el margen neto, en atención a que en un contrato de distribución no existen remuneraciones como las que percibe el agente, sino márgenes comerciales; y declaramos: "[...] en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el citado art. 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor (sentencia 296/2007, de 21 de marzo), esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público (sentencia 346/2009, de 20 de mayo). Cuyo importe tendrá el carácter de máximo".

6.- En este caso, la Audiencia Provincial toma en consideración las facturaciones mensuales que realizaba el transportista, a modo de comisiones, por lo que no tenía que recurrir a tales criterios de margen bruto o neto. Aparte de que, conforme a los arts. 37.1 y 39.3 LCTTM, en este tipo de contratos, la retribución del porteador incluye no solo el precio del transporte, sino también los gastos que conlleve».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3426/2017] DE 28 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Propiedad industrial: deber de hacer un uso real y efectivo de la marca para los productos o servicios para los que esté registrada. El uso no debe ser meramente simbólico ni con el único fin de mantener los derechos conferidos por la marca, ni debe alterar el carácter distintivo de la marca tal como fue registrada. En este sentido, se exige que el uso de la marca se perciba por el consumidor medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) de los productos identificados con la marca como indicativo del origen empresarial del producto.*

«Town Music, S.L. obtuvo en el año 2000 la concesión de la marca denominativa núm. 2.236.221 "La Estrella del Rock" para los siguientes productos de la clase 32 del nomenclátor internacional: cervezas; aguas minerales y gaseosas y otras bebidas no alcohólicas; bebidas y zumos de frutas; siropes y otras preparaciones para hacer bebidas.

Rockstar Inc ha solicitado la caducidad de esta marca por falta de uso y, subsidiariamente, la caducidad parcial.

Al margen de si constituyen propiamente un uso de la marca, las formas en las que fue empleada para identificar o publicitar bebidas energéticas fueron las siguientes: (...)

La sentencia dictada en primera instancia entendió acreditado que la marca había sido usada sólo para bebidas energéticas, razón por la cual declaró la caducidad parcial de esta marca respecto del resto de los productos para los que estaba inicialmente concedida.

La sentencia fue recurrida sólo por la parte demandante, quien solicitaba la caducidad total de la marca, porque no había sido usada cómo estaba registrada. La Audiencia, que desestima el recurso, primero entiende acreditado el uso del signo para bebidas energéticas por las etiquetas empleadas en estos productos, así como por la publicidad contratada tanto en la televisión canaria como en furgonetas y en el carnaval. Y, a continuación, razona que se trata de una marca denominativa, que protege la denominación y no "la forma o coloración de estas palabras".

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por la demandante, sobre la base de un solo motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 39.2 a), en relación con los arts. 55.1.c) y 58 de la Ley 17/2001, de Marcas, así como de la jurisprudencia contenida en las sentencias 305/2014, de 17 de junio, 207/2013, de 8 de abril, 372/2010, de 18 de junio, y 188/2005, de 28 de marzo. En el desarrollo del motivo se razona por qué la marca denominativa "La Estrella del Rock no ha sido empleada por su titular en la forma exacta en que consta registrada, al habersele añadido numerosos elementos tanto verbales como gráficos y, en ocasiones suprimido sus elementos más distintivos". Insiste en que "no estamos ante un supuesto de modernización de la primitiva marca sino en el de uso de otros signos en los que no sólo se modifica la parte denominativa, eliminando en algunos casos unos términos (La Estrella del) e incluyendo otros, sino en los que además se introducen elementos gráficos completamente novedosos".

Y, más adelante, concluye que "al contrario de lo sostenido por la sentencia recurrida, estamos ante el uso de un logotipo en toda regla, es decir, una marca mixta, en la que la letra con la que se exhibe, así como los demás elementos denominativos y figurativos juegan un papel importante en la impresión del conjunto que los signos utilizados producen en la mente del consumidor".

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

Desestimación del motivo. El art. 39.1 LM, en su redacción originaria (anterior a la reforma introducida por el RDL 23/2018, de 21 de diciembre), aplicable al caso, impone al titular de la marca el deber de hacer un uso de ella real y efectivo para los productos o servicios para los que esté registrada: "1. Si en el plazo de cinco años contados desde la fecha de publicación de su concesión, la marca no hubiera sido objeto de un uso efectivo y real en España para los productos o servicios para los cuales esté registrada, o si tal uso hubiera sido suspendido durante un plazo ininterrumpido de cinco años, la marca quedará sometida a las sanciones previstas en la presente Ley, a menos que existan causas justificativas de la falta de uso".

La reforma introducida por el RDL 23/2018, de 21 de diciembre, mantiene esta misma exigencia pero cambia la dicción del art. 39.1 LM y suprime el calificativo de "real". Con ello se acomoda mejor a la Directiva que se traspone (Directiva [UE] 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de

marcas), sin que afecte a la interpretación jurisprudencial de esta exigencia de uso de la marca.

Entre las sanciones legales previstas para el caso de falta de uso de la marca se encuentra su caducidad. En la redacción de la originaria de la Ley de Marcas, aplicable al caso, se recogía en el art. 55.1.c) LM: "se declarará la caducidad de la marca y se procederá a cancelar el registro: (...)

c) Cuando no hubiera sido usada conforme al artículo 39 de esta Ley (...)"

Esta misma previsión se encuentra en la actualidad (tras el RDL 23/2018, de 21 de diciembre) en el art. 54 LM: "1. Se declarará la caducidad de la marca (...):

a) Cuando no hubiera sido usada conforme al artículo 39 de esta Ley".

Ejercitada la acción de caducidad de la marca, conforme al originario art. 58 LM (actual art. 57 LM), corresponde a su titular la carga de "demostrar que ha sido usada con arreglo al art. 39 o que existen causas justificativas de la falta de uso (...)"

A estos efectos, el art. 39.2.a) LM [en la actualidad se corresponde con el art. 39.3.a)] dispone: "tendrá la consideración de uso:

"a) El empleo de la marca en una forma que difiera en elementos que no alteren de manera significativa el carácter distintivo de la marca en la forma bajo la cual se halla registrada".

El art. 39 LM, en su redacción aplicable al caso, era una trasposición del art. 10 de la Directiva 89/104/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y su contenido se correspondía, a su vez, con el del art. 15 del Reglamento CE 40/94, de 23 de diciembre de 1993, sobre marca comunitaria. De tal forma que resulta de aplicación la doctrina emanada del Tribunal de Justicia en la interpretación de estos preceptos.

En nuestro caso, el recurso cuestiona que el empleo de la marca denominativa "La Estrella del Rock" en la forma descrita en el fundamento jurídico primero, sea adecuado para cumplir con esta exigencia de uso del art. 39 LM, porque no se ha realizado en la forma en que está registrada.

Al tratarse de una denominación, el problema no es tanto que se ajuste a una determinada grafía o forma prevista de antemano, cuanto que, como se denuncia en el motivo, el uso realizado atienda a la función esencial de la marca (garantizar la identidad del origen de los productos o servicios a los que se aplica). Esto es: si, como recuerda la STJUE de 31 de enero de 2019 (C- 194/17), asunto Cystus, "se utiliza con el fin de crear o conservar un mercado para tales productos y servicios, excluyéndose usos de carácter simbólico

cuyo único objeto sea el mantenimiento de los derechos conferidos por la marca". Y ello en atención a que en las distintas variantes en que ha sido usada la denominación (apartado 1 del fundamento jurídico primero), se encuentra superpuesta a otros signos distintivos figurativos -al margen de si están o no registrados como marca-

El Tribunal de Justicia, en la sentencia 18 de julio de 2013 (C-252/12), asunto Specsavers, consideró que esta cuestión se incardina en el marco de la referida exigencia de que el uso de la marca en una forma que no difiera de aquella en la que se halla registrada [art. 39.2.a) LM, equivalente al art. 10.2.a) de la Primera Directiva de marcas y al art. 15.2.a) del Reglamento de Marca comunitaria de 1994].

En nuestra sentencia 450/2015, de 2 de septiembre, recordamos cuál era la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar el art. 10.2.a) de la Primera Directiva de marcas y el art. 15.2.a) del Reglamento de Marca comunitaria, que son equivalentes al transcrito art. 39.2.a) LM, contenida en las SSTJUE de 25 de octubre de 2012 (C-553/11), asunto Rintisch; 18 de abril de 2013 (C- 12/12), asunto Colloseum Holding; y 18 de julio de 2013 ( C-252/12), asunto Specsavers: "Como recuerda la STJUE Colloseum Holding (2013), con una referencia a la STJUE Nestlé (STJUE de 7 de julio de 2005 (C-353/03), asunto Nestlé), "con carácter general, el concepto de "uso" de una marca comprende, por el propio sentido de la palabra, tanto el uso independiente de la marca como su uso como parte de otra marca considerada en su conjunto o en combinación con ésta" (32).

"De tal forma que, como concluye esta STJUE Rintisch (2012), "el artículo 10, apartado 2, letra a), de la Directiva 89/104 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el titular de una marca registrada pueda, para demostrar el uso de ésta en el sentido de la referida disposición, ampararse en su uso en una forma que difiere de aquella bajo la que ha sido registrada dicha marca, sin que las diferencias entre ambas formas alteren el carácter distintivo de esa marca, y ello aunque esa forma diferente esté registrada a su vez como marca" (30).

"Y el requisito del uso efectivo de una marca se puede cumplir "cuando la marca sólo se utiliza mediante otra marca compuesta, o cuando sólo se utiliza conjuntamente con otra marca y la propia combinación de ambas marcas está además registrada como marca, siempre que la marca siga percibiéndose como una indicación del origen del producto de que se trate" (26) [STJUE Specsavers (2013), que cita la anterior STJUE Colloseum Holding (2013)]".

Esta doctrina resulta aplicable a los casos en que, como el presente, la marca registrada ha sido empleada junto con otros signos distintivos, aunque no estén registrados como marca. De tal forma que, de acuerdo con esta doctrina del Tribunal de Justicia, el uso acreditado de la marca denominativa núm. 2.236.221 "La Estrella del Rock" para bebidas energéticas, cumple con la exigencia del art. 39 LM de ser real y efectivo, siempre y cuando no altere el carácter distintivo de la marca tal como fue registrada. En la mayoría de las variantes de uso acreditado (A, B, D, E y F), la denominación "La Estrella del Rock" aparece en una etiqueta o directamente en el envase en los que destaca en el centro el término "Rock", con una grafía muy característica y resaltada, enmarcada en una estrella. Al margen de que en alguna variante sea menos claro, en la mayoría el empleo de la denominación "Estrella del Rock" (con o sin el artículo determinado "La" que tiene poco carácter distintivo), no deja de percibirse por el consumidor medio (normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz) de este tipo de productos identificados con la marca (bebidas energéticas) como indicativa del origen empresarial del producto.

Este uso acreditado de la marca denominativa "La Estrella del Rock" no es simbólico ni con el único fin de mantener los derechos conferidos por la marca. Cumpliendo con la exigencia expuesta en la sentencia 448/2013, de 9 de julio, se trata "de un uso acorde con la función esencial de la marca, que consiste en garantizar al consumidor o al usuario final la identidad del origen de un producto o de un servicio, permitiéndole distinguir, sin confusión posible, ese producto o ese servicio de los que tienen otra procedencia".

Razón por la cual no apreciamos que la sentencia recurrida haya incurrido en la infracción denunciada en el motivo».

#### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3365/2017] DE 28 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]

*Sociedades de capital: acción de responsabilidad frente al administrador de la sociedad basada en el incumplimiento del deber legal de promover la disolución en caso de concurrencia de causa legal. En principio, la responsabilidad por deudas y la responsabilidad por daños no pueden considerarse incompatibles. En la responsabilidad por deudas, se reclama la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de deudas sociales, mientras*

*que en la acción individual se reclama la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores como consecuencia de una determinada conducta de los administradores que se considera contraria a la ley o a los estatutos, o que supone un incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo. Ahora bien, cuando por medio de ambas acciones se pretende la misma petición de condena solidaria de los administradores respecto del pago de determinados créditos contra la sociedad, esta pretensión se cumple con la estimación de una de las acciones. A los efectos de la concurrencia de la responsabilidad por deudas ante el incumplimiento del deber de promover la disolución por concurrir una causa legal de disolución, es cierto que la falta de formulación de las cuentas anuales, aprobación y depósito en el Registro Mercantil privan a los terceros del conocimiento de la situación patrimonial y contable de la compañía, y que ello puede ser apreciado como un indicio que pudiera generar dudas sobre la existencia de pérdidas o de falta de actividad de la sociedad, pero por sí solo no constituye una prueba directa de la concurrencia de la situación de pérdidas. En cuanto a la concurrencia de la responsabilidad por daños ante el ejercicio de la acción individual, para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente al acreedor, no basta con afirmar que se demoró el cumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas; es necesario que pueda establecerse una relación de causalidad entre el ilícito orgánico cometido por el administrador y el daño sufrido por el acreedor.*

«La sociedad demandante, El Chaparral de Jabugo, S.L., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil una demanda contra D. Fructuoso en su condición de administrador de la sociedad Hacienda El Vedado, S.L. de la que, desde su constitución, fue su administrador único, reclamándole la cantidad de 398.695.07 euros, y aquellas que resulten de la correspondiente liquidación por intereses legales y costas que se deduzcan de los despachos de ejecución dictados en resoluciones 111/2011 y 4/2013, ordenados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Fregenal de la Sierra, por los hechos que se dirán seguidamente.

