



Roj: **STS 4673/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4673**

Id Cendoj: **28079119912013100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **19/09/2013**

Nº de Recurso: **2008/2011**

Nº de Resolución: **532/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 532/2013

Fecha Sentencia : 19/09/2013

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº : 2008/2011

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 16/07/2013

Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por : MRP

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. Eficacia prejudicial de las resoluciones firmes dictadas en otros órdenes jurisdiccionales.

Recurso de apelación. Alcance de los pronunciamientos que ha de hacer el tribunal de apelación: tratamiento en apelación de las excepciones desestimadas en primera instancia si no se impugna tal desestimación por el demandado cuando la demanda es desestimada por razones de fondo y recurre el demandante.

Valoración de la prueba. Trascendencia de la obstaculización a la práctica de la prueba por la parte en cuyo poder están las fuentes de la prueba.

RECURSO DE CASACIÓN. Actos propios. Retraso desleal.

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: 2008/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena

Votación y Fallo: 16/07/2013

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Civil****PLENO****SENTENCIA N°: 532/2013****Excmos. Sres.:****D. Francisco Marín Castán****D. José Ramón Ferrándiz Gabriel****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Antonio Salas Carceller****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Francisco Javier Orduña Moreno****D. Rafael Sarazá Jimena****D. Sebastián Sastre Papiol**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil trece.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituido por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", representada por el Procurador D. Luis Pozas Osset, y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Jose Francisco , representado por la Procuradora D.ª Ana Fuentes Hernangomez, contra la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 319/2010 -1ª, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 58/2009, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona. Han sido partes recurridas D. Ángel Jesús , representado por la Procuradora D.ª Lucía Agulla Lanza, y la entidad "ROPER BARCELONA, S.L.", que no se encuentra personada ante esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**Tramitación en primera instancia**

PRIMERO .- La Procuradora D.ª Montserrat Socias Baeza, en nombre y representación de D. Jose Francisco , interpuso demanda de juicio ordinario, contra la entidad "ROPER BARCELONA, S.L.", "ROPER CATALUÑA, S.L." y D. Ángel Jesús , en la que suplicaba lo siguiente: «[...] dicte Sentencia en los siguientes términos:

»1º.- Que se declare el derecho del actor, -y consiguientemente, se imponga una condena a los demandados de forma solidaria-, a percibir de la citada sociedad Roper Barcelona SL, la cantidad de = 1.216.006,69 ? de principal, por los beneficios acumulados, no repartidos, ni liquidados en los ejercicios correspondientes a los años 1987 hasta la fecha el informe emitido por el Dr Feliciano , (en los términos y en base a la cuantificación, establecida en el informe pericial, emitido por dicho perito Dr Feliciano), con más, los perjuicios o importe, causados, por la privación o enajenación de facto, de su participación en el haber social, o 20% del capital social de la empresa ROPER BARCELONA SL. En definitiva por los resultados de la explotación con más el valor de la Sociedad. Condenando solidariamente a todos y cada uno de los demandados al pago de la expresada suma económica, así como a sus intereses legales, y actualizaciones a partir de la fecha en que emitió el dictamen D. Feliciano y con expresa imposición de las costas causadas.

»2º.- Subsidiariamente a la petición anterior, se declare el derecho del actor a percibir la cantidad económica que se determine durante la tramitación de este litigio, por el mismo concepto que en la precedente petición, condenando solidariamente a los demandados a su pago a favor del actor, así como a sus intereses legales y con expresa imposición de las costas causadas.»

SEGUNDO.- La demanda fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Barcelona con fecha 20 de enero de 2009 y, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 7, registrándose como procedimiento ordinario núm. 58/2009-3. Admitida ésta a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas para su contestación.

TERCERO.- El Procurador D. Antonio Anzizu Furest, en nombre y representación de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", presentó escrito de contestación a la demanda, en el que, en síntesis, alegaba, que las acciones ejercitadas por la parte actora, fueran de responsabilidad extracontractual o se acogiesen a otro título jurídico, se encontraban prescritas, pues no existió acto de interrupción alguno y, por ello, no debió



considerarse como tal el acto de conciliación iniciado por la parte actora; que cuando el actor fue despedido constituyó una nueva sociedad llamada METAL ROHAN S.L., para desarrollar el mismo negocio y se llevó de la entidad "ROPER BARCELONA, S.L." los mejores trabajadores y clientes; que con esta nueva sociedad, que generó grandes beneficios, se produjo un grave perjuicio a la entidad "ROPER BARCELONA, S.L.", por lo que el actor inició procedimiento penal, mediante la presentación de dos querellas, que acabaron acumulándose y sustanciándose, como Diligencias Previas núm. 1649/89, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Sant Feliú de Llobregat, procedimiento que finalizó por auto acordando el sobreseimiento provisional, ratificado posteriormente por la Audiencia Provincial de Barcelona; que en los informes periciales aportados por la actora se incurrió en numerosos errores, incongruencias y contradicciones y no podían servir de base para acreditar una condena como la solicitada por el demandante, por lo que suplicó al Juzgado lo siguiente: «[...] se acuerde dictar Sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora por su evidente temeridad y mala fe.»

