

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 737/2013 de 28 noviembre

[NOTA: para la valoración del contrato de agencia véase el fundamento jurídico decimoctavo]

**Jurisdicción:** Civil

Recurso de Casación 2231/2011

**Ponente:** Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación 2231/2011, interpuestos por D. Teodosio y D.<sup>a</sup> Flor, representados ante esta Sala por la Procuradora D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luz Albácar Medina, contra la Sentencia núm. 285/2011, de 29 de junio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 283/2010, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 639/2002, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Han sido partes recurridas las entidades "CENTRAL EDITORIAL 62, SL", "INICIATIVES CATALANA DEL LIBRE, S.L.", "SUOSJO, SL." y "HAPPY LLIBRES, S.L.", no encontrándose personadas ante esta Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

#### PRIMERO

- El Procurador D. Antonio María de Anzizu Furest, en nombre y representación de la entidad "CENTRAL EDITORIAL 62, S.L.", presentó en el Decanato de los Juzgados de Barcelona, con fecha 30 de julio de 2002, demanda de juicio ordinario contra D. Teodosio, D.<sup>a</sup> Flor y las entidades SUOSJO, S.L., "HAPPI LLIBRES, S.L.", "INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L.", que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 y fue registrada con el núm. PO 639/2002, cuyo suplico decía: «[...] se dicte sentencia por la que:

» 1. Se declare que existía un contrato de agencia entre la entidad EDICIONS 6ª, S.A. y la entidad SUOSJO, S.L. primero y HAPPI LLIBRES, S.L. posteriormente.

» 2. Se declare que como consecuencia de la existencia del referido contrato de agencia, SUOSJO, S.L. y HAPPI LLIBRES, S.L. adeudan a mi mandante la suma total de cuatrocientos treinta y nueve mil trescientos ochenta y seis con ochenta y cuatro (439.386,84) euros en concepto de gastos anticipados y no reembolsados por dichas compañías en su condición de agentes comerciales libres e independientes.

» 3. Se declare que Don. Teodosio debe responder personalmente de la deuda indicada en el apartado 2 en tanto que administrador único de SUOSJO, S.L. y HAPPI LLIBRES, S.L.

» 4. Se declare que existe una identidad entre la personalidad de SUOSJO, S.L., HAPPI LLIBRES, S.L. INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L. y Don. Teodosio con una finalidad

fraudulenta.

» 5. Se declare que Doña. Flor ha actuado de mala fe como testaferro de las sociedades constituidas por su marido coadyuvando a la imposibilidad de cobro por parte de mi mandante, por lo que debe reputarse igualmente personalmente responsable de dicha deuda.

» 6. Se declare que la entrega de dinero efectivo por parte Don. Teodosio a Doña. Flor para la adquisición de la finca registral nº NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Sant Cugat del Vallés constituye una donación nula por haberse realizado sin causa, o con causa ilícita.

» 7. Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que la donación indicada en el apartado precedente es válida por tener causa y ser lícita, se declare que ésta es rescindible por haber sido realizada en fraude de ley.

» 8. Subsidiariamente, para el caso de que no se atendieran las peticiones 6 y 7 anteriores, se declare la existencia de un negocio fiduciario entre Don. Teodosio y Doña. Flor , realizado en fraude de ley y en perjuicio de acreedores, por lo que respecta a la finca registral nº NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Sant Cugat del Vallés.

» 9. Se declare que, como consecuencia de la ineficacia del negocio jurídico indicado en los apartados 6, 7 y 8 precedentes, Don. Teodosio es el auténtico titular de la finca registral nº. NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad de Sant Cugat del Vallés.

» 10. Se declare que, como consecuencia de todo lo expuesto, los hoy demandados deben responder conjunta y solidariamente de la deuda reclamada en el presente procedimiento.

» 11. Se condene conjunta y solidariamente, a SUOSJO, S.L., HAPPI LLIBRES, S.L., INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L., Don Teodosio y Doña Flor :

a) a satisfacer a CENTRAL EDITORIAL 62, S.A. la suma de cuatrocientos treinta y nueve mil trescientos ochenta y seis con ochenta y cuatro (439.386,84) euros en concepto de gastos anticipados por EDICIONS 62, S.A. y no reembolsados.

b) a pagar a CENTRAL EDITORIAL S.A. los intereses devengados por las cantidades referidas en los anteriores extremos en concepto de indemnización por daños y perjuicios y las costas del presente procedimiento. »

## SEGUNDO

Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a las partes demandadas para su contestación.

La Procuradora D.<sup>a</sup> Cristina Cornet Salamero, asumiendo la representación de D.<sup>a</sup> Flor , D. Teodosio y de la entidad "INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L.", en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte Sentencia absolviendo a mis principales de la misma, por razones de forma o de fondo, con expresa imposición de costas a la parte demandante.»

Las entidades "SUOSJO, S.L." y "HAPPI LLIBRES, S.L." fueron declaradas en situación de rebeldía procesal.

## TERCERO

Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de Primera Instancia núm. 38 de

Barcelona dictó la Sentencia núm. 16/2010, de 28 de enero , cuya parte dispositiva decía: « Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la entidad CENTRAL EDITORIAL 62 SL debo declarar y declaro que existió un contrato de agencia entre la entidad actora CENTRAL EDITORIAL 62 SL y las entidades codemandadas SUOSJO SL y HAPPI LLIBRES SL, consecuencia del cual debo condenar y condeno al pago de 439.386,84 euros a las mencionadas entidades y al codemandado Don. Teodosio , declarando expresamente su solidaridad, más los intereses antedichos y con expresa imposición de costas a los demandados.

Desestimándose el resto de los pedimentos y consecuentemente, debo absolver y absuelvo a la entidad INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE SL y a doña Flor de los pedimentos hechos en su contra, sin imposición de las costas en cuanto a este último pronunciamiento a ninguna de las partes.»

### **Tramitación en segunda instancia**

#### **CUARTO**

El Procurador de la entidad "CENTRAL EDITORIAL 62, S.L." interpuso recurso de apelación contra la Sentencia núm. 16/2010, de 28 de enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona , y solicitó a la Audiencia Provincial: «[...] dicte otra en su lugar que aceda a la pretensión de condena de las demandadas Doña. Flor y la sociedad INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L., con imposición de costas.»