2.- La sociedad Hacienda El Vedado, S.L. presentó tardíamente en el Registro Mercantil las cuentas correspondientes al ejercicio de 2007, que no fueron depositadas hasta el 8 de enero de 2009. No constan depositadas las cuentas correspondientes a los años 2008 al 2012.

3.- Dicha sociedad fue disuelta el 24 de febrero de 2012, y el citado Sr. Fructuoso pasó a desempeñar a partir de entonces la función de liquidador de la sociedad.

4.- Hacienda El Vedado, S.L. había mantenido relaciones comerciales con El Chaparral de Jabugo, S.L., para la salazón y curado de jamones y paletas, según contrato privado de fecha 24 de enero de 2007. A consecuencia de las obligaciones derivadas de dicho contrato se firmó un pagaré por la cantidad de 19.993,20 euros, el día 28 de mayo de 2008, con vencimiento el 19 de noviembre de 2008, que debía satisfacer Hacienda El Vedado, S.L. El pagaré fue impagado a su vencimiento y reclamado judicialmente. La citada sociedad libradora fue condenada a su pago mediante sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 (juicio cambiario 267/2016) del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Fregenal de la Sierra. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Badajoz en fecha 19 de julio de 2011.

5.- En el marco de los tratos comerciales entre ambas sociedades, en el año 2008 surgieron nuevas divergencias entre las partes, que se dirimieron en un proceso ordinario (n.º 159/2011) tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Fregenal de la Sierra núm. Uno que dictó sentencia de fecha 13 de febrero de 2012 por la que condenaba a Hacienda El Vedado, S.L. al pago de la cantidad de 406.646,47. La Audiencia Provincial de Badajoz, en grado de apelación, dictó sentencia que, revocando en parte la dictada en primera instancia, fijó la cantidad adeudada por Hacienda El Vedado SL en 365.981,83 euros. Las dos sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Badajoz son firmes.

6.- Frente a la demanda que motiva las presentes actuaciones se opuso el demandado, Sr. Fructuoso. Alegó falta de legitimación pasiva por carecer de la condición de administrador de la sociedad, y que las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Fregenal de la Sierra eran posteriores a la disolución social y al cese del administrador demandado, y negó, por ello, que de los hechos alegados se deduzca la exigencia de responsabilidad al mismo.

7.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que no se había formulado con los requisitos que exige el art. 399 de la LEC, no pudiendo apreciar el juzgador de instancia lo que se pide y las razones o motivos por los que se pide, con un relato fáctico mal formulado, a base de insinuaciones, de forma que no puede advertirse en la

demanda ningún género de interés susceptible de protección jurídica.

8.- Recurrída la sentencia de primera instancia por la parte actora, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, entendiendo: (i) que pese a la deficiente técnica que presenta la redacción de la demanda, se aprecia el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC y de la acción prevista en el art. 367 LSC por no haber promovido el administrador social la disolución de la sociedad cuando existía causa para ello; (ii) que en la demanda se "identifica la causa de disolución en el hecho de haber dejado de presentar las cuentas anuales en el año 2007 [...] que únicamente puede llevar a la apreciación de que tiene su encaje en una causa de disolución muy concreta, como es la existencia de pérdidas que reduzcan a más de la mitad el patrimonio neto"; que las cuentas de dicho ejercicio no se depositaron en el Registro Mercantil hasta el 8 de enero de 2009; que por ello las consecuencias de la no acreditación de la concurrencia de la citada causa de disolución de la sociedad corren a cargo del demandado; (v) que el art. 367.2 LEC establece una presunción iuris tantum consistente en que las obligaciones sociales reclamadas se presumen de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que se generaron con anterioridad; y (vi) que la causa de disolución debe entenderse concurrente a partir del cierre del ejercicio de 2007, de forma que las obligaciones cuya responsabilidad se pretende atribuir al administrador demandado se derivan del incumplimiento posterior del contrato celebrado el día 24 de enero de 2007, obligaciones que surgieron a partir del año 2008.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación del primer y segundo motivos del recurso.

1.- Planteamiento.

Los motivos se formulan con el siguiente encabezamiento:

"PRIMERO.- La sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo e infringe el art. 367.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital concurriendo por lo tanto interés casacional en virtud de lo dispuesto en el art. 477.3 de la Ley Rituaria.

"SEGUNDO.- La sentencia recurrida presenta interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales en relación a la interpretación del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital en virtud de lo dispuesto en el art.477.3 de la Ley Rituaria".

En el desarrollo de los motivos, en resumen, se sostiene que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal en un tema esencial en esta controversia, al afirmar que (i) el incumplimiento por los administradores de la obligación de depósito de cuentas en el Registro Mercantil determina por sí sola la obligación de los mismos de responder de las deudas sociales, frente a lo que resulta de dicha doctrina, conforme a la cual no basta ese incumplimiento, sino que debe demostrarse la relación de causalidad entre la falta de depósito y el daño causado; (ii) la sola falta de depósito de las cuentas anuales no implica por sí misma causa de disolución de la sociedad y, por tanto, no puede implicar la imputación objetiva de la responsabilidad solidaria del administrador; (iii) existen sentencias contradictorias de diversas Audiencias Provinciales sobre tal extremo.

Ambos motivos citan como infringido un mismo precepto y se refieren a una misma cuestión jurídica, por lo que se resolverán conjuntamente.

2.- Admisibilidad.

En el escrito de oposición se alega que el escrito de interposición del recurso adolece de una incorrecta técnica casacional al incurrir en el vicio de hacer supuesto de la cuestión por no respetar la valoración probatoria de la sentencia recurrida, pues esta no atiende únicamente al incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas, sino que se funda en la concurrencia de una causa de disolución. Entiende por ello que concurre causa de inadmisión del recurso.

Esta alegación no puede ser acogida favorablemente porque, en contra de lo que afirma la recurrida, el recurso no altera la base fáctica fijada en la instancia, no discutiendo el hecho incontrovertido de que las cuentas de la sociedad deudora correspondientes al ejercicio de 2007 no se presentaron hasta el 8 de enero de 2009, sino que, respetando el factum, combate la inferencia que el tribunal de apelación extrae de ese hecho, esto es, la presunción de que concurría causa de disolución por pérdidas de la sociedad, no desvirtuada por el administrador.

TERCERO.- Decisión de la sala. Estimación de los motivos.

El recurso debe ser estimado por las razones que se exponen a continuación.

1.- La cuestión controvertida. La acción de responsabilidad de los administradores del art. 367 LSC.

El presente litigio se inició mediante una demanda en la que, según ha entendido la Audiencia Provincial, se ejercitaban las acciones de responsabilidad individual (art. 241 LSC), y de responsabilidad por deudas por

encontrarse la sociedad incurso en causa de disolución y no haber cumplido el administrador su deber legal de promover la disolución de la sociedad (art. 367 LSC).

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que no se había formulado con los requisitos que exige el art. 399 de la LEC, no pudiendo apreciar el juzgador de instancia lo que se pedía ni los hechos y las razones o motivos en los que se fundaba. El demandante formuló recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó la apelación por entender que concurrían los presupuestos legales de la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, en los términos antes citados, partiendo del presupuesto de que concurría la causa legal de disolución del art. 363.1,e) LSC, consideración conclusiva que infería del hecho de que el administrador demandado incumplió su obligación legal de depositar las cuentas anuales de la sociedad del año 2007 en el Registro Mercantil. La sentencia no se pronunció expresamente sobre la acción de responsabilidad individual del art. 241 LSC.

El objeto del presente recurso, en consecuencia, se centra en la revisión de la decisión de la Audiencia Provincial respecto de la acción de responsabilidad del administrador del art. 367 LSC, por incumplimiento del deber de promover la disolución. Ahora bien, tanto en el escrito del recurso como en el de contestación se observa una clara confusión sobre los requisitos y presupuestos de las dos acciones ejercitadas en la demanda, oscureciendo los términos del debate, lo que obliga a una clarificación previa sobre la doctrina jurisprudencial recaída en la materia, a partir de la cual poder resolver el recurso.

2.- Responsabilidad por deudas versus responsabilidad por daño.

La acción de responsabilidad individual (art. 241 LSC), y la de responsabilidad por deudas de administradores (art. 367 LSC) son dos acciones distintas que, como hemos recordado en otras ocasiones, responden a presupuestos legales diferentes.

Así lo expusimos en las sentencias 395/2012, de 18 de junio y 733/2013, de 4 de diciembre: "para que los administradores de las sociedades capitales deban responder por daño al amparo de la previsión contenida en los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas -hoy 236 a 240 de la Ley de Sociedades de Capital-, es preciso que concurren los siguientes requisitos: 1) Un comportamiento activo o pasivo desplegado por los administradores, sin que a ello fuese obstáculo que en la redacción anterior a la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia, el texto de la norma se refiriese exclusivamente a "acción"; 2)

Que tal comportamiento sea imputable al órgano de administración en cuanto tal; 3) Que la conducta sea antijurídica por infringir la Ley, los estatutos o no ajustarse al estándar o patrón de diligencia exigible a un ordenado empresario y a un representante leal; 4) Que la sociedad sufra un daño; y 5) Que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador y el daño (entre otras, sentencia 477/2010, de 22 de julio, y 889/2011, de 19 de diciembre)".

A su vez, para que deban responder al amparo de lo dispuesto en el artículo 367 LSC, como declaramos en las citadas sentencias 395/2012, de 18 de junio y 733/2013, de 4 de diciembre, se requieren los siguientes requisitos:

"1) Concurrencia de alguna de las causas de disolución de la sociedad previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado 1 del artículo 260; 2) Omisión por los administradores de la convocatoria de junta General para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción de sus causas; 3) Transcurso de dos meses desde que concurre la causa de disolución; 4) Imputabilidad al administrador de la conducta pasiva; y 5) Inexistencia de causa justificadora de la omisión (en este sentido, sentencia 942/2011, de 29 de diciembre)".

En puridad, no cabría considerarlas incompatibles, pues en un caso (responsabilidad por deudas) se reclama la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de deudas sociales con las demandantes; mientras que en la acción individual se reclama la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los acreedores litigantes como consecuencia de una determinada conducta de los administradores que se considera contraria a la ley o a los estatutos, o que supone un incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño de su cargo.

Pero en un supuesto como el presente, en que por medio de ambas acciones se pretende la misma petición de condena solidaria de los administradores respecto del pago de determinados créditos que los demandantes tienen contra la sociedad, esta pretensión se cumple con la estimación de una de las acciones. En realidad, tal y como se presentó la demanda y se ejercitaron ambos tipos de acciones, cada una de ellas constituía una causa petendi distinta de la misma pretensión de condena dineraria. La estimación de ambas acciones no daría lugar nunca a una condena doble, sino a una única y misma condena dineraria. Por esta razón, en la práctica, en estos casos en que se pretende la misma condena dineraria, puede considerarse que las acciones se ejercitan de forma alternativa o subsidiaria, salvo que se

manifieste un específico interés en la declaración de responsabilidad, que en el presente caso no consta.

De este modo, aunque formalmente el tribunal de instancia hubiera debido entrar a analizar las dos acciones, deja constancia de que se han planteado ambas y tras decidir sobre una de ellas y estimar íntegramente la demanda y la consiguiente petición de condena dineraria, entiende innecesario entrar a resolver sobre la otra acción, o causa de pedir que justificaría la misma condena ya realizada. Con ello debe entenderse que se han satisfecho todas las pretensiones de los demandantes. Cosa distinta es que en caso de estimación del recurso de casación, la peculiar situación descrita obligue, al asumir la instancia, a realizar desde tal posición de enjuiciamiento un pronunciamiento sobre la acción que haya quedado imprejuizada.