D.^a Araceli García Gómez, Procuradora de los Tribunales y de D. Ángel Jesús contestó a la demanda alegando, además de algunas de las argumentaciones de la codemandada, que carecía de legitimación pasiva, pues nunca fue administrador de hecho ni de derecho de la entidad "ROPER BARCELONA, S.L." y que, en calidad de administrador de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." no se había dirigido acción alguna, por lo que solicitó al Juzgado:

«[...] dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y todo ello, con expresa imposición de las costas causadas y que se causen en el presente procedimiento a la adversa por su temeridad y mala fe.

»[...] La inmediata suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40.4 de la L.E.C .»

La entidad "ROPER BARCELONA, S.L." no compareció, dentro de plazo, para contestar a la demanda, por lo que fue declarada en situación de rebeldía procesal.

CUARTO.- Mediante providencia, se tuvo por contestada la demanda por parte de "ROPER CATALUÑA, S.L." y de D. Ángel Jesús , se declaró en situación de rebeldía procesal a la entidad "ROPER BARCELONA, S.L." y se señaló día para la celebración de la audiencia previa.

QUINTO.- El representante procesal de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", mediante escrito de 28 de mayo de 2009, expuso que tal y como manifestó en la contestación a la demanda, interpuso ante los Juzgados de Instrucción de Barcelona querrela criminal, por falsedad documental y estafa procesal, contra D. Jose Francisco y D. Norberto , actor y letrado, respectivamente, en los presentes autos, querrela que fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona y registrada como diligencias previas núm. 2383/2009, por lo que formuló cuestión prejudicial por prejudicialidad penal. El Juzgado, mediante providencia de 29 de mayo de 2009, resolvió no haber lugar a la suspensión interesada en la fase procesal en que se encontraba el procedimiento, sin perjuicio de que pudiera acreditarse la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 40.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Suspendida la audiencia previa para que las partes pudieran hacer las alegaciones pertinentes sobre la cuestión prejudicial por prejudicialidad penal instada por la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", la representación procesal del actor solicitó al Juzgado acordara la prosecución del proceso, mientras que la Procuradora de D. Ángel Jesús suplicó la suspensión inmediata del proceso. El Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona dictó auto, con fecha 18 de junio de 2009 , por el que declaró la inexistencia de prejudicialidad penal y manifestó que la existencia y contenido del documento núm. 12 aportado con la demanda, en el procedimiento ordinario núm. 58/2009, consistente en un informe pericial elaborado por D. Tomás de fecha 20 de junio de 2000, no podría ser tenido en cuenta a ningún efecto.

SEXTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, con fecha 23 de diciembre de 2009, dictó Sentencia , con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que desestimo íntegramente la demanda formulada por Dña. Montserrat Socias Baeza, en nombre y representación de D. Jose Francisco , y absuelvo a D. Ángel Jesús , la sociedad Roper Catalunya S.L. y la sociedad Roper Barcelona S.L. de la totalidad de las pretensiones formuladas en su contra y ello sin expresa imposición de las costas procesales causadas.»

Tramitación en segunda instancia

SÉPTIMO.- La representante procesal de D. Jose Francisco , interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de diciembre de 2009, por el Magistrado-Juez de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona , en el procedimiento ordinario núm. 58/2009 y solicitó a la Audiencia Provincial dictara sentencia



revocando la de instancia, condenando a los demandados en la forma y cuantía solicitadas en el suplico de la demanda e imponiéndoles las costas de ambas instancias.

El Procurador de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, interesando que por la Audiencia Provincial se dictara Sentencia estimatoria del recurso de apelación interpuesto, con expresa imposición de las costas causadas a la parte adversa.

La Procuradora que actuó en nombre de D. Ángel Jesús , interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 23 de diciembre de 2009 y suplicó que por la Audiencia Provincial se dictara Sentencia estimatoria del recurso de apelación interpuesto, con expresa imposición a la adversa de las costas causadas en la primera instancia así como en la apelación.

OCTAVO.- La representación procesal de D. Jose Francisco , presentó escrito de oposición a los recursos de apelación formalizados por D. Ángel Jesús y la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." y suplicó que por la Audiencia Provincial se dictara Sentencia desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto, con expresa condena en costas.

El Procurador de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." formalizó oposición al recurso de apelación interpuesto por D. Jose Francisco y suplicó a la Audiencia Provincial dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente el citado recurso, con expresa imposición de las costas causadas a la adversa.

Asimismo, la representante procesal de D. Ángel Jesús , presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por D. Jose Francisco y solicitó se dictara sentencia desestimando íntegramente dicho recurso, con expresa imposición de las costas causadas a la parte contraria.