Asimismo, la representación procesal de D.<sup>a</sup> Flor , D. Teodosio y de la entidad "INICIATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L." presentó escrito de interposición de recurso de apelación contra la mencionada Sentencia, en el que suplicó a la Audiencia Provincial lo siguiente: «[...] revocar la Sentencia apelada, dictando Sentencia por la que se estimen íntegramente los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de contestación a la demanda, así como la imposición de costas y las de segunda instancia.»

#### **QUINTO**

De la interposición de sendos recursos de apelación se dio traslado a los procuradores de las partes contrarias personadas, quienes se opusieron.

#### **SEXTO**

La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. de rollo 283/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 285/2011, de 29 de junio , cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CENTRAL EDITORIAL 62, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona con fecha 28 de enero de 2010 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente, y desestimamos el recurso de apelación formulado contra dicha resolución por la representación procesal de Teodosio ; y en su consecuencia confirmamos la sentencia salvo lo que se refiere a la absolución de Flor , a quien condenamos a pagar a la actora (CENTRAL EDITORIAL 62, S.L.) la suma correspondiente a la mitad de las 56 primeras cuotas del préstamo hipotecario, devengadas desde el 21 de mayo de 1998, más los intereses legales, en los términos previstos en el fundamento jurídico 14º de esta Sentencia.

Condenamos a Teodosio al pago de las costas generadas por su recurso, y no hacemos expresa condena en costas respecto del recurso formulado por CENTRAL EDITORIAL, 62, S.L.»

### **Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de**

## **casación**

### **SÉPTIMO**

La Procuradora de D. Teodosio y de D.<sup>a</sup> Flor interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia núm. 285/2011, de 29 de junio, dictada en apelación por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona .

La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal se basó en los siguientes motivos:

» Primero.- Infracción de los artículos 10 , 216 , 217 , 218.1.II, 219, 399.5, 400 y 421.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 1.6 del Código Civil .

» Segundo.- Infracción del artículo 218 de la ley de Enjuiciamiento Civil , del artículo 24.1 de la Constitución española y del artículo 120.3 de la Constitución española .

» Vulneración de la tutela judicial efectiva con indefensión, a obtener una resolución fundada en derecho y la interpretación finalista de los presupuestos procesales.»

El recurso de casación se fundamentó con base en los motivos que a continuación se reproducen:

» Primero.- Infracción del art. 1.7 del Código Civil y del principio iura novit curia con relación al da mihi factum dabo tibi ius.

» Segundo.- Infracción de los artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil , con relación a los artículos 1.459 y 1.526 del Código Civil y 267 del Código de Comercio , y artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infringiéndose la doctrina de la autocontratación y la nulidad de los contratos por ausencia de causa. Falta de legitimación activa.

» Tercero.- Infracción de los artículos 1 , 2 , 3 y 18 de la Ley del Contrato de Agencia , por desconocimiento de la doctrina de la asunción de gastos del agente.

» Cuarto.- Infracción del artículo 105.5 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , del artículo 2.3 y Disposición Transitoria Tercera del Código Civil , del artículo 38.1.c) del Código de Comercio y del artículo 9.3 de la Constitución española .

» Quinto.- Infracción del artículo 643 del Código Civil .»

### **OCTAVO**

La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personados únicamente D. Teodosio , D.<sup>a</sup> Flor , a través de la Procuradora mencionada en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 15 de enero de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Teodosio y D.<sup>a</sup> Flor contra la Sentencia dictada, en fecha 29 de junio de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo nº 283/10 , dimanante del juicio ordinario 639/02, del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona.

»2º No habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la

votación y fallo de los recursos.»

NOVENO

Mediante providencia de 23 de septiembre de 2013 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se señaló el día 23 de octubre del mismo año para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

### Antecedentes del caso

Para hacer más comprensibles las cuestiones planteadas en el recurso es necesario explicar el desarrollo del proceso.

La entidad "CENTRAL EDITORIAL 62, S.L." (en lo sucesivo, CENTRAL EDITORIAL) interpuso una demanda en la que acumulaba varias acciones. En primer lugar pidió que se declarara que existía una relación de contrato de agencia entre ella y las codemandadas "SUSOSJO, S.L." (en lo sucesivo, SUSOSJO) y "HAPPI LLIBRES, S.L." (en lo sucesivo, HAPPI LLIBRES) y que estas dos codemandadas le adeudaban 493.386,84 euros en concepto de gastos anticipados y no reembolsados. Además ejercitó una acción de responsabilidad contra el administrador de ambas sociedades, D. Teodosio , para que fuera condenado al pago de esta deuda, por no haber promovido la disolución de ambas sociedades, pese a estar en causa de disolución. Asimismo pidió el levantamiento del velo de la compañía "INICATIVES CATALANA DEL LLIBRE, S.L." (en lo sucesivo, INICIATIVES), por ser la continuadora de la actividad desarrollada por las otras dos sociedades, SUSOSJO y HAPPI LLIBRES, para que respondiera también de aquella deuda.

Y, finalmente, acumulaba otra pluralidad de acciones en relación con la esposa de Teodosio , Flor . Primeramente, pedía que se declarara que había actuado de mala fe, como testaferro de las sociedades constituidas por su marido, coadyuvando a la imposibilidad del cobro del crédito de la actora, razón por la cual debía responder solidariamente de esta deuda. Pedía también que se declarara que la entrega de dinero efectivo por parte Don. Teodosio a Flor para la adquisición de la finca registral nº. NUM000 (Registro de la Propiedad de Sant Cugat) constituye una donación nula por haberse realizado sin causa, o con causa ilícita. Subsidiariamente, pedía que se declarara rescindible por haberse realizado en fraude de ley. Y, subsidiariamente, que se declarara la existencia de un negocio fiduciario entre Teodosio y Flor , realizado en fraude de ley y en perjuicio de acreedores, por lo que respecta a la finca registral nº. NUM000 . Como consecuencia de la ineficacia de la donación impugnada, pedía que se declarara que el Sr. Teodosio era el auténtico titular de la finca.

La última petición era la condena solidaria de todos los demandados a pagar a la actora la suma de 439.386,84 euros, más los intereses devengados, en concepto de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia, tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa, entró a resolver sobre la cuestión de fondo. i) Consideró que la naturaleza jurídica de la relación existente con las codemandadas SUSOSJO y HAPPI LLIBRES era de agencia, y estimó la reclamación de cantidad formulada contra estas últimas, a quienes condena al pago de 493.386,84 euros; ii) apreció que SUSOSJO y HAPPI LLIBRES estaban en causa legal de disolución y que su administrador D. Teodosio incumplió el deber de promover la disolución, por

lo que le condenó al pago de la deuda de estas sociedades, de conformidad con el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada ; iii) rechazó la petición de levantamiento del velo y las pretensiones ejercitadas contra la codemandada D<sup>a</sup> Flor por falta de prueba suficiente de los hechos afirmados en la demanda.