3.- Responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad.

La acción ejercitada de responsabilidad de los administradores del 367 LSC, requiere que los administradores hayan incumplido el deber de promover la disolución, existiendo una de las causas legales que así lo exige.

De este modo es preciso que, mientras el administrador demandado estaba en el ejercicio de su cargo, la sociedad hubiera incurrido en alguna de las causas de disolución contenidas en el art. 104 LSRL (vigente en la fecha de los hechos de esta litis; en la actualidad las causas de disolución se regulan en el art. 363 LSC).

En el presente caso, la demandante no invocaba directamente como causa de disolución la relativa a la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente (prevista en el art. 104.1,e LSRL, correspondiente a la contemplada actualmente en el art. 363.1,e LSC). Lo que se alegaba, y a lo que se anudaba la responsabilidad reclamada, era la falta de depósito de las cuentas de la sociedad deudora en el Registro Mercantil. Sin embargo, el tribunal de apelación, en contra de lo resuelto por el juzgado de primera instancia, estima concurrente esta causa de disolución por pérdidas, si bien no como consecuencia de haber quedado acreditada directamente, sino como inferencia derivada del incumplimiento del citado deber de depositar en el Registro Mercantil, dentro del plazo legal, las cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio del año 2007, cuentas que se depositaron intempestivamente el 8 de enero de 2009.

En los supuestos en que concurre esta causa legal de disolución, los concretos deberes que el art. 105 LSRL (se corresponde con los actuales arts. 365 y 366 LSC), imponía a los administradores eran: 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.

En este caso, quedó acreditado en la instancia que los administradores demandados no convocaron la junta para que acordara la disolución. Ahora bien, para que este hecho negativo genere el efecto previsto en el art. 367 LSC debe ir precedido de la acreditación de que concurría realmente la causa de disolución desencadenante de los deberes que los arts. 365 y 366 LSC (antes 105 LSRL) imponen a los administradores, cuestión en la que se sitúa el nudo de la presente controversia.

En caso de revocarse el fallo de la Audiencia Provincial, por falta de concurrencia de tal presupuesto, devendría innecesario en el marco del presente recurso abordar la cuestión relativa al alcance de la responsabilidad respecto de las deudas posteriores a la causa de disolución. En caso contrario, deberá analizarse esta cuestión toda vez que en el presente caso el contrato del que nacen las obligaciones cuyo incumplimiento se denuncia se celebró el 24 de enero de 2007 y la supuesta causa de disolución, según la tesis de la sentencia recurrida, habría que fijarla el 31 de diciembre de 2007, teniendo en cuenta que el citado contrato, por su contenido y naturaleza, generó una relación jurídica de tracto sucesivo y que los incumplimientos denunciados se habrían producido en 2008.

4.- La falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil y las causas legales de disolución de la sociedad.

El art. 34 del Código de comercio impone a los empresarios el deber de formular las cuentas anuales de la empresa al cierre del ejercicio, cuentas que comprenderán "el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria". Estas cuentas, según el mismo precepto, "deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las

disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica".

La importancia que esta información tiene en el tráfico jurídico, y su relevancia para los terceros que contratan con la sociedad, exige de un régimen de depósito y publicidad de las cuentas anuales (vid. arts. 279 a 284 LSC y 365 a 378 del Reglamento del Registro Mercantil) que, en lo que ahora interesa, impone a los administradores de la sociedad el deber de presentar para su depósito en el Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, así como el informe de gestión y el informe del auditor, en su caso (art. 279.1 LSC). Una vez calificados y depositados dichos documentos por el registrador mercantil, "cualquier persona podrá obtener información del Registro Mercantil de todos los documentos depositados" (arts. 280 y 281 LSC).

El incumplimiento de este deber legal de depositar las cuentas provoca un doble efecto. Por un lado, el cierre registral previsto en el art. 282.1 LSC, de forma que no podrá inscribirse en el Registro Mercantil "documento alguno referido a la sociedad mientras el incumplimiento persista" (con las excepciones previstas en el párrafo 2 de dicho precepto). Por otra parte, el incumplimiento de la obligación de depositar está sujeto al régimen sancionador previsto en el art. 283 LSC, que contempla la imposición de multas a la sociedad por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Ni en la regulación legal y reglamentaria de la obligación del depósito de las cuentas anuales, ni en la regulación de las causas legales de disolución de las sociedades de capital se prevé (ni se ha previsto en versiones anteriores de la citada normativa) que el incumplimiento de la obligación legal de depositar las cuentas constituya una de dichas causas legales de disolución. Tampoco establece la ley que el incumplimiento por los administradores de la obligación de depósito de cuentas en el Registro Mercantil determine por sí sola la obligación de responder por las deudas sociales, ni que con base en dicha conducta omisiva haya de presumirse la paralización de la sociedad o la imposibilidad de cumplimiento del fin social.

Lo que sucede es que la prueba de la existencia del déficit patrimonial o de la inactividad social puede verse favorecida por "hechos periféricos", entre los que una parte de la denominada jurisprudencia menor viene considerando la omisión del depósito de cuentas. De manera que la falta de presentación de las

cuentas anuales provocaría, al menos, según dicha tesis, una inversión de la carga probatoria, de suerte que sería el demandado el que soportaría la necesidad de acreditar la ausencia de concurrencia de la situación de desbalance.

Esta tesis sostiene tal afirmación sobre el argumento de que con tal comportamiento omisivo los administradores, además de incumplir con un deber legal, imposibilitan a terceros el conocimiento de la situación económica y financiera de la sociedad, lo que genera la apariencia de una voluntad de ocultación de la situación de insolvencia. Y todo ello con invocación de (i) la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 140/1994, de 4 de mayo) conforme a la cual cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los órganos jurisdiccionales del proceso, conlleva que sea aquella que los posee la que deba acreditar los hechos determinantes de la litis, y (ii) del principio de facilidad probatoria, disponibilidad y proximidad de fuentes de prueba, que la vigente LEC positiviza en el artículo 217.6.

Es cierto que la falta de formulación de las cuentas anuales, aprobación y depósito en el Registro Mercantil privan a los terceros del conocimiento de la situación patrimonial y contable de la compañía, y que ello puede ser apreciado como un indicio que pudiera generar dudas sobre la existencia de pérdidas o de falta de actividad de la sociedad. Pero por sí solo, como sostienen incluso las sentencias de las Audiencias que se adscriben a la reseñada tesis, no constituye una prueba directa de la concurrencia de la situación de pérdidas.

En el presente caso resulta, además, ocioso entrar en el debate sobre si concurren adicionalmente otros indicios, como el impago de las deudas reclamadas, que pudieran servir para abonar una conclusión probatoria distinta sobre tal extremo, o para imponer una inversión de la carga de la prueba, pues aunque las cuentas de la sociedad deudora correspondientes al ejercicio del año 2007 no se depositaron dentro del plazo legal, lo cierto es que, aunque extemporáneamente, dichas cuentas se depositaron el 8 de enero de 2009. Por tanto, antes de la fecha de interposición de la demanda rectora del presente pleito, momento en el que aquellas cuentas estaban ya publicadas en el Registro Mercantil (art. 281 LSC), decayendo con ello la base argumental del demandante, apoyada en la imposibilidad de conocimiento de la situación contable y patrimonial de la sociedad deudora. A ello se añade, finalmente, el hecho de que la sociedad fue disuelta en 2012 por causa distinta a la prevista en el art. 363.1, e) LSC.

Por lo anterior, resulta innecesario ahora analizar el momento del nacimiento de la deuda en el supuesto de hecho de la litis y su relación cronológica con la fecha en que se produjo la supuesta causa legal de disolución.

En consecuencia, la Audiencia Provincial infringió el precepto cuya vulneración se denuncia y, por consiguiente, debemos estimar el recurso de casación y, al hacerlo, revocar la sentencia de apelación y asumir la instancia.

CUARTO.- Asunción de la instancia. Desestimación del recurso de apelación.

Al asumir la instancia, por los mismos motivos que hemos estimado el recurso de casación, debemos desestimar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que, a su vez, desestimaba la demanda en lo relativo a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. Y también en lo relativo a la desestimación de la acción de responsabilidad individual por daños del art. 241 LSC, pues no se ha probado que exista relación de causalidad entre el actuar del administrador (en este caso, su cumplimiento tardío de la obligación de depositar las cuentas), y el daño (entre otras, sentencia 477/2010, de 22 de julio, y 889/2011, de 19 de diciembre).

Para que pueda imputarse al administrador el impago de una deuda social, como daño ocasionado directamente a la sociedad acreedora, no basta con afirmar que se demoró el cumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas. Es necesario que pueda establecerse una relación de causalidad entre el ilícito orgánico cometido por el administrador y el daño sufrido por el demandante, que aquí no se ha acreditado (sentencia 505/2014, de 8 de octubre).

De otro modo, como afirmamos en la sentencia núm. 253/2016 de 18 abril, "si los tribunales no afinan en esta exigencia, corremos el riesgo de atribuir a los administradores la responsabilidad por el impago de las deudas sociales en caso de insolvencia de la compañía, cuando no es ésta la mens legis"».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 51/2015] DE 28 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Juan María Díaz Fraile]**

*Sociedades de capital: impugnación de acuerdos fundada en que no constaba la convocatoria de la junta y no podía entenderse que se hubiera constituido como junta universal porque no estaban presentes todos los socios. Se trata de una cuestión societaria y la competencia objetiva para conocer de ella corresponde a los juzgados de lo mercantil, sin*

*perjuicio de que para juzgar sobre este extremo haya que dilucidar si, con la muerte del causante y antes de la entrega del legado de las acciones de la compañía a los legatarios, los herederos tenían facultad para asistir y votar en una junta universal. En este sentido, para que exista un legado de cosa específica es indispensable la presencia de un "objeto cierto", es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario. De modo que, cuando no solo se cuestiona el alcance del legado, sino que por sentencia firme el legatario se ha visto privado del legado de las acciones de la sociedad, ello provoca un efecto prejudicial respecto de la cuestión societaria: el legatario carece de la condición de socio y no puede asistir a la junta e impugnar los acuerdos.*

«Comercial Vascongada Recalde, S.A.U. es una sociedad por acciones al portador, fundada en 1956 por Luis Ángel, quien hasta el momento de su muerte tenía la totalidad del capital.

3.- Luis Ángel falleció el día 8 de marzo de 2009, soltero y sin descendencia. El 3 de abril de 2006 había otorgado testamento, en el que, además de constituir otros legados, en la cláusula segunda dejaba para su hermano Isidro y su sobrino Ildefonso, por iguales partes, sus acciones de la compañía Comercial Vascongada Recalde.

En la cláusula cuarta del testamento se dispone que, respecto del remanente de todos sus bienes, una vez satisfechos los legados previstos, se instituye herederos universales a Abelardo, de la mitad de la herencia, y al Convento de Madres Clarisas de Lerma (Burgos), la otra mitad. En la cláusula sexta se nombraba albacea contador-partidor, con facultades muy amplias, que incluían la de entregar los legados.

4.- En el momento de otorgarse el testamento, el capital social de Comercial Vascongada Recalde era de 60.101,21 €, dividido en 2.000 acciones de 30,050605 € cada una de ellas.

5.- Con posterioridad al otorgamiento del testamento, por sentencia de 21 de septiembre de 2007, Luis Ángel fue incapacitado. Se nombró tutor a su sobrino Ángel, quien más adelante devendría en legatario por la muerte de su padre Isidro .

El tutor, ejercitando los derechos políticos de las acciones que el tutelado tenía en la sociedad Comercial Vascongada Recalde, celebró dos juntas de accionistas: en la primera, de 14 de noviembre de 2007, cesó a Luis Ángel como administrador y se nombró a sí mismo (el tutor) administrador; en la segunda, celebrada el 28 de diciembre de 2007, aprobó un ampliación de capital social por importe de

37.525.813 €, con emisión de nuevas acciones al portador (numeradas del 2.001 al 1.250.754), que fueron íntegramente suscritas por el socio único.

Con ello, se incorporaba al legado el resto del patrimonio del incapacitado y, de facto, se dejaba sin contenido la institución de heredero.