NOVENO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. 319/2010 -1ª, y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril , cuya parte dispositiva disponía: «FALLAMOS: Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por don Jose Francisco , contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 7 de Barcelona, el 23 de diciembre de 2009 , en el juicio ordinario número 58/2009, seguido, a instancia de don Jose Francisco , contra Roper Barcelona SL, Roper Cataluña SL y don Ángel Jesús

» Revocamos en parte la sentencia.

» Estimamos en parte la demanda y condenamos solidariamente a Roper Barcelona SL y a Roper Cataluña SL a pagar al demandante la suma de 338.619,84 euros (trescientos treinta y ocho mil seiscientos diecinueve euros con ochenta y cuatro céntimos) con su interés legal desde la demanda. Absolvemos a don Ángel Jesús .

» Imponemos al demandante las costas causadas a don Ángel Jesús en la primera instancia. No se imponen las restantes costas de la primera instancia del juicio.

» No imponemos las costas de la segunda instancia.»

DÉCIMO.- El Procurador de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", solicitó subsanación de la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , por entender ésta había incurrido en incongruencia omisiva y extrapetita, al no pronunciarse sobre la prescripción alegada por dicha parte en la contestación a la demanda. De dicha petición se dio traslado a la parte contraria, quien se opuso. Con fecha 10 de junio de 2011, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, teniendo en cuenta que la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." no invocó la prescripción de la acción ni en su recurso de apelación ni en el escrito de oposición al recurso de apelación de la parte contraria, dictó auto por el que resolvió no haber lugar a aclaración, subsanación ni complemento de la referida Sentencia, auto que fue rectificado por padecer un error material.

Asimismo, D.ª Araceli García Gómez, solicitó aclaración y subsanación del fallo de la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril , ya que en éste se omitió la expresa condena en costas al recurrente por el recurso de apelación interpuesto frente a D. Ángel Jesús . De dicha petición se dio traslado a la parte contraria quien se opuso. Con fecha 1 de julio de 2011, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó auto con la siguiente parte dispositiva: «La Sala dijo: Se completa el Fundamento de Derecho 16 de la Sentencia dictada por este Tribunal en fecha 13 de abril de 2011 añadiéndose un nuevo párrafo: "Desestimado íntegramente el recurso de apelación de D. Jose Francisco contra D. Ángel Jesús se imponen al primero las costas causadas por su recurso conforme al art. 398.1 de la LEC ". El fallo de la sentencia se completa en el mismo sentido.

»Se completa igualmente el fallo añadiéndose que se estima el recurso de apelación interpuesto por D. Ángel Jesús .»

Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación



UNDÉCIMO.- La representante procesal de D. Jose Francisco interpuso recurso extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, fundamentando su formulación en la infracción del artículo 469.1, apartados 3 y 4, y número 2 del mismo artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar infringidos el artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes, los artículos 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil y, muy en concreto, la Sentencia núm. 192/2009, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

El Procurador de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

La interposición del recurso de casación se basó en los siguientes motivos:

» Primero.- Infracción del artículo 7 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios, así como de la jurisprudencia de esta Sala /Ss. de 21 de abril de 1987, de 21 de octubre de 1988, de 28 de enero de 2000 y de 6 de abril de 2006.

» Segundo.- Infracción por inaplicación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho, en base al artículo 7 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial (Ss. de 21 de mayo de 1982, de 21 de septiembre de 1987, de 13 de julio de 1995, de 4 de julio de 1997, de 25 de enero de 2007 y de 19 de diciembre de 2008).

» Tercero.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para la disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, por inaplicación de las mismas en relación con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil respecto de la doctrina de los actos propios.

» Cuarto.- Infracción del artículo 1902 del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial (Ss. de 12 de enero de 2010, RJ 2011/305; de 31 de octubre de 2006, RJ 2006/8882; de 4 de noviembre de 2004, RJ 2004/7223; de 7 de junio de 2002, RJ 2002/5216; de 4 de junio de 2001, RJ 2001/3878; y de 31 de enero de 1997, RJ 1997/254).

Los fundamentos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron los siguientes:

» Primero.- Infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por incurrir la Sentencia en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la prescripción alegada por esta parte en la contestación a la demanda.

» Segundo.- Infracción del artículo 217, apartados 1, 2 y 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba, y de la doctrina jurisprudencial al respecto (Ss. de 21 de mayo de 2009, RJ 2009/3032; de 4 de febrero de 2009, RJ 2009/1364; de 9 de mayo de 2007, RJ 2007/3101; de 20 de julio de 2006, RJ 2006/4732; de 27 de diciembre de 2004, RJ 2005/1240; y de 11 de marzo de 2004, RJ 2004/901).

» Tercero.- Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, en relación con el artículo 348 del mismo texto legal, y la doctrina jurisprudencial (Ss. de 10 de junio de 2009, RJ 2009/4225; 5 de junio de 2008, RJ 2008/3203; y 25 de octubre de 2006, RJ 2006/6707, entre otras muchas).