CENTRAL EDITORIAL 62 recurrió en apelación la absolución de la demandada D<sup>a</sup> Flor , al entender que una correcta valoración de la prueba practicada y la aplicación de las reglas de la carga de la prueba debían llevar a la conclusión de que esta demandada no ejercía actividad alguna ni disponía de patrimonio propio que le permitiese adquirir una vivienda, de forma que para tal adquisición empleó los fondos obtenidos de la actora, al aplicarlos al pago del préstamo solicitado para el pago de la vivienda. Y recurrió la absolución de INICIATIVES por entender que concurrían los presupuestos exigidos para apreciar el levantamiento del velo, en la medida en que es sucesora de la actividad desarrollada por SUSOSJO y HAPPI LLIBRES.

También interpuso recurso de apelación D. Teodosio . Alegó la falta de legitimación activa de CENTRAL EDITORIAL 62, pues compareció como cesionaria de un crédito de EDICIONS 62, y la cesión de créditos no era válida, por autocontratación y falta de causa.

Respecto de la existencia del crédito, argumentó que por la propia naturaleza del contrato de agencia, los gastos que se reclamaban debían ser soportados por la actora, ya que todas las promociones a las que fueron destinadas esas cantidades se realizaban por cuenta de la actora. Y que en todo caso, de aplicar la Ley del contrato de Agencia, la acción habría prescrito.

Finalmente, y por lo que respecta a la responsabilidad del Sr. Teodosio como administrador de las sociedades SUSOSJO y HAPPI LLIBRES, el recurso argumentó que no se había acreditado el cierre de hecho de ambas sociedades, y que el hecho de que en 1999 SUSOSJO tuviera fondos propios negativos no significaba que los tuviera cuando se interpuso la demanda, lo que le correspondía acreditar a la actora.

La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por D. Teodosio . Consideró infundada la excepción de falta de legitimación activa porque la exigencia de forma contenida en el art. 1280.6 del Código Civil constituye un requisito "ad probationem" y no "ad solemnitatem" y porque consideró que la pretensión del recurso de que se estimara la nulidad de la cesión por existencia de autocontratación constituía una "mutatio libelli". Confirmó asimismo la condena a reintegrar las cantidades entregadas a las sociedades demandadas para sufragar los gastos ocasionados por la actividad desarrollada por ellas, como agentes comerciales, al organizar determinados eventos porque el art. 18 de la Ley del Contrato de Agencia contiene una regla general de atribución al agente de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional. Y ratificó también la condena al Sr. Teodosio como administrador de las sociedades codemandadas con base en el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada .

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, respecto del cual desestimó la pretensión de "levantamiento del velo" en relación a INICIATIVES y estimó en parte la impugnación relativa a la acción ejercitada contra D<sup>a</sup> Flor , al estimar parcialmente la acción pauliana ejercitada subsidiariamente, y le condenó a pagar a la demandante la suma correspondiente a la mitad de las primeras cincuenta y seis cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda familiar registrada a su nombre, cuyo importe se fijaría en ejecución de sentencia.

Contra esta sentencia interponen recursos extraordinario por infracción procesal y de casación los demandados D. Teodosio y D<sup>a</sup> Flor.

## SEGUNDO

### **Consideraciones preliminares**

Tanto en el recurso extraordinario por infracción procesal como en el recurso de casación, por ser recursos extraordinarios, han de identificarse las concretas infracciones legales que se imputen a la sentencia recurrida, procesales y sustantivas, según el recurso de que se trate.

Los recurrentes no han respetado esta exigencia pues han formulado sus recursos como un nuevo, extenso y confuso escrito de alegaciones más propias de la primera o de la segunda instancia que de recursos extraordinarios como los que formulan. Con contadas excepciones, no someten a la consideración de esta Sala determinadas infracciones procesales encuadrables en el art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o infracciones de normas sustantivas susceptibles de ser revisadas en casación, sino que plantean de nuevo las cuestiones litigiosas en toda su amplitud fáctica y jurídica, sin apenas individualizar diferenciadamente concretas infracciones legales, procesales o sustantivas, que constituyan el objeto de los recursos, mezclando diversas infracciones de modo desordenado, incluso las que han de formularse por diversos cauces, planteando en el recurso extraordinario por infracción procesal cuestiones sustantivas y en el de casación cuestiones procesales, y impugnando la valoración de la prueba cuando lo realizado por la Audiencia son valoraciones jurídicas propias de la casación, o excediendo en mucho de la revisión de la actividad probatoria que es posible en el recurso extraordinario por infracción procesal, reducida a la existencia de error notorio o arbitrariedad manifiesta o infracciones perfectamente identificadas de reglas tasadas de valoración de prueba.

La jurisprudencia de esta Sala, en sentencias que por su abundancia y reiteración es innecesario precisar, ha declarado que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación no constituyen una tercera instancia que permita exigir la total revisión fáctica y jurídica de las cuestiones litigiosas, como si esta Sala fuera un tribunal de apelación. Por el contrario, es un grado de enjuiciamiento jurisdiccional "limitado y peculiar", que exige que la recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone por qué se ha infringido, para que este Tribunal cumpla la función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema. Ello obliga a los recurrentes a observar determinadas reglas exigidas por la configuración de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

No cabe fundamentar los diferentes motivos acumulando alegaciones de forma asistemática, para que el Tribunal acoja alguna o algunas y las subsuma en el precepto adecuado.

La estructura y contenido del escrito de interposición de los recursos no responde a una identificación y crítica de las infracciones legales, procesales y sustantivas, sino que se dispersa contemplando multitud de cuestiones de naturaleza preponderantemente fáctica que se plantearon en el litigio, en correspondencia con la complejidad y prolijidad fáctica de las relaciones jurídicas controvertidas, y que se pretenden plantear casi en su totalidad de nuevo ante esta Sala.

Estas deficiencias y la falta de fundamento de las infracciones legales denunciadas abocan a los recursos a su desestimación, como se verá.

### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

## TERCERO

### **Motivo primero, apartado (a), del recurso extraordinario por infracción procesal**

El recurso extraordinario por infracción procesal se formula formalmente estructurándolo en tres motivos, pero el primero de ellos se estructura a su vez en cuatro apartados que deben

examinarse de modo separado, pues cada uno de ellos tiene sustantividad propia.

El título del motivo es el siguiente: «Infracción de los artículos 10 , 216 , 217 , 218.1.II, 219, 399.5, 400 y 421.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el artículo 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 1.6 del Código Civil .»

El primer apartado, (a), se titula: «Infracción del art. 218.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con relación a los principios iura novit curia y da mihi factum dabo tibi ius».

El apartado se fundamenta en que «el objeto de las pretensiones de la demandada era la desestimación de la demanda, ya sea por motivos de fondo o de forma, se impugnó en la demanda el citado documento, se planteó como hecho fáctico controvertido la validez del citado contrato de cesión de créditos en el plenario y en las conclusiones, por lo que por el principio iura novit curia con relación al da mihi factum dabo tibi ius, el Tribunal ad quem infringió (y el juzgador a quo) el artículo 218.II de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que debieron entrar a conocer y decidir sobre la nulidad del contrato de cesión de créditos en virtud de la figura de la autocontratación, como así se desprendió, asimismo, de la testifical practicada».

Las alegaciones de la contestación a la demanda en las que se habría fundado la alegación de invalidez del contrato de cesión de créditos, según se afirma en el recurso, serían las de impugnación de todos los documentos de la demanda con base en lo dispuesto en los artículos 326 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la alegación de que la demanda tenía por objeto «castigar legalmente al mejor empleado que la actora ha tenido, por el simple hecho de marcharse, lícitamente, a la competencia; entre otras cosas por la turbulenta y poco clara actuación de la actora, según se ha demostrado en la presente litis».

CUARTO

**Valoración de la Sala. Inadmisibilidad de la "mutatio libelli" [modificación de la pretensión] bajo la cobertura del principio "iura novit curia" [el tribunal conoce el Derecho]**

El alcance que los recurrentes pretenden dar al principio "iura novit curia" [el tribunal conoce el Derecho] es tal que justificaría la incongruencia de las sentencias, pues permitiría que el tribunal modificara completamente el objeto de la controversia mantenida por las partes, tal como resulta delimitada en los escritos iniciales de alegaciones.

La excepción de falta de legitimación activa de CENTRAL EDITORIAL 62, tal como se formuló en la contestación a la demanda, se basó exclusivamente en que la cesión de créditos hecha a su favor por EDICIONS 62 no se había instrumentado en documento público como prevé el art. 1280.6 del Código Civil . No se realizaba ninguna otra alegación relativa a hechos que determinaran la nulidad de la cesión de crédito, ni se articulaba la excepción de nulidad de dicho negocio sobre otra base que no fuera la ausencia de documento público.

Pretender en apelación que la nulidad del contrato de cesión de créditos debió declararse en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por la existencia de autocontratación suponía, en consecuencia, un cambio radical en la impugnación de la validez del contrato de cesión de créditos. Los hechos determinantes de la nulidad por esa causa no habían sido oportunamente alegados, ni la excepción formulada tenía ese componente jurídico.

No puede justificarse la parte demandada alegando que impugnó todos los documentos de la demanda con base en lo dispuesto en los artículos 326 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , puesto que tal impugnación se refiere a la fuerza probatoria de los documentos, cuestión de naturaleza fáctica completamente distinta a excepcionar su nulidad, que es cuestión jurídica atinente a la validez del negocio jurídico. Y la alegación de que el codemandado Sr. Teodosio hubo de marcharse a la competencia «entre otras cosas por la turbulenta y poco clara actuación

de la actora» nada tiene que ver con excepcionar la nulidad de un contrato por autocontratación o por otra causa sustantiva.

El planteamiento por la parte demandada de la nulidad de un contrato que sirve de sustento a la demanda, cuando no se realiza mediante reconvencción, constituye una excepción que supone una auténtica pretensión impugnatoria, hasta el punto de que el demandante puede solicitar que se le permita contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción ( art. 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). El tribunal incurriría en incongruencia si declarara la nulidad del contrato de cesión de créditos por una autocontratación que no había sido alegada en el escrito de contestación a la demanda (que junto al escrito de demanda configura en lo esencial el debate procesal) y que la parte demandante no había podido contradecir mediante alegaciones formuladas del modo previsto en el art. 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y articulando la prueba adecuada para desvirtuarla.

Es irrelevante que, según se alega por los recurrentes, de las pruebas practicadas resultara la existencia de tal autocontratación. La actividad probatoria tiene como objeto la acreditación de las cuestiones de naturaleza fáctica alegadas por las partes en sus escritos iniciales de alegaciones (o, con el limitado alcance que es posible, en la audiencia previa) en tanto no sean admitidas por la parte contraria. Pero no puede servir para introducir en el proceso hechos que no fueron oportunamente alegados ni para sustentar excepciones que no fueron formuladas en la contestación a la demanda.

También es irrelevante que el abogado de los recurrentes hiciera mención a la existencia de autocontratación en el trámite de conclusiones, pues no pueden ser eficaces aquellas alegaciones realizadas en ese momento procesal que se aparten de la "*causa petendi*" [causa de pedir] de las respectivas pretensiones.

## QUINTO

### **Motivo primero, apartado (b), del recurso extraordinario por infracción procesal**

El apartado (b) del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente título: «Infracción de los artículos 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con relación al artículo 240.1 de la Ley Orgánica del poder Judicial , por incongruencia extra petita, y los artículos 219 , 399.5 y 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con relación a la doctrina de la prohibición de la mutatio libelli dispuesto en el artículo 412.1 d la Ley de Enjuiciamiento Civil ».

La incongruencia consistiría en que la sentencia establece una reserva de liquidación no solicitada en la demanda.

Se habría infringido el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues la reserva de liquidación, además de no haber sido solicitada por el demandante en su demanda, no era la única pretensión formulada, y no es posible liquidar en ejecución de sentencia pues el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la necesidad de liquidar en un proceso declarativo y prohíbe que la liquidación se realice en la fase de ejecución.