Consta que el tutor recabó autorización judicial (de quien supervisaba la tutela e ignoraba el contenido del testamento) para la reestructuración del patrimonio de su tío incapacitado, mediante la disolución y liquidación de otra sociedad de la que tenía el 100% de las acciones, Inversiones Inmobiliarias e Inversiones Dato, S.A., y la reseñada operación de ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde y aportación a esta sociedad del resto de los bienes y derechos de Luis Ángel.

6.- Fallecido Luis Ángel el 8 de marzo de 2009, sus herederos celebraron una junta de accionistas el 3 de junio de 2009, en la que, por una parte, cesaron a Ángel como administrador de la sociedad y nombraron para el cargo a Lucio, y, por otra, acordaron dejar sin efecto los acuerdos adoptados en la junta universal celebrada por los legatarios el 22 de mayo de 2009.

SEGUNDO.- Reclamaciones objeto de enjuiciamiento, ventiladas en otros procesos, vinculados al presente.

1.- Tras el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión se desencadenaron una serie de procesos judiciales, cuyas resoluciones judiciales han sido aportadas al presente proceso, en atención a la estrecha vinculación que existe entre ellas, de la que daremos cuenta a la hora de resolver los motivos de casación. En este momento, dejaremos constancia de lo acaecido en aquellos otros procedimientos.

Los dos legatarios mencionados, Ildfonso y los herederos de Isidro, interpusieron una demanda para reclamar, frente a los herederos de Luis Ángel y su albacea, la posesión del legado consistente en las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde, en concreto 1.248.754 acciones ordinarias al portador, de 30,050605 € de valor nominal cada una de ellas, que coincidía con la situación de la sociedad al tiempo del fallecimiento del causante.

Los legatarios demandantes ampliaron la demanda y reclamaron también los legados económicos que igualmente se recogían en la cláusula segunda del testamento, en particular, 900.000 € a favor de Ildfonso y 300.000 € a favor de Isidro.

Por su parte, los herederos demandados formularon una reconvencción en la que pedían la nulidad del traslado del patrimonio de Luis Ángel, realizado de forma fraudulenta por su tutor, para cubrir la ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde. Subsidiariamente, para el caso en que se

acordara la entrega del legado de Comercial Vascongada Recalde, se pedía que quedara reducido a las acciones existentes en la actualidad, tras la reducción de capital social. Y, subsidiariamente, en caso de desestimación de lo anterior, que se reconociera el derecho de los herederos a ser compensados económicamente, sobre la base del enriquecimiento injusto, con el valor que al día de la ejecución de la sentencia tuvieran los títulos valores aportados en la ampliación de capital social de Comercial Vascongada Recalde. Como consecuencia de un incidente de declinatoria por falta de competencia objetiva respecto de lo que era objeto de la reconvencción, esta no fue enjuiciada junto con lo que es objeto de la demanda y de su ampliación.

La demanda y su ampliación fueron íntegramente desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid, que conocía de ellas (juicio ordinario 2032/2009), por sentencia de 30 de noviembre de 2012, al entender que los legatarios que reclamaban la posesión de las acciones de Comercial Vascongada Recalde habían manipulado la voluntad del testador, mediante una modificación sustancial de su legado.

Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 10.ª) dictó sentencia de 24 de abril de 2014, que confirmó la desestimación de la petición de entrega de la posesión del legado consistente en las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde, pero estimó el recurso de apelación en relación con la reclamación de entrega del legado dinerario, y acordó su entrega.

En lo que ahora interesa, que es la entrega de la posesión de las acciones de Comercial Vascongada Recalde, la Audiencia ratificó el criterio del juzgado de primera instancia, según el cual no procedía acceder a lo solicitado, porque el legado que se pedía era sustancialmente diferente al dispuesto por el testador, habida cuenta la tergiversación total de la voluntad del testador, que, fraudulentamente, llevó a cabo el tutor (hermano e hijo de los legatarios), mediante el aumento del capital social inicial de 60.101,21 € a la ingente suma de 37.525.813 € y la aportación de la mayoría de los bienes y derechos del patrimonio del incapaz, lo que supuso el vaciamiento de la herencia. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpusieron sendos recursos de casación ambas partes, que fueron resueltos por la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo 464/2018, de 19 de julio, que casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la del Juzgado. En lo que ahora importa, declaramos en dicha sentencia:

"En el presente caso, conforme a la jurisprudencia expuesta, la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el art. 885 del Código Civil, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor en defensa, precisamente, de lo ordenado en el testamento, esto es, de velar por el contenido patrimonial de lo dispuesto en favor de D. Abelardo y del convento de Madres Clarisas de Lerma como herederos universales del testador.

"La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, "la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado", privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios".

En otro procedimiento, del que conoció el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid (juicio ordinario 1085/2010), iniciado a instancia de Ángel, en nombre y representación de su hija Lorenza, se reclamaba la entrega del legado económico de 30.000 €, establecido en la cláusula segunda del testamento de Luis Ángel. Los herederos de Luis Ángel y el albacea contador partidor, además de oponer que, como consecuencia del vaciamiento de la herencia llevada a cabo por el tutor (Ángel), al aportar toda la herencia a la sociedad Comercial Vascongada Recalde, S.A., sobre cuyas acciones al portador había constituido un legado a favor de Ildefonso e Isidro (hermano y padre del tutor), no había en ese momento bienes suficientes en la herencia para poder abonar los legados económicos, hicieron valer la cautela socini (en el sentido amplio de prohibición de intervención judicial en la herencia) que el testador había incluido en la cláusula quinta de su testamento. Mediante esta cláusula "prohíbe la intervención en su herencia y si alguno la reclamara, quedará privado de cualquier derecho que el testador le haya legado, acrecentando su parte al caudal hereditario citado como remanente". Los herederos demandados y el albacea adujeron que la legataria demandante había incurrido en esta situación y por lo tanto su legado había devenido ineficaz, ya que había interpuesto una demanda judicial para la remoción del albacea, que

había sido desestimada en primera y segunda instancia.

El juzgado de primera instancia que conoció de esta demanda de reclamación del legado estimó la demanda, tras considerar que la cláusula en cuestión era inoperante cuando, como ocurría en aquel caso, la intervención judicial se había pedido para que se cumpliera la voluntad del testador. La sentencia dictada en segunda Instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la decisión del juez de primera instancia.

Recurrida en casación la sentencia de apelación, esta Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la sentencia 254/2014, de 3 de septiembre, que estimó el recurso de casación. En esta sentencia, después de recordar la jurisprudencia sobre la cautela socini, entendimos que debía "valorarse injustificado el recurso a la intervención judicial, con la consiguiente contravención de lo dispuesto por el testador en aras a forzar injustificadamente la remoción del albacea contador partidor y, con ella, alterar la ejecución testamentaria ordenada y querida por el mismo -se entiende que el testador-". Por ello, declaramos "ajustada a Derecho la ejecución testamentaria del albacea contador partidor en orden a la ineficacia del meritado legado y la consecuente absolución de los demandados respecto del pedimento solicitado".

TERCERO.- Reclamaciones objeto del presente proceso: impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 21 de julio de 2009.

1.- Uno de los legatarios, Ildefonso, impugnó los acuerdos adoptados en la junta de accionistas de 21 de julio de 2009, y solicitó la nulidad de tales acuerdos. La demanda se formuló contra la sociedad Comercial Vascongada Recalde y contra el administrador único, Lucio. La impugnación se fundaba en la existencia de graves defectos de constitución de la junta, porque no fueron convocados los legatarios, ni tomaron parte en ella, razón por la cual la junta universal no se constituyó válidamente, pues, conforme a los arts. 882 y ss. CC, eran los legatarios quienes tenían la consideración de socios, en cuanto que habían adquirido la propiedad de la cosa objeto del legado desde el fallecimiento del testador.

2.- El juzgado mercantil consideró que los legatarios habían adquirido la propiedad de las acciones desde el fallecimiento del testador, por lo que los acuerdos adoptados en una junta general posterior, celebrada sin su asistencia y voto, son nulos. Por lo que estimó la demanda.

3.- La sentencia de apelación (i) desestimó el recurso de la sociedad demandada. Consideró,

resumidamente, que el legado era de cosa específica y determinada, por lo que las acciones no formaban parte del caudal hereditario sobre el que habían de versar las operaciones particionales. Por ello, conforme al art. 48 TRLSA, aplicable al caso por el momento de la celebración de la junta cuyos acuerdos son objeto de impugnación, la condición de socio y los derechos reconocidos en la Ley y en los estatutos al titular legítimo de las acciones, entre los que se encuentran el derecho a asistir a las juntas de accionistas y votar los acuerdos propuestos, correspondía a los legatarios. Por lo que confirmó que los acuerdos adoptados en la junta de 21 de julio de 2009 eran nulos; y (ii) estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Lucio por apreciar falta de legitimación pasiva.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por Comercial Vascongada Recalde.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO.- Único motivo de infracción procesal. Incompetencia de jurisdicción. Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.1º LEC, denuncia la infracción del art. 86 ter 2 a), en relación con el art. 10.1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

2.- En el desarrollo del motivo, argumenta la parte recurrente, resumidamente, que la impugnación de los acuerdos sociales no se basa en ninguna infracción del derecho societario, ni contiene pretensión alguna de Derecho mercantil, sino que se pretende la nulidad exclusivamente en una razón de derecho sucesorio.

Asimismo, argumenta que, pese a que las sentencias de ambas instancias afirman que se pronuncian sobre el legado únicamente a efectos prejudiciales, no hay tal prejudicialidad, porque realmente no hay una pretensión mercantil sobre la que la civil sea prejudicial.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 86 ter LOPJ establece en forma de numerus clausus cuáles son las competencias atribuidas a los órganos de lo mercantil (competencia objetiva). Dicho precepto relaciona un catálogo cerrado de materias específicas de las que compete conocer a los juzgados de lo mercantil, entre las que incluye, en su apartado 2.a), todas aquellas cuestiones que, dentro del orden jurisdiccional civil, se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas

2.- En el presente litigio se ejercitó una demanda de impugnación de acuerdos sociales. Dicha pretensión, conforme a la legislación vigente a la fecha de su interposición (arts. 115 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, -LSA-) y a la vigente a la fecha de las

sentencias de primera y segunda instancia (arts. 204 a 208 de la Ley de Sociedades de Capital, -LSC-) es propia del derecho de sociedades mercantiles.

Dentro de dicha normativa, el art. 117 LSA y el art. 206 LSC regulan la legitimación para la impugnación y la confieren, entre otros, a los accionistas. Y, dado que en el caso se discutió la cualidad de accionista del impugnante, era imprescindible analizar si el legado de las acciones había conferido la cualidad de accionista al demandante antes de la celebración de la junta general. Pero ello no implica que el objeto litigioso no fuera societario, para cuyo conocimiento era competente objetivamente el juzgado mercantil.

3.- En concreto, la acción ejercitada en la demanda es de impugnación de los acuerdos adoptados por la junta general universal de una sociedad anónima, y se basa en que no constaba la convocatoria de la junta y no podía entenderse que se hubiera constituido como junta universal porque no estaban presentes todos los socios. La acción se basa en la infracción del art. 99 TRLSA que regula cuándo puede entenderse correctamente convocada y celebrada una junta universal de socios, sin perjuicio de que para juzgar sobre este extremo hubiera que dilucidar si, con la muerte del causante y antes de la entrega del legado de las acciones de la compañía a los legatarios, los herederos tenían facultad para asistir y votar en una junta universal.

Cuando se ejercita una acción de impugnación de un acuerdo de una sociedad mercantil, al margen de si el motivo guarda relación con la justificación de un derecho controvertido de naturaleza sucesoria, no por ello podemos dejar de entender que la demanda se interpone al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, y por ello la competencia objetiva para conocer de ella corresponde a los juzgados de lo mercantil.

4.- En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación.

QUINTO.- Formulación de los dos motivos de casación.

1.- El motivo primero se funda en la infracción, por inaplicación, del art. 885 CC, en relación con los arts. 657, 661 y 440 CC y del art. 545 Ccom, así como de la jurisprudencia contenida en la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2003, que a su vez se refiere a las sentencias de 3 de junio de 1947, 25 de mayo de 1992 y 29 de mayo de 1963.