» Cuarto.- Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, en relación con los artículos 319 y 326 del mismo texto legal.

DUODÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personados ante la misma D. Jose Francisco, D. Ángel Jesús y la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", a través de los Procuradores citados en el encabezamiento de esta resolución, se dictó Auto de 29 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva decía: «LA SALA ACUERDA:

»1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Roper Cataluña, S.A. [S.L.] contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de abril de 2011, aclarada por autos de 10 de junio y 1 de julio de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº. 319/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº. 58/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº. 7 de Barcelona.

»2º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Jose Francisco contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de abril de 2011, aclarada por autos de 10 de junio y 1 de julio de 2011, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), en el rollo de apelación nº. 319/2010, dimanante de los autos de juicio ordinario nº. 58/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº. 7 de Barcelona.

»3º) Y entréguense copias de los escritos de interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas



personadas para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

DECIMOTERCERO.- Los representantes procesales de la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." y de D. Ángel Jesús formalizaron oposición al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la Procuradora que actuó en nombre de D. Jose Francisco .

La representación procesal de D. Jose Francisco presentó escrito de oposición a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Antonio M.^a de Anzizu Furest, en nombre y representación de "ROPER CATALUÑA, S.L."

DECIMOCUARTO.- Se tuvo por formalizada la oposición, se nombró ponente al que lo es en este trámite y, al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 22 de mayo de 2013.

DECIMOQUINTO.- Advertida la posibilidad de que la Sentencia que se dicte en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación admitidos formen doctrina sobre alguna de las cuestiones planteadas, mediante providencia de 22 de mayo de 2013, se suspendió el señalamiento de la votación y fallo y se acordó someter su conocimiento al conocimiento del Pleno.

DECIMOSEXTO.- El Excmo. Sr. D. Javier , Magistrado de esta Sala, comunicó su abstención para formar parte del Pleno, por concurrir la causa prevista en el artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , ya que formó parte de la Sala de la Audiencia Provincial en la resolución del recurso de apelación, abstención que se estimó justificada mediante auto de 3 de julio de 2013, se dictó auto por el que se acordó estimar justificada la abstención del Excmo. Sr. Javier .

DECIMOSÉPTIMO.- Por providencia de 4 de junio de 2013, se señaló para votación y fallo por el Pleno de la Sala el 16 de julio de 2013.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

D. Jose Francisco , hoy recurrente, formuló demanda frente a la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." (en lo sucesivo, ROPER CATALUÑA), hoy también recurrente, contra la entidad "ROPER BARCELONA, S.L." (en lo sucesivo, ROPER BARCELONA), y contra D. Ángel Jesús . El demandante alegaba que fue expoliado de los beneficios que generó ROPER BARCELONA a partir del año 1987 y privado de la cuota de liquidación de la sociedad, cuyo patrimonio se traspasó de hecho a ROPER CATALUÑA, y reclamaba, como titular del 20% de las participaciones de ROPER BARCELONA, la suma de 1.216.006 euros en concepto de beneficios acumulados de la sociedad no repartidos ni liquidados desde el años 1987, más los perjuicios causados por la privación de su participación en el haber social.

La sentencia del Juzgado Mercantil desestimó, en primer lugar, la excepción de prescripción, al considerar que la acción de exigencia de responsabilidad al administrador social tenía un plazo de prescripción de cuatro años desde su cese, que no constaba se hubiera producido, y porque las acciones basadas en el fraude de ley, abuso de derecho y mala fe tendrían un plazo de prescripción de cinco años contados desde el día señalado para comenzar su cobro en aplicación del art. 947 del Código de Comercio si bien la ausencia de un acto que determine el dies a quo para comenzar el cómputo y la genérica apelación a una situación de fraude obligaría a tomar en consideración el plazo residual de quince años (arts. 943 del Código de Comercio y 1964 del Código Civil) que habría sido interrumpido por los actos de conciliación promovidos por el demandante. Tras esto, la sentencia entró a analizar el fondo del asunto y consideró que el actor no había ejercitado actividad ni reclamación alguna desde la perspectiva del derecho societario desde el año 1987, en el que se produjo el despido y alejamiento de la gestión directa de la sociedad, que incurrió en conductas análogas a las ahora denunciadas mediante la sociedad constituida por su esposa, la entidad "METAL ROHAN, S.L." (en lo sucesivo, METAL ROHAN), con actos que pudieron perjudicar a ROPER BARCELONA, lo que determinó la desestimación de la demanda por considerar que se contravenía el principio de buena fe en relación con la doctrina de los actos propios al fundar una pretensión de condena en hechos y conductas análogas a las realizadas por el reclamante, además de no considerar acreditados los hechos en los que fundamentaba la reclamación.