## SEXTO

### **Valoración de la Sala. Procedencia de la reserva de liquidación aun no pedida expresamente en la demanda**

La sentencia que acuerda una reserva de liquidación no es incongruente por el hecho de que en la demanda no se haya solicitado tal reserva de liquidación sino la condena al pago de una cantidad líquida. Las exigencias derivadas de la congruencia son, en tal caso, que la cantidad

que resulte de dicha liquidación no supere el importe reclamado en la demanda, y que la condena al pago de la cantidad cuya liquidación se reserva a ejecución de sentencia responda sustancialmente al concepto por el que se reclamó.

Ya la antigua jurisprudencia, bajo la vigencia del art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , había declarado que «[...] entra dentro de la congruencia así entendida tanto la determinación del total importe como el deferir la exacta cuantificación para ejecución de sentencia sobre las bases que la resolución establece[...]» ( sentencia de 3 de febrero de 1990 ). El cambio que supone el art. 219 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del art. 360 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil no supone obstáculo a la aplicación de este criterio jurisprudencial al supuesto objeto de este recurso, en que la reserva de liquidación supone tan solo una estimación parcial de la pretensión.

Tampoco se han incumplido los requisitos previstos en el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No es cierto que este precepto exija que la reserva de liquidación se pida expresamente en la demanda, ni que prohíba en todo caso la reserva de liquidación a ejecución de sentencia porque tal liquidación haya de tener lugar en todo caso en un proceso declarativo posterior. El último inciso del apartado segundo del art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la posibilidad de reservar a ejecución de sentencia la liquidación de la condena.

Sobre este particular, la sentencia núm. 993/2011, de 16 de enero de 2012 , ha establecido una doctrina general sobre el régimen de las sentencias con reserva de liquidación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al declarar:

«Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7 , 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. [...]. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales - contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés. Se puede discutir si es preferible remitir la cuestión a un proceso anterior ( SS. 10 de febrero de 2009 , 49 ; 2 de marzo de 2009 , 95 ; 9 de diciembre de 2010 , 777 ; 23 de diciembre de 2010 , 879 ; 11 de octubre de 2011 , 663); o excepcionalmente permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución ( SS. 15 de julio de 2009 ; 16 de noviembre de 2009 , 752 ; 17 de junio de 2010 , 370 ; 20 de octubre de 2010 , 606 ; 21 de octubre de 2010 , 608 ; 3 de noviembre de 2010 , 661 ; 26 de noviembre de 2010 , 739), pero lo que en modo alguno parece aceptable es el mero rechazo de la indemnización por falta de instrumento procesal idóneo para la cuantificación. Los dos criterios han sido utilizados en Sentencias de esta Sala según los distintos supuestos examinados, lo que revela la dificultad de optar por un criterio unitario sin contemplar las circunstancias singulares de cada caso. El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-. Como criterio orientador para dirimir una u otra remisión parece razonable atender, aparte la imprescindibilidad, a la mayor o menor complejidad, y en este sentido ya se manifestaron las Sentencias de 18 de mayo de 2009, 306 y 11 de octubre de 2011, 663, aludiendo a la facilidad de determinación del importe exacto las Sentencias de 17 de junio de 2010, 370 y 26 de junio de 2010, 739. En el caso, la

sentencia recurrida opta por el segundo criterio, y lo cierto es que su aplicación (y singularmente del art. 715 LEC ) no supone ninguna indefensión».

En el caso de autos, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó parcialmente la pretensión formulada contra D<sup>a</sup> Flor , al estimar en parte la acción pauliana ejercitada subsidiariamente, y le condenó a pagar a la demandante la suma correspondiente a la mitad de las primeras cincuenta y seis cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda familiar registrada a su nombre, cuyo importe se fijaría en ejecución de sentencia.

Se trata de una reserva de liquidación adecuada a la previsión del art. 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que es imprescindible acordarla si no quiere privarse a la parte actora de una cantidad a la que tiene derecho, y el importe líquido puede fijarse en ejecución de sentencia con una simple operación aritmética, una multiplicación o una suma (según que los pagos de las cuotas del préstamo hayan sido o no constantes), con base en una documentación simple e indubitada como es la relativa al pago de las cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de una determinada vivienda.

En cuanto a la alegación de que no puede acordarse la reserva de liquidación porque no era la única pretensión formulada (de hecho, como se ha visto, en la demanda no se formulaba pretensión alguna de reserva de liquidación), se trata de un requisito que el apartado tercero del art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa para los supuestos en que se solicita que se reserve la liquidación a otro proceso declarativo, lo que no es el caso, y además ha sido muy matizada por esta Sala, que la ha despojado de rigorismos formales (sentencia núm. 809/2012, de 14 de enero ).

En consecuencia, ni se ha incurrido en incongruencia, ni se ha infringido el art. 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### SÉPTIMO

##### **Motivo primero, apartado (c), del recurso extraordinario por infracción procesal**

El apartado (c) del primer motivo de infracción procesal se titula del siguiente modo: «Infracción de los artículos 217 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con relación al principio de adquisición procesal».

En él se denuncian cuestiones de índole muy diversa, como son las relativas a (i) la infracción de normas de valoración de la prueba al no considerar que el contrato de cesión de créditos contenido en el documento núm. 32 de la demanda es un autocontrato; (ii) incurrir en error por no existir cláusula alguna que obligue a las sociedades demandadas a devolver las cantidades que se les entregó por la actora; (iii) la sentencia supone una ruptura evidente y notoria de la equivalencia de las prestaciones y de la más elemental equidad, (iv) no se justifica ni siquiera con base en el art. 1888 del Código Civil , vulnera el principio de actos propios y el de que nadie puede enriquecerse injustamente; (v) infringe el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al valorar erróneamente la prueba pericial pues lo procedente sería condenar en todo caso al pago de la mitad de 33 cuotas del préstamo hipotecario, no de 56; (vi), incurre en patente, evidente y notorio error en la apreciación de la prueba en cuanto a la carencia de bienes por el Sr. Teodosio , por lo que ante la insuficiencia probatoria y en virtud de la regla de la carga de la prueba se debió "achacar" a la actora la ausencia de dicha prueba so pena de incurrir, como ha incurrido, en una valoración de la prueba notoria y patentemente errónea.