En el desarrollo del motivo se argumenta que, conforme al art. 885 CC, para que el legado adquiera eficacia, es imprescindible su entrega por los herederos o por el albacea, cualquiera que sea la naturaleza del legado, genérico o específico. Y

transcribe la sentencia de esta Sala de 21 de abril de 2003, según la cual:

"el legatario tiene derecho a la cosa legada desde la muerte del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. (...) la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia 'sine qua non' para el legatario que quiere disfrutar por sí mismo de la cosa legada con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el art. 882".

Conforme a lo anterior, la recurrente argumenta que los legatarios en ningún caso pueden constituir la junta general de Comercial Recalde, puesto que dicho legado aún no se les ha entregado por el albacea y los herederos; y son estos los únicos legitimados para celebrar dichas juntas, en tanto en cuanto se han subrogado en todas las relaciones jurídicas de las que era titular el causante.

Asimismo, razona que, por aplicación de los arts. 657, 661 y 440 CC, la posesión de las acciones de la sociedad, por el sólo hecho de la muerte del causante se transmitieron a los herederos, y sólo cuando estos o el albacea, si procede que sea este, entreguen el legado se producirá la entrega de los títulos que acreditan la condición de socio de los legatarios. Máxime si tenemos en cuenta que las acciones eran al portador, y el único que puede ejercitar los derechos inherentes a la cualidad de socios es quien tiene la posesión del título. En este sentido, el art. 545 CCom prescribe que los títulos al portador se transmiten mediante su tradición del documento.

2.- El motivo segundo se basa en la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 882 y 983 CC, al considerar equivocadamente la Audiencia Provincial que el legado de las acciones de la sociedad es un legado específico, al que debe aplicarse el art. 882 CC y, en consecuencia, su propiedad se adquiere desde el momento de la muerte del testador y, por lo tanto, los legatarios ostentan la cualidad de socios de Comercial Recalde.

En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que este planteamiento tiene errores conceptuales: el legado de la sociedad no es un legado de cosa específica en cuanto que necesita antes de ser entregado una previa especificación o individualización, ya que se hace a dos legatarios "por partes iguales"; sólo si del texto del testamento resulta una fijación numérica o de otra naturaleza que haga al instituido dueño específico de los bienes, la institución es específica, y el precepto concreto del Código excluiría el derecho a acrecer, conforme al art. 892.1 CC.

3.- El recurso de casación es muy similar a los que fueron resueltos en nuestras sentencias 306/2019, de 3 de junio, y 316/2019, de 4 de junio, y debe ser estimado, por las razones que exponemos a continuación, que son coincidentes con las que fundamentaron las citadas sentencias por no concurrir motivos para apartarnos de lo entonces razonado y resuelto.

SEXTO.- Jurisprudencia sobre el efecto directo del legado de cosa cierta.

1.- Con carácter general, nuestro Código civil, en línea con nuestra tradición jurídica contenida en las Partidas (" luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda" - 6, 19, 34-), en su art. 882.1 regula lo siguiente: "Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte".

De este modo, la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el legatario, sin mediación del heredero. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del legado se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívocamente identificados en el patrimonio del testador. Esta última matización va a tener relevancia en la resolución de este recurso.

Por su parte, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del legado: "El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla".

Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal ex testamento que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia.

Esta ha sido la jurisprudencia de esta Sala, reseñada en la sentencia 379/2003, de 21 de abril: "como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del Código Civil cuando el legado es de cosa

específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia "sine qua non" para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado".

Es por ello por lo que los legatarios a quienes el testamento de Luis Ángel les legaba las acciones de la sociedad Comercial Vascongada Recalde interpusieron aquella otra demanda por la que reclamaban de los herederos la entrega del legado (juicio ordinario 2032/2009, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid). Con el resultado que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo, apartado 1.(i), al que luego nos referiremos.

SÉPTIMO.- Estimación del recurso de casación.

1.- El presente caso no deja de ser un supuesto muy singular, pues en un procedimiento paralelo se ejercitó, frente a los herederos y al albacea, la acción de reclamación de la posesión del legado, entendido como la totalidad de las acciones de Comercial Recalde al tiempo en que falleció Luis Ángel. Tanto el juzgado de primera instancia como la audiencia, declararon la improcedencia de esta reclamación porque entendieron que el tutor, antes del fallecimiento del causante, había tergiversado con fraude la voluntad del testador, al vaciar la herencia para incorporar la mayoría de los bienes y derechos a la sociedad (37 millones de euros), cuyas acciones al portador había dejado el causante a los dos legatarios demandantes (hermano y padre del tutor), de tal forma que el legado que se solicitaba no coincidía con el que dispuso el testador en su testamento. Luego, esta misma sala del Tribunal Supremo consideró aplicable al caso la cautela socini y la privación de los legatarios demandantes del derecho al legado sobre las acciones de Comercial Recalde.

Además de que, para que exista un legado de cosa específica sobre el que proyectar la doctrina jurisprudencial antes expuesta, es indispensable la presencia de un "objeto cierto", es decir, plenamente identificado e individualizado sin necesidad de operación alguna, sobre el que pueda reclamarse su posesión por el legatario, y aquí se cuestionaba el alcance del legado (si el objeto del legado necesitaba de las operaciones necesarias para volver a ceñirlo al que realmente fue dispuesto por el testador, interpretando con ello la voluntad testamentaria de este último), finalmente por sentencia firme el legatario demandante se ha visto privado del legado de las acciones de la sociedad y éste ha dejado de existir. Lo cual provoca un efecto prejudicial respecto de lo que se cuestiona en el presente recurso de casación.

2.- El art. 222.4 LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal. La sentencia 789/2013, de 30 de diciembre, establece que el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

El efecto positivo o prejudicial de la sentencia firme anterior condiciona la resolución de las posteriores, tratando de evitar que dos relaciones jurídicas se resuelvan de forma contradictoria ya que para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo.

3.- Bajo el efecto prejudicial que tiene lo resuelto en el pleito anterior, en concreto, el efecto de cosa juzgada material en sentido positivo que genera la sentencia 464/2018, de 19 de julio, que priva al legatario demandante de su derecho al legado en aplicación de la cautela socini dispuesta por el testador en su testamento, ya no estamos ante un supuesto de legado sobre cosa específica y determinada. Consiguientemente, los herederos y el albacea, al suceder al causante tras su fallecimiento, estaban facultados para hacer uso de los derechos políticos que conferían las acciones al portador de Comercial

Vascongada Recalde y acordar en una junta universal los acuerdos objeto de impugnación en el presente procedimiento.

4.- Procede, pues, la estimación del recurso de casación, por cuanto la ineficacia de los legados comporta que el demandante/impugnante no tuviera derecho de asistencia a la junta general, ni a la impugnación de los acuerdos sociales. Y por las mismas razones jurídicas, al asumir la instancia, debe estimarse el recurso de apelación y desestimarse la demanda».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3124/2017] DE 28 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

*Sociedad de capital unipersonal: contratos entre la sociedad y el socio único. La norma reconoce a la sociedad una acción para recabar del socio único una compensación económica por las ventajas patrimoniales obtenidas en perjuicio de la sociedad, que debe ir referida a contratos concertados dos años antes. Por tanto, son requisitos de la acción: la existencia de un contrato o acuerdo negocial entre la sociedad y quien en ese momento es su socio único, realizado dentro del periodo anterior de dos años; que por los términos o condiciones del contrato, el socio único hubiera obtenido ventajas patrimoniales, directas o indirectas, que conlleven de forma correlativa un perjuicio patrimonial para la sociedad; y que la previsión contractual que propició estas ventajas patrimoniales del socio único en perjuicio de la sociedad fuera injustificada. Ahora bien, cuando esas ventajas patrimoniales aparecen en un acuerdo negocial que supone un "Proyecto común" realizado merced a unas operaciones de reestructuración y cumple la función de hacer efectivo el convenio alcanzado en los concursos de acreedores de un grupo, el contexto negocial es muy relevante.*

«Pescanova S.A. y algunas de sus sociedades filiales fueron declaradas en concurso de acreedores en abril de 2013. En los concursos de acreedores de Pescanova y de algunas de las filiales, se aprobaron los respectivos convenios por los que se pretendía la reestructuración del grupo, que implicaba una fusión y una doble segregación.

En cumplimiento de estos convenios concursales, se alcanzó el denominado "Proyecto común de fusión y doble segregación" de 18 de agosto de 2015. Merced a estas operaciones de reestructuración, se creó una nueva sociedad (30 de junio de 2015) denominada

Nueva Pescanova (NPVA), a la que se traspasó todo el negocio de Pescanova (PVA), que en ese primer momento era la socia única y que merced a un acuerdo se reservó algunas "medidas de apoyo", que son objeto de este pleito y a las que se refiere el reseñado "Proyecto común":

"Por último, como resultado de las Modificaciones Estructurales y en particular, del Aumento de Capital, PVA va a quedar reducida a ser una sociedad tenedora de una participación en el capital social de Nueva Pescanova, que es la sociedad que va a agrupar el actual negocio de PVA. En consecuencia, se hace necesario establecer algunas medidas de apoyo de Nueva Pescanova a favor de PVA, con el fin de garantizar la continuidad y estabilidad de esta última, que mantiene nominalmente por razón de esta Segunda Segregación deuda concursal y post-concursal que se estima de un importe inicial de 64 millones de euros, aproximadamente".

"En concreto, entre estas medidas se incluyen las siguientes:

"-la obligación de Nueva Pescanova de abonar anualmente PVA, el primer día de diciembre, comenzando el 1 de diciembre de 2015 previa presentación de la correspondiente factura por parte de PVA, una cantidad de 255.000 euros anuales (actualizados con el IPC), en un solo pago, y en concepto de cobertura de gastos generales de funcionamiento, tal y como está previsto en el convenio de acreedores de PVA;

"- la obligación de Nueva Pescanova de prestar libre de costes para PVA el necesario apoyo administrativo, fiscal y legal para su correcto funcionamiento, durante un plazo de cuatro años a partir del 1 de diciembre de 2015, comprendiendo, entre otras, las actividades de contabilidad y administración y la asistencia legal y fiscal de todo tipo que se requiera. Dicha prestación podrá ser realizada por Nueva Pescanova con medios propios o a través de los asesores actuales de PVA cuando así lo determine la propia PVA. Se fija un coste máximo anual a asumir por Nueva Pescanova por estos conceptos de 200.000 euros;

"- el mantenimiento por PVA de su actual domicilio social (c/José Fernández López s/n, Chapela, Redondela) y, en consecuencia, el mantenimiento de este último como lugar de celebración de sus juntas generales de accionistas, así como el derecho a disponer permanentemente en el edificio dedicado a oficinas dentro del domicilio social, y libre de costes para PVA, de una oficina equipada de al menos 60 metros cuadrados;

"- el derecho de PVA a conservar su actual denominación social "Pescanova, S.A.";

"- el derecho de PVA a designar a un consejero o administrador para el órgano de administración de Nueva Pescanova mientras mantenga una participación en el capital social de ésta; y

"- la obligación por parte de Nueva Pescanova de facilitar a PVA (i) sus cuentas anuales (individuales y consolidadas) auditadas, en el plazo máximo de 3 meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio de Nueva Pescanova y (ii) los estados financieros intermedios consolidados correspondientes al primer semestre de cada ejercicio, en el plazo máximo de 2 meses a contar desde la fecha de cierre".

Además, en otro apartado del "Proyecto común", tras describir los elementos del activo y pasivo que se transmitían a Nueva Pescanova mediante la segregación, se preveía lo siguiente:

"(..) con excepción de un importe en efectivo de un millón novecientos mil euros (1.900.000 euros), que PVA mantendrá por razones de prudencia y de eficacia operativa y que transmitirá a Nueva Pescanova en el momento en que se haya liquidado la totalidad de la deuda no traspasada mencionada en el párrafo siguiente, a favor de Nueva Pescanova (la "Unidad Económica de la Segunda Segregación"), tal y como se refleja en el Anexo 3".

Posteriormente, como consecuencia de una ampliación de capital de Nueva Pescanova, esta sociedad pasó a estar participada mayoritariamente por antiguos acreedores de Pescanova y sus filiales.

Nueva Pescanova interpuso una demanda al amparo de lo prescrito en el art. 16.3 LSC contra Pescanova, por entender que esta sociedad, cuando era socia única de Nueva Pescanova, le impuso unas "ventajas patrimoniales" injustificadas a través del "Proyecto común": a) la obligación de Nueva Pescanova de prestar gratuitamente apoyo administrativo a Pescanova, durante cuatro años, con un coste estimado de 200.000 euros; b) la obligación de Nueva Pescanova de ceder gratuitamente dentro de su domicilio social a Pescanova un local para oficina de 60 m<sup>2</sup>; y c) la retención por Pescanova de la suma de 1.900.000 euros (activo que en virtud del "Proyecto común" tendría que traspasar a Nueva Pescanova), hasta el cumplimiento total del convenio.