La sentencia fue recurrida en apelación por el demandante, y también por los codemandados en relación con el pronunciamiento en costas. ROPER CATALUÑA, en su recurso, no cuestionó la desestimación de la excepción de prescripción. Tampoco lo hizo al oponerse al recurso del demandante, pues solo al comentar la sentencia del Juzgado Mercantil, concretamente el razonamiento sobre contradicción con los actos propios



que el Juzgado había estimado, alegó que "es por dicha razón que esta parte alegó la prescripción", sin que hiciera impugnación alguna a la desestimación de dicha excepción en la sentencia del Juzgado Mercantil. La Audiencia Provincial dictó sentencia que estimó en parte el recurso, revocó en parte la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda, condenado solidariamente a ROPER CATALUÑA y ROPER BARCELONA, a pagar al actor la suma de 338.619 euros, si bien desestimó el recurso en lo relativo a D. Ángel Jesús , cuya absolución confirmó. Estimó también el recurso interpuesto por éste y condenó al demandante al pago de las costas causadas a D. Ángel Jesús en la primera instancia.

La sentencia de la Audiencia Provincial, como hechos de los que trae causa el conflicto, afirmó que el actor y el padre del demandado constituyeron la sociedad ROPER BARCELONA; el actor, además de socio, fue trabajador de la sociedad hasta marzo de 1987, fecha en que fue despedido, despido que dio origen a unos procedimientos ante la jurisdicción social; en mayo de 1987 la esposa del demandante y tres personas más constituyeron una sociedad, METAL ROHAN, con el mismo objeto social; el demandado D. Ángel Jesús , junto a otras personas, constituyó en septiembre de 1989 ROPER CATALUÑA, con el mismo objeto social; el demandante presentó en junio de 1989 querrela contra el citado demandado y otros por delito de apropiación indebida, falsedad y estafa que terminó por auto de archivo en 2002.

En relación con las sentencias dictadas en la jurisdicción social, en los litigios seguidos por despido del D. Jose Francisco , indicó la Audiencia que es cierto que no cabe hablar de cosa juzgada en el proceso civil, pero no se puede negar valor probatorio a las declaraciones contenidas aquella sentencia sobre hechos clave en el juicio, resultando, no sólo de ella sino también de otras pruebas, la sucesión "de facto" entre ROPER BARCELONA y ROPER CATALUÑA. Consideró la Audiencia que, por otra parte, el hecho de que el demandante tras su despido de ROPER BARCELONA compitiera con ella en el mercado por medio de la nueva sociedad, METAL ROHAN, no constituye un hecho decisivo en la controversia, no se trata de un acto ilícito, sino legítimo de libre concurrencia en el mercado, y no lo tinte de deslealtad el hecho de que ROPER BARCELONA perdiera parte de su clientela o que cuatro de los trabajadores marcharan a la nueva empresa. En conclusión la Audiencia Provincial consideró acreditado que ROPER BARCELONA no fue objeto de disolución y liquidación en forma legal, sino que se extinguió de facto, pasando de manera anómala todos los activos a ROPER CATALUÑA, por lo que estimó la demanda respecto de tales sociedades demandadas.

La Audiencia Provincial no estimó el recurso respecto a D. Ángel Jesús , cuya absolución confirmó. Consideró que no había quedado acreditada su condición de administrador de hecho de ROPER BARCELONA, y respecto a la condición de administrador de derecho de ROPER CATALUÑA, consideró que era indiscutible la condición de administrador solidario desde la constitución de la sociedad pero en la demanda no se delimitaba adecuadamente la acción ejercitada, pues de manera genérica se invocaban los arts. 6.4 y 7.1 del Código civil , así como los arts. 1100 Y 1902 y en bloque el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y por lo que respecta a los hechos se alegaba que este demandado fue al autor y conformador de la ilícita actuación en perjuicio de terceros por sus ilimitados poderes en ambas sociedades, por lo que una vez descartada dicha condición de administrador de ambas sociedades (pues no se probó que lo fuera de ROPER BARCELONA), no aparecían otros datos que permitieran atribuir a la actuación individual del codemandado como administrador de ROPER CATALUÑA y no a la pasividad de los órganos sociales de ROPER BARCELONA el vaciado de esta sociedad.

ROPER CATALUÑA solicitó subsanación de la sentencia por entender ésta había incurrido en incongruencia omisiva y extrapetita, al no pronunciarse sobre la prescripción alegada en la contestación a la demanda. La Audiencia Provincial desestimó la petición porque ROPER CATALUÑA no cuestionó la desestimación de la excepción de prescripción de la acción ni en su recurso de apelación ni en el escrito de oposición al recurso de apelación de la parte contraria.

Frente a la anterior sentencia se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por D. Jose Francisco , y recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por la mercantil codemandada ROPER CATALUÑA.

Recursos extraordinarios por infracción procesal

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal de D. Jose Francisco

El demandante D. Jose Francisco formula recurso extraordinario por infracción procesal en el que se citan como preceptos infringidos: « art. 24b de la CE , en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes. Art 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , Arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil y muy en concreto la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 28/09/2009, N° 192/2009 ». El motivo del recurso se sintetiza en el epígrafe tercero, que se encabeza con el título de "Motivo exclusivo del presente recurso de infracción procesal". Se dice en dicho epígrafe: «La Sala debió acatar, tener por Juzgado, respetar los hechos de las Sentencias dictadas por los órganos de lo Social, sin más cuestión.