#### OCTAVO

##### **Valoración de la Sala. Formulación defectuosa e inconsistencia de las impugnaciones**

La formulación defectuosa del apartado, mezclando alegaciones relativas a cuestiones sustantivas, impropias del recurso extraordinario por infracción procesal, y procesales, algunas encuadrables en el apartado segundo del art. 469.1 (carga de la prueba) y otras en el apartado cuarto (error en la apreciación de la prueba), no es más que la manifestación externa de la inconsistencia sustancial de las infracciones denunciadas, que nada tienen que ver con el principio de adquisición procesal que se enuncia en el título del apartado, y del enfoque erróneo de los recurrentes, que en vez de denunciar infracciones legales determinadas pretenden plantear de nuevo todos los aspectos fácticos y jurídicos del litigio.

Las únicas infracciones que pueden abordarse en este recurso extraordinario son las de naturaleza procesal. La cuestión relativa a si el contrato de cesión de créditos contenido en el documento núm. 32 de la demanda es un autocontrato no es propia de la valoración de la prueba, sino que es una cuestión sustantiva, ajena al recurso extraordinario por infracción procesal. Otro tanto ocurre con las alegaciones que se refieren a que no existía cláusula alguna que obligue a las sociedades demandadas a devolver las cantidades que se les entregó por la actora, la ruptura de la equivalencia de las prestaciones y de la equidad, la invocación al art. 1888 del Código Civil, y a los principios de respeto a los actos propios y de que nadie puede enriquecerse injustamente.

La denuncia de error en la valoración de la prueba pericial no se ajusta a las exigencias establecidas por la jurisprudencia (error notorio y patente o arbitrariedad en la valoración de un determinado medio probatorio o infracción de una norma legal reguladora de prueba tasada) sino que pretende una revisión de la valoración probatoria conjunta de tal medio probatorio hecha por la Audiencia para sustituirla por la que se considera más apropiada.

Si se denuncia error en la valoración de la prueba porque la Audiencia Provincial ha considerado probados determinados extremos (la ausencia de bienes en el patrimonio del Sr. Teodosio, con base en las diligencias de averiguación de bienes de resultado infructuoso), no puede denunciarse simultáneamente la infracción de las reglas de la carga de la prueba, porque lo uno excluye lo otro: las reglas de la carga de la prueba entran en juego (y por tanto pueden infringirse) cuando el tribunal considera que unos hechos relevantes no están suficientemente probados y deciden a quién ha de perjudicar la falta o insuficiencia de la prueba.

NOVENO

#### **Motivo primero, apartado (d), del recurso extraordinario por infracción procesal**

El último apartado del motivo primero se titula del siguiente modo: «Infracción del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El apartado se basa en que (i) la falta de legitimación activa de la actora deriva de la nulidad de la cesión de créditos por autocontratación; (ii) es absurdo el argumento de que la falta de legitimación no ocasiona un perjuicio a las demandadas; (iii) el contrato de cesión de créditos «constituye sin duda un ejercicio abusivo de las sociedades en detrimento de la demandada»; (iv) el acto realizado por el Sr. Hilario no se encuentra comprendido dentro de las facultades de administración pues no constituye el objeto social de EDICIONS 62; (v) el contrato es nulo por ausencia de causa.

DÉCIMO

#### **Valoración de la Sala. Inconsistencia del motivo**

Este apartado del motivo ha de desestimarse. En él se vuelven sobre cuestiones ya tratadas como la relativa a la autocontratación, y asimismo se intentan introducir cuestiones nuevas y de

naturaleza sustantiva, como la de la nulidad por falta de causa.

En todo caso, basándose la alegación de infracción del art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nulidad de la cesión de créditos por autocontratación, la denuncia de infracción no puede ser estimada porque constituye una "mutatio libelli" [cambio de pretensión], como ya se justificó en anteriores fundamentos.

La denuncia relativa a la argumentación relativa a la ausencia de perjuicio para las demandadas, al tratarse de un argumento de refuerzo y no la "ratio decidendi" [razón de la decisión] de la desestimación de la excepción, carece de entidad para estimar el recurso, pues su hipotética eliminación no alteraría el camino lógico que conduce a la conclusión obtenida en el fallo ( sentencias 327/2010, de 22 de junio , y núm. 737/2012, de 10 de diciembre ).

UNDÉCIMO

### **Motivos segundo y tercero de infracción procesal**

El motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente título: «Infracción del artículo 218 de la ley de Enjuiciamiento Civil , del artículo 24.1 de la Constitución española y del artículo 120.3 de la Constitución española .»

El motivo tercero se encabeza así: «Vulneración de la tutela judicial efectiva con indefensión, a obtener una resolución fundada en derecho y la interpretación finalista de los presupuestos procesales.»

DUODÉCIMO

### **Valoración de la Sala. Inconsistencia de los motivos**

En ambos motivos se incurre de nuevo en el defecto de argumentación por acarreo, sin identificar adecuadamente los defectos procesales que se denuncian ni el cauce a través del cual se hace.

Se plantea otra vez a la cuestión de la autocontratación como causa de nulidad de la cesión del crédito, la carga de la prueba, el principio "iura novit curia", ya tratadas y desestimadas, y se pretende corregir el enjuiciamiento de cuestiones sustantivas, propias del recurso de casación, a través de la denuncia infundada de arbitrariedad, irrazonabilidad y error notorio.

Los motivos, por tanto, han de ser desestimados.

### **Recurso de casación**

DECIMOTERCERO

#### **Primer motivo de casación**

El primer motivo de casación se encabeza con el siguiente enunciado: «Infracción del art. 1.7 del Código Civil y del principio iura novit curia en relación al da mihi factum dabo tibi ius».

En el motivo, los recurrentes se remiten a la argumentación del apartado (a) del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, reiterando algunas de las alegaciones allí formuladas.

DECIMOCUARTO

#### **Valoración de la Sala. Desestimación del motivo**

El recurso ha de ser desestimado por las mismas razones que se desestimó el apartado (a) del recurso extraordinario por infracción procesal, a cuyos argumentos se remiten los recurrentes.

Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación no son intercambiables. Las cuestiones que pueden plantearse a través de uno de ellos no pueden plantearse a través del otro. En este caso, los recurrentes han planteado indebidamente cuestiones de naturaleza orgánica y procesal [prohibición de "non liquet" y principio "iura novit curia"] en un recurso, el de casación, en el que solo pueden plantearse cuestiones de naturaleza sustantiva.

DECIMOQUINTO

#### **Motivo segundo de casación**

El segundo motivo del recurso de casación de encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de los artículos 1.261 y 1.275 del Código Civil , con relación a los artículos 1.459 y 1.526 del Código Civil y 267 del Código de Comercio , y artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infringiéndose la doctrina de la autocontratación y la nulidad de los contratos por ausencia de causa. Falta de legitimación activa.»