El juzgado mercantil desestimó la demanda por entender que no se cumplían las circunstancias necesarias para que pudiera prosperar la acción basada en el art. 16.3 LSC. En primer lugar, porque la sociedad demandante "actúa sólo y exclusivamente en su propio beneficio, sin justificar y ni siquiera alegar, que, mediante esta acción de responsabilidad pretenda defender su patrimonio en interés de personas o entidades ajenas a sus relaciones con

Pescanova que, en otro caso, podrían ver peligrar sus derechos". Y, en segundo lugar, porque "los beneficios que Pescanova disfruta con cargo a Nueva Pescanova no surgen de ningún contrato, entendido en el sentido de los previstos por el art. 16.3 de la LSC. Estos beneficios derivan del llamado "Proyecto común...", que no es un contrato celebrado entre Nueva Pescanova y su anterior socio único, Pescanova, en el marco del tráfico ordinario del mercado, en el que Pescanova actuase como podría haberlo hecho cualquier otro tercero en el tráfico mercantil", sino que responde a "la necesidad de dar forma en la práctica a lo que se había acordado en los convenios concursales aprobados, de Pescanova y sus filiales".

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandante. El recurso ha sido desestimado, con la siguiente argumentación:

"En los supuestos en que se pretenda la responsabilidad plasmada en el art. 16.3 LSC, debe acreditarse que los actos jurídicos por los que es exigida la misma se enmarcan en la contratación entre el socio único y la sociedad.

[...]

"Ciertamente en el sentido amplio que hemos atribuido a la contratación contemplada en el art. 16.3 LSC, incluyendo todos los negocios jurídicos de contenido patrimonial, hemos matizado que tales contratos deben referirse a contratos que el socio único realiza con la sociedad unipersonal como podría llevar a cabo cualquier tercero, excluyendo por lo tanto acuerdos o pactos que afectan a relaciones societarias internas como las que aquí nos ocupan y que ya se han expuesto anteriormente. Y no existe impedimento a que dentro de un marco negocial complejo como el que nos ocupa, puedan aislarse determinados actos que pudieran enmarcarse en el art. 16.3 LSC, puesto que, como es evidente, el proyecto común en si ya definido en cuanto a su estructura compleja, jurídica y económica, y finalidad, en modo alguno puede enmarcarse en el art. 16.3 LSC. "Pero para proceder a tal separación debe de tratarse de operaciones absolutamente independientes, ajenas al mencionado marco negocial complejo que implica el proyecto común, y que adquieren sentido por si mismos fuera de dicho proyecto común, no encontrando explicación en el mismo.

"Sin embargo no es el caso. Entendemos que, de forma acertada o no, valoración que, en principio, no compete al Tribunal, los actos controvertidos si guardan una relación económica o jurídica con el proyecto común y su finalidad.

"La llamada segunda segregación que es la relativa a la creación de Nueva Pescanova, implica, como resultado

de las Modificaciones Estructurales y en particular, del Aumento de Capital que se prevé, que Pescanova (PVA) va a quedar reducida a ser una sociedad tenedora de una participación en el capital social de Nueva Pescanova, que es la sociedad que va a agrupar el actual negocio de PVA, y por ello, con mayor o menor acierto, se hace necesario establecer algunas medidas de apoyo de Nueva Pescanova a favor de PVA, con el fin de garantizar la continuidad y estabilidad de esta última, pues la misma mantuvo en su balance nominalmente deuda frente a los acreedores concursales (que la parte apelada cifra en más de 50 millones de euros de deuda), que debían ser asumidos por Nueva Pescanova, tal y como se recoge en el anexo 3 del proyecto común.

"Teniendo en cuenta que Pescanova se quedaba con deuda, y debía mantener una cierta actividad, aunque fuera mínima, para hacer frente a dicha deuda, y que había transmitido, producto de la fusión, prácticamente toda su actividad económica a Nueva Pescanova, con sus elementos, debe considerarse directamente relacionado con esta situación real el mantenimiento de cierto apoyo administrativo, fiscal y legal, pues la situación en que quedan las sociedades participantes en la modificación estructural no puede verse como una situación totalmente independiente y que debe implicar una separación absoluta entre ellas en todos los ámbitos, sino que, en el marco de lo que significan las modificaciones estructurales como transmisión global de activo y pasivo, atendiendo a la finalidad tantas veces señalada de dar cobertura jurídica a una solución concursal compleja, la forma en que se produce esta transmisión y las relaciones que se pueden mantener, con claro carácter temporal, tienen sentido en ese marco para favorecer el mantenimiento de su presencia en el mercado y, en su caso, la finalización de alguna de ellas, de forma no conflictiva.

"En este mismo marco cabe incluir el uso de una pequeña oficina de 60 metros cuadrados en el inmueble que fuera domicilio social de Pescanova, por razones tanto de mantener un mínimo funcionamiento administrativo en el lugar en el que venía siendo habitual en los últimos años.

"En conclusión, tales actos se justifican en su conjunto en el marco del proyecto común, y difícilmente pueden tomarse en consideración como operaciones totalmente ajenas al mismo que puedan significar operaciones contractuales que podrían llevarse a cabo con un tercero cualquiera, cuando resultan ajenas a su objeto social y al tráfico jurídico y económico que le es propio a la apelante, y solo encuentran sentido en el marco de estas operaciones societarias estructuradas

para dar solución de continuidad a una actividad económica societaria procedente de una grave crisis económica".

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

SEGUNDO. Recurso de casación.

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción, por no aplicación, del artículo 16.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

En el desarrollo del motivo se razona que el art. 16.3 LSC ha sido infringido por la sentencia recurrida al no entenderlo aplicable a las ventajas patrimoniales que Pescanova obtuvo de Nueva Pescanova, mediante el "proyecto común", aprovechando que era su socio único. Estas ventajas patrimoniales son injustificadas, al no estar previstas en los convenios concursales y procurar un beneficio exclusivo a Pescanova.

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

Desestimación del motivo. En su apartado 1, el art. 16 LSC prescribe que los contratos celebrados por el socio único y la sociedad deberán constar por escrito (o la forma que proceda), se transcribirán a un libro registro de la sociedad y se hará referencia expresa e individualizada a ellos en la memoria anual. Y en su apartado 3 establece lo siguiente:

"Durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado primero, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de dichos contratos".

La norma reconoce a la sociedad una acción para recabar del socio único una compensación económica por las ventajas patrimoniales obtenidas en perjuicio de la sociedad. Debe ir referida a contratos concertados dos años antes.

Al margen de los intereses que indirectamente puedan resultar tutelados, de los acreedores de la sociedad o de sus socios actuales, la legitimación originaria para ejercitar esta acción corresponde a la sociedad y el interés tutelado es el suyo propio, representado por la reparación o compensación del perjuicio sufrido como consecuencia de la ventaja patrimonial obtenida por el socio único de esos contratos. Se entiende que los términos o condiciones en general del contrato habrían sido previstos e impuestos por el socio único, y la acción pretende reaccionar frente a eventuales abusos de esa posición del socio único. El interés tutelado, propiamente, es el de la sociedad, sin perjuicio de que haya intereses de terceros

(acreedores o socios posteriores) que se vean afectados y que justifiquen el ejercicio de la acción. En el caso de los acreedores, a través de una acción subrogatoria. Y en el caso de los socios posteriores, cuando aquel socio único deja de controlar la sociedad, como es el presente caso, mediante una acción instada por la sociedad. Pero, en cualquier caso, la compensación que pudiera obtenerse iría a parar a la sociedad.

A la vista de la primera razón por la que el juzgado mercantil denegaba la procedencia de la acción en este caso, debemos aclarar que no es necesario que se invoque o acredite ese interés indirecto afectado. Lo esencial es que se cumplan los requisitos de la acción: la existencia de un contrato o acuerdo negocial entre la sociedad y quien en ese momento es su socio único, realizado dentro del periodo anterior de dos años; que por los términos o condiciones del contrato, el socio único hubiera obtenido ventajas patrimoniales, directas o indirectas, que conlleven de forma correlativa un perjuicio patrimonial para la sociedad; y que la previsión contractual que propició estas ventajas patrimoniales del socio único en perjuicio de la sociedad fuera injustificada.

En nuestro caso, no cabía descartar de plano que el acuerdo negocial entre Nueva Pescanova y su socio único (Pescanova), que supuso el denominado "Proyecto común", en la medida en que se concertó por una sociedad existente y su socio único, pudiera ser objeto de esta acción.

De hecho la propia sentencia recurrida parte de esta consideración cuando razona que "no existe impedimento a que dentro de un marco negocial complejo como el que nos ocupa, puedan aislarse determinados actos que pudieran enmarcarse en el art. 16.3 LSC", sin perjuicio de "que, como es evidente, el proyecto común en sí ya definido en cuanto a su estructura compleja, jurídica y económica, y finalidad, en modo alguno puede enmarcarse en el art. 16.3 LSC".

Ahora bien, en un supuesto como el presente, en el que estas ventajas patrimoniales aparecen en ese acuerdo negocial que supone el "Proyecto común", que cumplía la función de hacer efectivo el convenio alcanzado en los concursos de Pescanova y otras sociedades afectadas, este contexto negocial es muy relevante.

La sociedad (Nueva Pescanova) se acababa de crear para ser receptora, mediante una segregación, de todo el negocio de Pescanova y sus filiales afectadas. Pescanova, tras las operaciones estructurales, pasaba a ser tenedora del capital social de Nueva Pescanova, en un primer momento como socia única y después

como socia minoritaria. En este contexto, la sentencia recurrida entiende que tenía sentido establecer unas medidas de apoyo de Nueva Pescanova a favor de Pescanova, para garantizar la continuidad y estabilidad de esta última, durante el periodo de cumplimiento del convenio, en la medida en que se había quedado nominalmente en su balance con una deuda frente a acreedores concursales.

De entre estas medidas, la demandante cuestiona la falta de justificación de tres de ellas: a) la obligación de Nueva Pescanova de prestar gratuitamente apoyo administrativo a Pescanova, durante cuatro años, con un coste estimado de 200.000 euros; b) la obligación de Nueva Pescanova de ceder gratuitamente a Pescanova un local para oficina de 60 m<sup>2</sup>, dentro de su domicilio social; y c) la retención por Pescanova de la suma de 1.900.000 euros, que en virtud del "proyecto común" tendría que traspasar a Nueva Pescanova, hasta el cumplimiento total del convenio.

La revisión que en casación puede hacerse de la valoración jurídica que supone considerar que estas tres medidas, aunque suponían una ventaja patrimonial para Pescanova en perjuicio de Nueva Pescanova, no constituían una imposición abusiva e injustificada, no equivale al enjuiciamiento propio de una tercera instancia, sino que se limita a constatar si esa valoración realizada por la Audiencia presupone una interpretación equivocada o errónea del art. 16.3 LSC. En este estrecho marco de revisión, aunque estas medidas no estuvieran especificadas en los convenios concursales, se muestran razonables en atención, de una parte, a su naturaleza y carácter temporal, y, de otra, a su justificación. Es lógico que traspasado todo el negocio, con sus activos, Pescanova, de forma temporal, precisara de un mínimo apoyo administrativo y de una pequeña oficina de 60 m<sup>2</sup>, y que este apoyo le fuera prestado por Nueva Pescanova, a quien se traspasaban el negocio y los activos. En cuanto a la retención de 1.900.000 euros (suma destinada a ser finalmente entregada), es una garantía que pretende asegurar el cumplimiento por Nueva Pescanova de sus obligaciones, y por la magnitud del pasivo concursal y los activos, no se aprecia desproporcionada».