La Sala debió tener por probados y acreditada la conducta de D. Ángel Jesús e imponer la condena en base a los mismos hechos y fundamentos de derecho establecidos en las Sentencias dictadas por los órganos judiciales de lo Social.

La Sala debió respetar la intangibilidad de las Sentencias por otros órganos del Estado.»

Aunque el recurso no está correctamente formulado porque se realiza una argumentación por acarreo, mezclando un sinnúmero de infracciones, algunas de las cuales son ajenas al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal pues no son de carácter procesal (infracción de los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, doctrina del levantamiento del velo), y otras, como la incongruencia omisiva, aparecen puntualmente a lo largo del motivo sin haber sido enunciada ni recibir mayor desarrollo, se resolverá la cuestión relativa a la cosa juzgada positiva, que es la planteada con carácter principal, por reunir los mínimos requisitos de admisibilidad.

TERCERO.- Valoración de la Sala. El valor de las resoluciones firmes dictadas en otros órdenes jurisdiccionales

Aunque esta Sala consideró en un principio improcedente la alegación de cosa juzgada o de litispendencia respecto de litigios de otro orden jurisdiccional (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986 y núm. 67/1998, de 6 de febrero, recurso núm. 11/1994, entre otras), más adelante ha matizado dicha doctrina, en línea con la jurisprudencia constitucional.

En línea con lo declarado por la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 23/2012, de 26 de enero, recurso núm. 156/2009, que cita otra anterior, puede afirmarse que art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica.

Entre las más recientes, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 192/2009, de 28 de septiembre, fija la doctrina de dicho tribunal sobre este extremo, declarando:

«Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre [RTC 2008, 109], F. 3).

»Asimismo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada. Por ello, cuando un órgano judicial vaya a dictar una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio, puntualizándose que si bien unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia, también lo es que, afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento (por todas, STC 34/2003, de 25 de febrero, F. 4)».

Como conclusión, los tribunales deben tomar en consideración los hechos declarados probados en resoluciones firmes dictadas por tribunales de una jurisdicción distinta, de modo que sólo pueden separarse de tales hechos exponiendo las razones y fundamentos que justifiquen tal divergencia. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de normativas diferentes.

Sentado lo anterior, el criterio seguido por la sentencia de la Audiencia Provincial es correcto. En su fundamento quinto declara que no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada de la sentencia del tribunal de la jurisdicción social en el proceso civil, por la diversidad de objetos de uno y otro (tanto "petitum" [petición] como causa de pedir) y la diversidad de perspectivas de enjuiciamiento, pero no se puede negar valor probatorio a las declaraciones contenidas aquella sentencia sobre hechos clave en el juicio civil.



La sentencia de la Audiencia Provincial no incurre en la vulneración del art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni del art. 24 de la Constitución denunciada. Los hechos probados fijados en la sentencias de los Juzgados de lo Social, que resultaron inalterados en las sucesivas resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se centran en estas cuestiones: el carácter de sucesora "de facto" de ROPER CATALUÑA respecto de ROPER BARCELONA y en el vaciamiento patrimonial de esta por aquella, y el carácter de administrador de derecho de ROPER CATALUÑA que tenía D. Ángel Jesús . Tales hechos son plenamente asumidos por la sentencia de la Audiencia Provincial, que basa además la condena de ROPER CATALUÑA en su carácter de sucesora "de facto" [de hecho] de ROPER BARCELONA y receptora de su patrimonio con base en el vaciamiento patrimonial de que fue objeto esta. Que D. Ángel Jesús era administrador solidario de ROPER CATALUÑA resulta expresamente afirmado en el fundamento quince de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Lo que pretende el recurrente no es que la sentencia de la Audiencia Provincial parta de los mismos hechos sentados en la jurisdicción social, que ya lo hace, sino que se apliquen por la jurisdicción civil los mismos criterios jurídicos aplicados por la jurisdicción social y se condene a D. Ángel Jesús de modo solidario con las sociedades ROPER BARCELONA y ROPER CATALUÑA al igual que lo condenó la jurisdicción social en el proceso seguido por el despido del demandante.

A este respecto, se afirma expresamente en el recurso que "una persona no puede ser responsable o no según la jurisdicción que resuelva". Tal afirmación es incompatible con los distintos criterios rectores de las distintas jurisdicciones y con la diversidad de las normativas que de manera principal se aplican por unas y otras, pues unos mismos hechos pueden dar lugar a que una persona pueda ser considerada responsable solidaria del pago de determinada cantidad por la jurisdicción social pero no por la jurisdicción civil, o que resulte absuelta por la jurisdicción penal, como ha sucedido en el caso de autos en que la querrela fue archivada. Además, la estimación de la pretensión formulada ante la jurisdicción civil depende de la adecuada fundamentación fáctica y jurídica de la demanda. El hecho de que exista una condena de dicho demandado en una sentencia de la jurisdicción social no puede, por sí sola, solventar la deficiente fundamentación fáctica y jurídica de una demanda promovida ante la jurisdicción civil.