En la argumentación del motivo los recurrentes vuelven a plantear las cuestiones relativas a la autocontratación que alegaron en el motivo extraordinario por infracción procesal.

DECIMOSEXTO

#### **Valoración de la Sala. Desestimación del motivo**

Ya se razonó al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal que la cuestión de la nulidad de la cesión de créditos por razones sustantivas (autocontratación y ausencia de causa) no fue planteada adecuadamente en la primera instancia sino que pretendió introducirse, "ex novo", en la apelación, pues en la contestación a la demanda los demandados se limitaron a impugnar a efectos probatorios todos los documentos de la demanda, incluyendo el que documentaba la cesión de créditos, y a plantear la nulidad de este negocio por no estar recogido en un documento público.

Por tal razón, tratándose de una cuestión nueva, la Audiencia Provincial actuó correctamente al no entrar a resolverla. Por tanto, no se ha infringido precepto legal alguno relativo a la autocontratación o a la causa de los contratos.

DECIMOSÉPTIMO

#### **Motivo tercero del recurso de casación**

El tercer motivo de casación se titula del siguiente modo: «Infracción de los artículos 1 , 2 , 3 y 18 de la Ley del Contrato de Agencia , por desconocimiento de la doctrina de la asunción de gastos del agente».

Como fundamentación del motivo se alega que (i) se vulnera el art. 1 de la Ley del Contrato de Agencia porque este precepto establece entre los elementos esenciales del contrato de agencia la remuneración; (ii) se vulnera el art. 2 de la Ley del Contrato de Agencia porque se anula la independencia del agente; (iii) se vulnera el art. 3 de la Ley del Contrato de Agencia porque el contrato de agencia viene calificado por la doctrina como contrato de gestión de intereses ajenos y eso es precisamente lo que han hecho las mercantiles demandadas; y (iv) se vulnera el art. 18 de la Ley del Contrato de Agencia porque ese precepto va dirigido al agente, no al promotor, y no afirma que si los gastos son abonados por el promotor, para su promoción y por su cuenta, deban ser reembolsados por el agente.

## DECIMOCTAVO

### **Valoración de la Sala. Contrato de agencia. Regla general de la no repercutibilidad por el agente de los gastos de promoción propios de la labor del agente**

Para resolver este motivo de casación ha de partirse de la base fáctica fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial. Esta afirma que las sociedades demandadas, de las que el Sr. Teodosio era administrador, recibieron aportaciones dinerarias de EDICIONS 62 y CENTRAL EDITORIAL 62 por el importe objeto de reclamación en la demanda, para sufragar los gastos ocasionados por la actividad desarrollada por dichas entidades, como agentes comerciales, al organizar determinados eventos. Y que no existía pacto contractual alguno relativo al pago de los gastos ocasionados por la actividad de agencia.

Los tres primeros argumentos del motivo son inconsistentes. Nada tiene que ver que se condene al agente a rembolsar a su principal las cantidades que le adelantó para sufragar los gastos de la actividad del agente con los preceptos invocados, que definen el contrato de agencia y prevén su carácter remunerado (art. 1), establecen el criterio de independencia del agente como definidor del contrato de agencia y diferenciador de otros afines (art. 2) y establecen el ámbito de aplicación de la ley y el carácter imperativo de sus normas (art. 3). Se cumple en este caso la regla general de que los preceptos de carácter genérico o definitorio son inadecuados para fundar un motivo de casación ( sentencia de esta Sala núm. 1040/2007, de 4 de octubre ).

En lo que se refiere a la infracción del art. 18 de la Ley del Contrato de Agencia , la tesis de la Audiencia Provincial es acertada. No es correcto afirmar, como hacen los recurrentes, que se trata de una norma "dirigida" al agente y no a su principal. Es una norma que regula las relaciones entre ambos en lo relativo a la repercutibilidad de los gastos de promoción propios de la labor del agente, y establece que, a falta de una previsión contractual que establezca lo contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional ni, por tanto, el principal tendrá obligación de abonárselos.

La Audiencia Provincial afirma correctamente que este precepto contiene una regla general de atribución de estos gastos al agente: si el agente no tiene derecho a ser reembolsado de ellos y el principal no tiene obligación de abonarlos es porque corren por cuenta del agente, salvo pacto en contrario. Por tanto, si el principal se los ha adelantado, y no existe pacto sobre tal particular, el agente tiene la obligación de rembolsar las cantidades adelantadas por el principal.

Es justamente el carácter de empresario independiente del agente, recogido en el art. 2 de la Ley del Contrato de Agencia , el que justifica esa regla general, aplicable salvo pacto en otro sentido. Por tanto, la sentencia recurrida no solo no infringe el art. 2 de la Ley del Contrato de Agencia que se citaba como infringido, sino que respeta y aplica las consecuencias del principio sentado en tal precepto.

La solución alcanzada por la sentencia recurrida es, por tanto, correcta y supone una aplicación adecuada del art. 18 de la Ley del Contrato de Agencia, que por tanto no es infringido.

## DECIMONOVENO

### **Cuarto motivo del recurso de casación**

El cuarto motivo de casación se titula del siguiente modo: «Infracción del artículo 105.5 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada , del artículo 2.3 y Disposición Transitoria Tercera del Código Civil , del artículo 38.1.c) del Código de Comercio y del artículo 9.3

de la Constitución española.»

El motivo se funda en que (i) el art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada es una norma sancionadora; (ii) la reforma operada por la Ley 19/2005 establece un régimen menos riguroso, por lo que ha de ser aplicada retroactivamente conforme a la disposición transitoria tercera del Código Civil y el art. 9.3 de la Constitución y (iii) dado que la deuda de las sociedades demandadas se originó antes de la concurrencia de la conducta del administrador generadora de su responsabilidad, la aplicación retroactiva de la citada ley le exonera de responsabilidad.

VIGÉSIMO

### **Valoración de la Sala. Irretroactividad de la Ley 19/2005**

La cuestión planteada en este motivo ha sido ya abordada por la Sala y resuelta en sentido contrario al pretendido por los recurrentes.