#### **SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 4544/2017] DE 29 DE MAYO DE 2020 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]**

*Sociedades de capital: acción de responsabilidad frente al administrador de la sociedad basada en el incumplimiento del deber legal de promover la*

*disolución en caso de concurrencia de causa legal. Ante el ejercicio de esta acción de responsabilidad por deudas lo verdaderamente relevante es el nacimiento de nuevas obligaciones en un momento en el que la sociedad debería haber cesado en su actividad o cuando menos anunciado que se hallaba en liquidación. A estos efectos, la obligación de reparar los vicios y defectos de la construcción surge con su aparición, al ser entregados los inmuebles. Esta obligación, transformada en la indemnización del coste de la reparación, no nace ni con la sentencia que los declara ni con el contrato de permuta, del que surgía la obligación de entrega de los inmuebles construidos, sino al ser entregados y ser advertidos los vicios y defectos.*

«Promovelsa XXI S.L. (en adelante, Promovelsa) es una sociedad constituida el 10 de diciembre de 2004, cuyo objeto social era la promoción inmobiliaria. Al tiempo de su constitución, los administrados sociales eran: Erasmo, Eugenio, Claudio y Valle.

El 1 de junio de 2006, Heraclio concertó con Promovelsa una permuta, por la que el Sr. Heraclio le transmitía un solar, a cambio de que, una vez construido el inmueble plurifamiliar que iba a promover, la promotora le entregara unos departamentos de dicho inmueble.

Construido el inmueble y entregados estos departamentos, el 31 de julio de 2008, el Sr. Heraclio formuló una demanda contra Promovelsa por incumplimiento contractual, por la existencia de vicios o defectos en la construcción. La demanda se interpuso el 20 de marzo de 2009 y fue resuelta por sentencia firme de 2 de junio de 2011. La sentencia condenó a Promovelsa a indemnizar al Sr. Heraclio en 80.175 euros. Tras la ejecución instada contra la sociedad, que resultó infructuosa, la deuda social ha sido cifrada en el presente pleito en 104.043,71 euros. Promovelsa cerró el ejercicio económico de 2008 con un patrimonio neto contable negativo, de -65.802,38 euros.

Valle cesó del cargo de administradora el 12 de noviembre de 2009.

Erasmo, Eugenio y Claudio cesaron como administradores el 22 de noviembre de 2011.

Heraclio interpuso una demanda frente a Erasmo, Eugenio, Claudio y Valle, en su condición de administradores de Promovelsa. Reclamaba la condena de los demandados como responsables solidarios del pago de la deuda indemnizatoria que Promovelsa tenía con el Sr. Heraclio, reconocida por la sentencia de 2 de junio de 2011. El fundamento de esta responsabilidad solidaria radicaba en que los

administradores incumplieron la obligación de disolver la sociedad, estando esta incurrida en causa legal, y la deuda social era posterior a la aparición de la causa de disolución.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda: i) declaró que Promovelsa incurrió en causa de disolución al cierre del ejercicio económico 2008, sin que los administradores de la sociedad hubieran cumplido con el deber legal de promover su disolución, por lo que eran responsables de las deudas nacidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución; ii) entendió que la deuda social con el Sr. Heraclio databa de la fecha de la sentencia que apreció el incumplimiento contractual y condenó a la indemnización (2 de junio de 2011); iii) cifró el importe de la deuda social en 104.043,71 euros; iv) condenó a los administradores sociales Erasmo, Eugenio y Claudio, que lo eran cuando nació la deuda social, aunque hubieran cesado después; y v) absolvió a Valle porque había cesado antes del nacimiento de la deuda social.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los demandados Erasmo, Eugenio y Claudio, porque consideraban improcedente su condena, entre otras razones porque la deuda era anterior a la causa de disolución, ya que habría nacido con el contrato de permuta en el año 2006.

La sentencia también fue recurrida por el demandante, porque consideraba improcedente la condena al pago de las costas de la demandada absuelta.

La Audiencia estima el recurso de los demandados y desestima el del demandante. La sentencia de apelación entiende que la obligación de indemnizar tendría su origen en el contrato de permuta, que al ser de 2006 era muy anterior a la aparición de la causa de disolución, al término del ejercicio 2008. En consecuencia, esta deuda social no quedaba cubierta por la responsabilidad derivada del incumplimiento en este caso del deber de promover la disolución.

Frente a la sentencia de apelación, el Sr. Heraclio ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Formulación del motivo primero. El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC (vulneración en el proceso de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE), y denuncia "error en la valoración probatoria o arbitrariedad e infracción de una norma tasada de prueba ( art. 367 LSC)". La infracción, según el recurrente, consistiría en:

"fijar de manera errónea y arbitraria los hechos sobre los que se proyecta la valoración jurídica. En la demanda inicial se solicitaba que los administradores de Promovelsa XXI S.L. fueran declarados responsables de las obligaciones de esta, posteriores a la concurrencia de causa de disolución, según lo previsto en el artículo 367 de la LSC. La obligación que se invocaba era la de indemnizar daños y perjuicios en virtud de la sentencia de 2 de junio de 2011 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Lleida.

"Para fijar el momento de nacimiento de la obligación social de Promovelsa XXI S.A., la AP de Lleida ignoró la fecha de la sentencia indemnizatoria (1/6/2011) y se remontó a la fecha del contrato de permuta del que traída causa el pleito (año 2006) y cuyo cumplimiento defectuoso llevó a la obligación indemnizatoria".

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

Desestimación del motivo primero. Aunque la jurisprudencia de esta sala ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, sentencias 326/2012, de 30 de mayo; y 58/2015, de 23 de febrero), se refiere exclusivamente a la valoración realizada en orden a la determinación o fijación de los hechos y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los hechos considerados probados (sentencia 26/2017, de 18 de enero). Lo que se impugna en este motivo es una valoración jurídica: si a los efectos previstos en el art. 367 LSC, la obligación social nacía con el contrato de permuta, del que trae causa por incumplimiento contractual, o con la sentencia que declaró la obligación de indemnizar dicho incumplimiento y cifró su importe. Se trata de una valoración jurídica que no es susceptible de impugnación mediante un recurso extraordinario por infracción procesal y sí por medio de un recurso de casación, como de hecho también lo ha sido.

Formulación del motivo segundo. El motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), en relación con el art. 217 LEC y el art. 367 LSC. Y en el desarrollo del motivo se razona:

"ante la ausencia de prueba de la demandada, prueba suficiente y relevante dirigida a demostrar la fecha de la deuda (anterior o posterior a la causa de disolución), la AP de Lleida tenía que haber hecho recaer en los demandados las consecuencias. Al optar por la solución contraria y condenar a mi

representada, se ha vulnerado la norma reguladora de la sentencia".

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

Desestimación del motivo segundo. No se ha infringido el art. 217 LEC, porque la sentencia no hace uso de las reglas de la carga de la prueba para declarar acreditado un hecho. Como hemos afirmado en otras ocasiones, "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria" (sentencias 333/2012, de 18 de mayo, y 26/2017, de 18 de enero).

En nuestro caso, la controversia sobre si la deuda social reclamada frente a los administradores es anterior o posterior a la aparición de la causa de disolución es jurídica, pues gira en torno a cuándo puede entenderse nacida la obligación del demandante frente a la sociedad, si con el contrato de permuta o con la sentencia que estima la acción de indemnización por incumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho contrato y condena a la sociedad al pago de una compensación económica. Si la Audiencia opta por entender que nacía con el contrato de permuta y no con la sentencia no es por aplicación de las reglas de la carga de la prueba para la determinación de un hecho, sino como consecuencia de una interpretación jurídica.

TERCERO. Recurso de casación.

Formulación de los motivos. El recurso se articula en dos motivos, que en realidad es uno sólo, pues el segundo supone una variante en la justificación del interés casacional (por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias), pero se basa en la misma infracción, la del art. 367 LSC respecto de cuándo debía tenerse por nacida la obligación social.

En el desarrollo del motivo se razona que "la obligación de la sociedad Promovelsa XXI S.A. (reparación de los defectos o pago de su coste) nace en el momento en que los defectos constructivos se exteriorizan y permiten a los afectados reclamar el cumplimiento debido de sus contratos con la promotora". Tratándose de un incumplimiento contractual, el recurrente entiende que "ese momento se identifica con aquel en el que el mismo se manifiesta y, en su caso, se declara judicialmente y se tasa su valor económico".

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

Estimación del motivo primero. La cuestión planteada por el motivo se enmarca en el ejercicio de una acción de responsabilidad frente a quienes habían sido administradores de una sociedad (Promovelsa), basada en el incumplimiento del deber legal de promover su disolución, estando incurso en causa legal. Esta responsabilidad está regulada en el art. 367 LSC en el siguiente sentido:

"Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución".

En nuestro caso, en la instancia se ha declarado que la sociedad Promovelsa se hallaba incurso en causal legal de disolución al término del año 2008, sin que con posterioridad quienes entonces eran sus administradores hubieran instado su disolución. Conforme al art. 367 LSC, esos administradores devenían responsables solidarios de todas las deudas sociales surgidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución y mientras fueran administradores, pero no respecto de las deudas sociales surgidas después de su cese. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 731/2013, de 2 de diciembre.

En nuestro caso, la deuda social que se esgrime es un crédito que el demandante tiene frente a la sociedad, quien ha sido condenada a su pago por sentencia firme, habiendo sido infructuosa su ejecución. No hay controversia sobre su cuantía, al haberse fijado, en la audiencia previa del presente procedimiento, en 104.043,71 euros.

El crédito tiene su origen en el cumplimiento defectuoso del contrato de permuta que ligaba al demandante, Sr. Heraclio, con la sociedad (Promovelsa), por la existencia de vicios y defectos en la construcción de los inmuebles entregados, después de ser construidos, a cambio del solar que se había entregado en su día. Este cumplimiento defectuoso dio lugar al ejercicio de una acción judicial que permitió la condena de la sociedad al pago de una indemnización que al frustrarse su ejecución se plasmó en el crédito que ahora se reclama.

Lo esencial para determinar si la deuda social queda cubierta por la responsabilidad del administrador es,

pues, que hubiera nacido después de la causa de disolución.

Con carácter general, hemos distinguido entre nacimiento y vencimiento de la obligación, y hemos considerado que lo relevante es el nacimiento de la obligación. Lo verdaderamente relevante es el nacimiento de nuevas obligaciones en un momento en que la sociedad debería haber cesado en su actividad o cuando menos anunciado que se hallaba en liquidación, no el vencimiento de las originadas con anterioridad, en un momento en que no había causa de disolución y por lo tanto no debe reprocharse a los administradores la actividad de la que surgió la obligación, aunque estuviera sujeta a término.

Así en la sentencia 716/2018, de 19 de diciembre, entendimos que la deuda social reclamada era anterior y no posterior a la aparición de la causa de disolución, pues se correspondía con las retenciones de certificaciones de obra anteriores a la aparición de la causa de disolución; y el acuerdo por el que se resolvía el contrato de obra y se reconocían las retenciones pendientes de pago, que se haría una vez transcurrido el periodo de garantía, no generaba el crédito.

No obstante, en el caso de deudas sociales correspondientes a las rentas de un contrato de arrendamiento, que tiene la consideración de contrato de tracto sucesivo, en la sentencia 225/2019, de 10 de abril, concluimos lo siguiente:

"cada período de utilización o disfrute del bien arrendado genera una obligación de pago independiente y con autonomía suficiente para considerar que ese período marca el nacimiento de la obligación, al objeto de establecer si se puede hacer o no responsables solidarios de su cumplimiento a los administradores, en aplicación del art. 367 LSC".

Esto es, no cabe considerar que la obligación nazca en el momento de celebración del contrato originario, sino cada vez que se realiza una prestación en el marco de la relación de que se trate. Lo que significa, en el caso del arrendamiento, que las rentas devengadas con posterioridad a la concurrencia de la causa de disolución han de considerarse obligaciones posteriores y, por tanto, susceptibles de generar la responsabilidad solidaria de los administradores ex art. 367 LSC.

Otro precedente relevante, a tener en cuenta, es el contenido en la sentencia 151/2016, de 10 de marzo, en el que la deuda social era una obligación restitutoria derivada del ejercicio de una facultad resolutoria. Entendimos que la obligación de restituir la prima de la opción y el anticipo del precio no nacía

con el contrato, sino con el acaecimiento del hecho resolutorio y el ejercicio de la facultad resolutoria.

En el presente caso, la deuda social es una obligación de reparar vicios y defectos de la construcción, advertidos al tiempo de hacerse entrega de los departamentos, el 31 de julio de 2008. A los efectos de la responsabilidad prevista en el art. 367 LSC, podemos entender que la obligación de reparar estos vicios y defectos surgió con su aparición, al ser entregados los departamentos. Esta obligación, transformada en la indemnización del coste de esta reparación, no nace ni con la sentencia que los declara ni con el contrato de permuta, del que surgía la obligación de entrega de los departamentos construidos, sino al ser entregados los departamentos y ser advertidos los vicios y defectos, el 31 de julio de 2008.