Por tanto, el recurso interpuesto por el demandante no puede ser estimado.

CUARTO.- Recurso extraordinario por infracción procesal de ROPER CATALUÑA. Enunciación del primer motivo

ROPER CATALUÑA formula el motivo del recurso encabezándolo con el siguiente título: «Infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil , por incurrir la Sentencia en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la prescripción alegada por esta parte en la contestación a la demanda.»

La recurrente plantea en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada por el demandante frente a ROPER CATALUÑA, lo que habría denunciado mediante escrito en el que solicitó la subsanación de la omisión de pronunciamiento, que fue desestimado por la Audiencia Provincial.

La excepción, alega, fue oportunamente planteada al contestar la demanda en primera instancia "e igualmente quedó plasmada luego en el escrito de oposición al recurso de apelación que formuló esta representación". Alega asimismo que la excepción de prescripción fue desestimada por la sentencia del Juzgado Mercantil pero ROPER CATALUÑA no pudo recurrir en apelación contra esta desestimación porque la demanda fue rechazada. La sentencia de la Audiencia Provincial, al revocar la sentencia del Juzgado Mercantil, debió resolver sobre la prescripción opuesta en la primera instancia. Al no haberlo hecho, incurriría en la incongruencia denunciada, según la recurrente.

QUINTO.- Valoración de la Sala. El tratamiento en apelación de la excepción de prescripción cuando la demanda es desestimada por otras razones

La recurrente cumple con el requisito de admisibilidad del motivo al haber denunciado la incongruencia omisiva ante la propia Audiencia Provincial mediante el cauce previsto en el art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (subsanación de la omisión de pronunciamiento). Pero que se cumpla tal requisito de admisibilidad no supone que el motivo esté fundado.

La solución a la cuestión planteada ha de ser distinta dependiendo de que en primera instancia se haya omitido resolver la excepción de prescripción planteada por el demandado al haberse desestimado la demanda por otras consideraciones o se haya desestimado la excepción formulada por el demandado y se haya desestimado la demanda por otras razones.



A) En el primer caso, esto es, si la demanda hubiera sido desestimada por razones atinentes a la cuestión sustantiva planteada o por estimarse otras excepciones pero el tribunal de primera instancia no hubiera entrado a resolver sobre la excepción de prescripción, es doctrina de esta Sala que la sentencia del tribunal de apelación que estime fundado el recurso del demandante debe entrar a enjuiciar la excepción de prescripción no resuelta en la sentencia de primera instancia, sin necesidad de que la parte que la formuló, el demandado, apele o impugne la sentencia de primera instancia para sostenerla de forma expresa en la segunda instancia y sin necesidad de plantear la cuestión en la oposición al recurso pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia. Solo así se evita incurrir en incongruencia omisiva. Al no haber sido examinada la excepción por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación.

Esta doctrina ha sido mantenida por esta Sala en sentencias como las núm. 87/2009, de 19 de febrero de 2009, recurso núm. 1584/2003 , núm. 432/2010, de 29 de julio, recurso núm. 1421/2006 , núm. 370/2011, de 9 de junio de 2011, recurso núm. 14/2008 y núm. 977/2011, de 12 de enero, recurso núm. 642/2010 .

Ha sido asimismo sostenida, en alguna ocasión con referencia a otro tipo de recursos ante otras jurisdicciones, en las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 4/1994, de 17 de enero , núm. 206/1999, de 8 de noviembre , y núm. 218/2003, de 15 de diciembre . La sentencia núm. 51/2010, de 4 de octubre , otorgó también amparo por la no resolución en apelación de las excepciones planteadas en primera instancia y no resueltas en la sentencia apelada, con el dato añadido de que la sentencia de apelación afirmó, erróneamente, que tales excepciones habían sido desestimadas y que tal pronunciamiento no había sido apelado.

Son también exponentes de esta doctrina las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 , casos Ruiz Torija contra España e Hiro Balani contra España. El examen de los casos resueltos en estas sentencias muestra que el tribunal de apelación no se pronunció sobre la excepción de prescripción, en el primer caso, y sobre uno de los motivos de oposición a la demanda, en el segundo, cuando tales cuestiones no habían sido resueltas por las sentencias de primera instancia (párrafo 10 de la sentencia del caso Ruiz Torija y párrafo 9 de la sentencia del caso Hiro Balani).

B) Pero no es ese el supuesto que se plantea en el presente caso, pues en este la sentencia del Juzgado Mercantil entró a conocer y desestimó expresamente la excepción de prescripción, pues lo hizo con carácter previo a analizar si la pretensión sustantiva formulada por la parte actora estaba adecuadamente fundamentada en su aspecto fáctico y jurídico, lo que no implica ni exige necesariamente que ese pronunciamiento se llevara explícitamente al fallo.