La sentencia de esta Sala núm. 414/2013, de 21 de junio , resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, refiriéndola al art. 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas , equivalente a estos efectos al art. 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada . Declara esta sentencia:

«La regla de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables -que la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 30 de marzo , declaró contenida, "a sensu contrario", en el artículo 9, apartado 3 , de la Constitución Española , expresamente referido al supuesto de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables-, no es aplicable a la norma del artículo 262, apartado 5, del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas , tal como fue reformada por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre , por razón de que no es sancionadora, empleada la expresión en un sentido propio - que es el que utiliza el recurrente -.

»Expresó el Tribunal Constitucional, en la sentencia 164/1995, de 13 de noviembre -con reiteración de doctrina anterior- la improcedencia de extender el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de ese tipo de normas a medidas que no responden, verdaderamente, al ejercicio del "ius puniendi" del Estado y que una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria de determinados comportamientos y otra distinta que toda medida con tal finalidad disuasoria constituya una sanción.

»En nuestra sentencia 953/2007, de 26 de septiembre , destacamos -en relación con el artículo 105, apartado 5 , de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada - que el término sanción sólo puede admitirse, respecto de esa norma, en un sentido impropio, por más que la medida que impone sea aflictiva para el administrador social, dado que no persigue, más que remotamente, la protección de un interés general, al dirigirse a amparar los intereses de los acreedores sociales, los cuales ven con ella ampliada la esfera de sus facultades de satisfacción mediante el incremento del número de sus deudores, solidarios, ante el peligro que representa para sus créditos el que la sociedad, sometida a la regla de limitación de responsabilidad característica de las de su tipo, subsista sin disolverse y liquidarse, siendo ello lo procedente.

»En la sentencia 458/2010, de 30 de junio , destacamos, en el mismo sentido, que las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas , determinantes de que con frecuencia se halla calificado como fuente de responsabilidad abstracta o formal, no alteran su naturaleza para transformarla en una sanción,

como lo prueba el hecho de que no sólo determine un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores, así como el que la norma no impida al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad, con éxito, en el caso de que la misma, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.

»Ciertamente este Tribunal se ha referido, en ocasiones, a la responsabilidad regulada en el artículo 262 como sanción, pero el término no ha sido utilizado en el sentido que le quiere dar el recurrente».

El motivo del recurso ha de ser desestimado por aplicación de la jurisprudencia sintetizada en la sentencia transcrita.

## VIGESIMOPRIMERO

### **Motivo quinto del recurso de casación**

El último motivo del recurso de casación se titula: «Infracción del art. 643 del Código Civil ».

La fundamentación del motivo consiste en que (i) siendo la acción del art. 643 del Código Civil de carácter subsidiario, el ejercicio de una pluralidad de acciones por la parte actora se opone a la referida subsidiariedad; y (ii) no ha quedado acreditado que el Sr. Teodosio no posea bienes con los que resarcir a la demandante.

## VIGESIMOSEGUNDO

### **Valoración de la Sala. El alcance del requisito de la "subsidiariedad" de la acción pauliana**

La argumentación del motivo del recurso incurre en una concepción simplista del requisito de la subsidiariedad que se ha atribuido tradicionalmente a la acción pauliana o rescisoria por fraude de acreedores. Que la acción rescisoria se ejercite acumuladamente con otras no significa que falte el requisito de la subsidiariedad, puesto que en la demanda origen de este proceso, el ejercicio de la acción basada en el art. 643 del Código Civil sirve de cierre y permite la efectividad práctica del resto de las ejercitadas, puesto que las acciones acumuladas que han sido estimadas suponen la condena de entidades (las sociedades codemandadas) y personas (el Sr. Teodosio ) que se encuentran en estado de insolvencia.

Si el Sr. Teodosio ha resultado condenado como administrador de dos sociedades insolventes, y a su vez él mismo es insolvente puesto que no se ha encontrado bien alguno a su nombre, el ejercicio de la acción rescisoria por las cantidades donadas a su esposa, sin haberse reservado bienes bastantes para pagar deudas anteriores a la donación, respeta el requisito de la subsidiariedad.

Además, la jurisprudencia más reciente ha flexibilizado este requisito, tanto en el plano de su referencia a la carencia de cualquier otro recurso legal para obtener el cobro del derecho de crédito, como en el campo referido a la acreditación del perjuicio y su respectiva prueba. La doctrina jurisprudencial, sistematizada en la sentencia núm. 510/2012, de 7 de septiembre , puede sintetizarse del siguiente modo:

- La nota de subsidiariedad no responde a una previa y rígida ordenación de los diferentes medios o acciones que, en abstracto, el acreedor deba interponer antes del ejercicio de la acción rescisoria sino, más bien, a que el acreedor deba acreditar su situación de indefensión o de riesgo patrimonial en la que se encuentra al tiempo de producirse el acto rescindible o fraudulento, de forma que se estime, en dicho momento, la falta de utilidad de otros posibles remedios preventivos o ejecutivos en orden a la defensa de su derecho de crédito. De ahí, entre

otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento.

- No resulta necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo para el ejercicio de la acción, bastando la propia existencia y legitimidad del derecho de crédito

- La prueba o realidad de la insolvencia no ha de producirse de una forma absoluta, sino que es suficiente con la acreditación de la existencia de una notable disminución patrimonial que impida o haga sumamente difícil la percepción o cobro del crédito. Resulta innecesaria la demostración de la carencia absoluta de bienes del deudor, siendo suficiente con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los bienes que le sean debidamente conocidos según las circunstancias del caso.

La sentencia recurrida respeta las exigencias que respecto del requisito de la subsidiariedad de la acción establece esta jurisprudencia, puesto que consta la existencia del crédito, la situación de riesgo patrimonial en la que se encontraba el acreedor al tiempo de producirse el acto rescindible y la insolvencia del deudor donante pues las diligencias de averiguación de bienes han resultado infructuosas.

En lo que respecta a la alegación de que no ha resultado probado que el Sr. Teodosio no posea bienes con que resarcir a la demandante, la afirmación contradice la base fáctica de la que parte la sentencia de la Audiencia, que se ha mantenido al haberse desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que incurre en el defecto de petición de principio que impide que sea tomada en consideración.

Por todo lo expuesto, el recurso de casación ha de ser desestimado.

VIGESIMOTERCERO

#### **.-Costas**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes. También procede acordar la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9 , de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

1 Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Teodosio y D.ª Flor , contra la Sentencia núm. 285/2011, de 29 de junio, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 283/2010 .

2 Imponer a los expresados recurrentes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Antonio Salas Carceller**,

**Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D.**Rafael Saraza Jimena** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.