En la medida en que la sentencia recurrida consideró que la obligación nacía con el contrato de permuta, contradice la interpretación que hemos hecho del art. 367 LSC, y por ello debe ser casada.

Al asumir la instancia, conforme a lo ya argumentado, partimos de que la obligación de la sociedad de reparar surgió el 31 de julio de 2008. En cuanto al momento de la aparición de la causa de disolución, ha quedado probado que el ejercicio económico 2008 se cerró con un patrimonio neto contable negativo, de -65.802,38 euros. En ese momento, la causa de disolución era muy clara, pero, obviamente, debía haber surgido antes, en el momento en que el patrimonio neto contable devino inferior a la mitad de la cifra del capital social. Algo que es seguro que ocurrió antes del 31 de diciembre de 2008. Ante la duda de si fue antes o después del 31 de julio de 2008, procede aplicar la presunción contenida en el apartado segundo del art. 367 LSC, según la cual:

"2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior". De este modo, con los reseñados antecedentes, procede presumir que la obligación social, que conocemos surgió el 31 de julio de 2008, fue posterior a la causa de disolución. Por lo que los administradores Erasmo, Eugenio y Claudio deben responder solidariamente del pago de esa deuda social. Lo que supone desestimar el recurso de apelación de estos administradores y confirmar la sentencia de primera instancia».

### SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 3796/2017] DE 1 DE JUNIO DE 2020 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

*Contrato de agencia: conceptos remuneratorios. Interpretación literal del contrato: cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa.*

«Las empresas Vodafone España S.A.U. (como comitente) y Acciterma S.L. (como agente) celebraron un contrato de agencia que concluyó el 31 de marzo de 2012 por expiración del plazo de duración pactado.

2.- En el contrato se incluía una cláusula denominada SVT (subvención variable de terminales).

3.- Acciterma demandó a Vodafone en reclamación de una indemnización por clientela, por extinción del contrato de agencia, que cifró en 1.719.485,98 €, y unas facturas pendientes de pago, por un importe de 24.515,62 €.

Vodafone se opuso a la demanda y formuló reconvencción, en reclamación de unas facturas pendientes de pago por un importe de 125.819,32 €.

4.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y totalmente la reconvencción, y tras proceder a la correspondiente compensación judicial, condenó a Vodafone al pago de 612.189,68 €.

5.- Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de Vodafone y estimó en parte el de Acciterma, por lo que elevó la condena dineraria a Vodafone a la suma de 723.139,33 €. En lo que interesa en este recurso, consideró que la cláusula SVT no suponía una remuneración del agente, sino más bien una subvención o descuento de la adquisición de terminales que se aplicaba al cliente y se reembolsaba por Vodafone, por lo que su importe no podía ser tenido en cuenta a efectos de cálculo de la indemnización por clientela. Asimismo, aplicó un 10% de aminoración pactado en el contrato.

6.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación ambas partes, si bien posteriormente Vodafone desistió del suyo, por lo que únicamente pende el de Acciterma.

SEGUNDO.- Recurso de casación de Acciterma. Motivos primero a cuarto. Interpretación del contrato en cuanto a la cláusula SVT. Resolución conjunta.

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 12, 19, 11.2 y 3.1 de la Ley de Contrato de Agencia (LCA).

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que, el concepto SVT debe considerarse como remuneratorio, porque la propia comitente lo incluía en sus facturas mensuales dentro de las comisiones.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 28.3, en relación con los arts. 18 y 3.1 LCA.

En su desarrollo, la parte recurrente afirma, resumidamente, que el concepto SVT suponía un ingreso para el agente y como tal debe ser tenido en cuenta para calcular la media de las remuneraciones percibidas.

3.- El tercer motivo denuncia la infracción de los arts. 28.3 y 3.1 LCA, en relación con los arts. 1281, 1286 y 1288 CC.

Al desarrollarlo, la parte recurrente mantiene, resumidamente, que la Audiencia Provincial yerra al centrarse exclusivamente en la denominación del concepto SVT como "subvención descuento", cuando realmente se trataba de una remuneración.

4.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 28.3 y 10.1 LCA, en relación con el art. 7.1 CC.

En el desarrollo del motivo, la recurrente arguye, resumidamente, que Vodafone va contra sus propios actos cuando niega la consideración de remuneración al concepto SVT, puesto que en sus propios documentos comerciales y en sus sistemas de gestión lo reconocía expresamente como tal.

5.- Como quiera que estos cuatro primeros motivos se refieren a una misma cuestión jurídica, la interpretación del contrato a efectos de calificar el concepto SVT como remuneración o no, se resolverán conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- Para seguir un orden lógico de argumentación, debemos examinar primero qué se entiende por remuneración en un contrato de agencia y después contrastar con dicho concepto la interpretación contractual cuestionada.

El art. 11 LCA, bajo la rúbrica "Sistemas de remuneración", establece, en lo que ahora importa:

"1. La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores [...].

"2. Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente".

2.- En el Anexo I del contrato celebrado entre las partes se recogían los siguientes conceptos remunerables, mediante un sistema de cantidades fijas: a) comisión por alta; b) comisión por plan de precios; c) comisión por alta en la tienda on line Vodafone; d) comisión por servicios móviles de datos; e) comisión por servicios fijos de datos; f) comisión por servicios de valor añadido (SVA); g) comisión de uso por facturación media.

En un denominado "Acuerdo Adicional" para clientes empresarios, se recogían, a su vez, los siguientes conceptos remuneratorios, también mediante el sistema de comisiones fijas: a) comisión por alta; b) comisión por plan de precios en servicios de cliente empresa; c) comisión por alta de portabilidad; d) comisión por activación de servicios de datos LPD; e) comisión por alta en el servicio suplementario o plan de precios de correo y navegación desde el móvil; f) comisión por servicio suplementario por portabilidad de fijo; g) comisión por servicio suplementario por alta en ADSL; h) comisión por servicio suplementario MOS.

Estos acuerdos adicionales se fueron renovando con similares contenidos.

3.- Es decir, el concepto SVT no se incluyó en el contrato como remuneratorio. Se trataba, como afirma la Audiencia Provincial, no de una remuneración, sino de una compensación de un anticipo efectuado por el agente en la adquisición de terminales.

Frente a esa literalidad contractual, que la Audiencia Provincial interpreta correctamente, no cabe oponer que Vodafone incluyera en la facturación el SVT, pues

basta con examinar las propias facturas para comprobar que se incluyen como conceptos diferentes, pues por un lado se abonan las comisiones (con el consiguiente devengo impositivo) y por otro, como un concepto aparte y diferenciado, el referido SVT. De hecho, en los documentos de abono se diferencia el concepto "Total Factura", que es el que recoge la liquidación de las comisiones, y el concepto "Total a Pagar", que supone la suma de la remuneración y del SVT como contenido económico diferente.

4.- Desde esta realidad documental, no cabe apreciar que la sentencia recurrida infrinja los preceptos indicados, ni la jurisprudencia de esta sala.

Como declara la sentencia 196/2015, de 17 de abril, respecto de la interpretación contractual han de tenerse presentes dos consideraciones previas:

La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

La segunda versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

5.- Respecto de este segundo aspecto, el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Para ello, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato.

Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son

claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

A sensu contrario, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282- 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

6.- En este caso, la interpretación que hace la Audiencia sobre la distinción entre remuneraciones y el concepto litigioso (SVT) como no remuneratorio es plenamente acorde con una interpretación literal del contrato. Por lo que no infringe ni las normas del Código Civil sobre interpretación contractual, ni las normas de la Ley de Contrato de Agencia sobre los derechos de remuneración del agente y su incidencia en el cálculo de las indemnizaciones que, en su caso, puedan resultar procedentes por la extinción del contrato.

Tampoco cabe considerar que Vodafone vaya contra sus propios actos, puesto que, como hemos visto, en los documentos de pago distinguía entre remuneraciones y subvención por anticipo.

7.- En consecuencia, al no haberse producido las infracciones legales denunciadas, los primeros cuatro motivos del recurso de casación deben ser desestimados.

TERCERO.- Quinto motivo de casación. Autofacturación. Planteamiento:

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción del art. 28.3 LCA, en relación con el art. 78 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la falta de inclusión de la SVT en la base imponible de la autofactura no implica que dicho concepto no sea una remuneración, sino que se trata de la aplicación de la normativa tributaria que impide la doble tributación, como se desprende de la Consulta Vinculante V0625/10 de la Dirección General de Tributos.

*Decisión de la Sala:*

1.- Este motivo incurre en una petición de principio, pues parte de que el concepto SVT era remuneratorio para intentar justificar por qué, pese a ello, no se incluía en la base imponible a efectos de impuestos.

De la Consulta Vinculante que se invoca se deduce precisamente lo contrario de lo pretendido, porque lo que se desprende es que el ingreso por SVT no era una remuneración, puesto que una parte del precio del terminal lo pagaba el adquirente y otra la compañía de telefonía móvil.

2.- Por lo que este motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

CUARTO.- Sexto motivo de casación. Imperatividad de la normativa sobre indemnización por clientela en el contrato de agencia. Estimación del motivo. Improcedencia de aplicar a la indemnización por clientela descuentos previstos en el contrato.

*Planteamiento:*

1.- El sexto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 28.1 y 28.3 LCA, en relación con el art. 3.1 LCA, en relación con los límites de la indemnización por clientela en el contrato de agencia.

2.- Al desarrollar el motivo, la recurrente argumenta, resumidamente, que, al practicar un descuento del 10% sobre la indemnización resultante, la sentencia vulnera el carácter imperativo de las normas sobre indemnización por clientela.

*Decisión de la Sala:*

1.- La sentencia 456/2013, de 27 de junio, con cita de la sentencia 582/2010, de 8 de octubre, estableció las siguientes consideraciones generales sobre el régimen de la indemnización por clientela en el contrato de agencia:

"1ª.- La finalidad de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, es, como resulta de su propio título, la "coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes", con especial atención, entre otras cuestiones, al "nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes", según declara su segundo Considerando.

"2ª.- Entre los derechos reconocidos por dicha Directiva al agente destacan los contemplados en su art. 17 para cuando el contrato termine (apdo. 1), siendo uno de ellos el de ser indemnizado con las condiciones y en los términos establecidos en su apdo. 2, regulador de la denominada indemnización o compensación por clientela.

"3ª.- La especial relevancia de este derecho a compensación por clientela como manifestación de ese "nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes" se confirma en el art. 19 de la Directiva mediante una norma cuya fórmula es inequívocamente prohibitiva: "Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial".

"4ª.- Aunque ningún artículo de la LCA española contenga esa misma fórmula prohibitiva o una similar, lo cierto es que su art. 3.1 sí establece el carácter imperativo de sus preceptos "a no ser que en ellos se disponga otra cosa".

"5ª.- Con base precisamente en tal carácter imperativo la jurisprudencia de esta Sala ha considerado nulos los pactos contractuales de renuncia previa a la indemnización o compensación por clientela (SSTS 27.1.03 y 7.4.03).

"6ª.- Cabe sostener, por tanto, que aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva, sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del "principio de interpretación conforme" (por todas STJUE 5.10.2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y SSTS 2.6.00 y 27.3.09) que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recorrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la prohibición de pactos anticipados contenida en el art. 19 de la Directiva.

[...]

"10ª.- Esta interpretación se refuerza si se considera que el artículo IV.D- 3 :312(4) de los trabajos conocidos como Draft Common Frame of Reference, orientados a

*un Derecho común europeo en materia de contratos, tras reproducir la Directiva 86/653/CEE propone el siguiente texto para regular la indemnización por clientela: "En cualquier caso, la indemnización no puede exceder de la remuneración de un año, calculada de acuerdo con el porcentaje anual del agente comercial en los cinco años precedentes, o bien, si la relación ha durado menos de cinco años, de acuerdo con el porcentaje del periodo en cuestión... Las partes no pueden, en perjuicio del agente comercial, excluir la aplicación de esta norma o derogarla o variar sus efectos".*

*2.- Como consecuencia de ello, es incorrecta una solución como la propugnada en la sentencia recurrida que limita o aminora la indemnización que corresponde al agente conforme a las previsiones legales, al infringir el art. 3.1 LCA. Por lo que debe estimarse este motivo de casación.*

*3.- La estimación del recurso de casación conlleva modificar la sentencia recurrida e incrementar la indemnización concedida a la demandante en la suma de 94.336,74 €».*