Esta Sala, en anteriores resoluciones, ha considerado en estos casos necesaria la impugnación de la sentencia de primera instancia por parte del demandado que vio expresamente desestimada la excepción de prescripción que planteó al contestar la demanda aunque se le hubiera dado la razón por razones de fondo, o por estimarse otras excepciones, cuando la parte contraria apela la sentencia.

La sentencia de esta Sala núm. 481/2010, de 25 de noviembre, recurso núm. 1572/2006 , enjuició un supuesto en el que en primera instancia se desestimó la excepción de prescripción y se desestimó la demanda por otras razones sustantivas. La Audiencia Provincial estimó la excepción de prescripción pese a que el demandado no había impugnado la sentencia, por lo que desestimó el recurso de apelación. La demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y alegó que la competencia del tribunal de segundo grado no alcanzaba a conocer sobre la prescripción porque la desestimación de dicha excepción no había sido impugnada. El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal razonando a tal efecto:

«A) Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiere al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999 , 1 de diciembre de 2006, recurso n.º 445/2000 , 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una *reformatio in peius* o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia *extra petita* [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.º 1007/2000 , STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

»B) En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido este principio y, con ello, las normas sobre congruencia establecidas en el artículo 218 LEC , invocado como fundamento de este motivo. En efecto, no habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo este impugnado la sentencias en los extremos que pudieran



resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación.

»C) No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción. Para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiese apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos en los que le resultaba desfavorable, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte. La parte demandada, por el contrario, según resulta de los autos, formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, se limitó a solicitar en él la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia y no se opuso a que el Juzgado, en consonancia con ello, diera a su escrito el trámite propio de la oposición, y no el de la impugnación de la sentencia, que hubiera comportado el traslado a la parte apelante, como exige el artículo 461.4 LEC .

»En efecto, el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación (STS 13 de enero de 2010, recurso n.º 912/05)».

Esta doctrina ha sido sustentada en otras sentencias de esta Sala, como las núm. 108/2007, de 13 de febrero, recurso núm. 1884/2000 , núm. 1335/2007, de 10 de diciembre, recurso núm. 5841/2000 , y núm. 883/2011, de 7 de enero, recurso núm. 1272/2007 .

Si la sentencia de primera instancia resolvió la excepción de prescripción, desestimándola, el tribunal de apelación solo puede revocar este pronunciamiento desestimatorio si la parte afectada desfavorablemente por tal pronunciamiento lo impugna, expresando las razones por las que considera que el pronunciamiento no está fundado en derecho. De esta forma, al dar al inicial demandante traslado de la impugnación de la desestimación de la excepción formulada por el inicial recurrido, se da a la parte favorecida por el pronunciamiento la oportunidad de rebatir los argumentos de la impugnación. De no exigir la impugnación por el recurrido del pronunciamiento desestimatorio de la excepción que formuló, se estaría privando a la parte favorecida por el pronunciamiento de la posibilidad de rebatir estos argumentos impugnatorios, o se le obligaría a realizar en su recurso de apelación, por adelantado, unas alegaciones en defensa de ese pronunciamiento, sin conocer siquiera si va a ser cuestionado por la parte que vio desestimada la excepción que formuló o, de serlo, cuáles pudieran ser los argumentos impugnatorios, y se afectaría seriamente su derecho a la tutela judicial efectiva, en las garantías de contradicción e interdicción de la indefensión, pues podría ver desestimado su recurso con base en alegaciones impugnatorias a las que no habría podido replicar dialécticamente.

La objeción sobre la falta de gravamen para impugnar (el demandado no podría recurrir pues la demanda fue desestimada) resulta superada cuando el demandante formula recurso y el demandado puede verse afectado desfavorablemente por la desestimación de su excepción en primera instancia, si el tribunal de apelación considera fundado el recurso del demandante. La formulación del recurso por el demandante que vio desestimada su demanda hace surgir el gravamen del demandado que vio desestimada su excepción (de ahí que la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 108/2007, de 13 de febrero de 2007, recurso núm. 1884/2000 hablara de la existencia en tal caso de un "gravamen eventual") y le legitima para formular impugnación en la que, valga la redundancia, impugne el pronunciamiento desestimatorio de la excepción.

Ha de tenerse en cuenta la mayor laxitud de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en la conceptualización de "gravamen" para recurrir o para impugnar un recurso de apelación. El art. 448, al regular el "derecho a recurrir", prevé que las partes pueden interponer recurso contra las resoluciones "que les afecten desfavorablemente" y el art. 461.1 prevé que el apelado pueda impugnar la resolución apelada "en lo que le resulte desfavorable". Al comparar el texto de estos preceptos con el de los artículos 705 , 858 , 892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 , que permitía la adhesión a la apelación "sobre los puntos en que crea perjudicial la sentencia", la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 437/2009, de 22/06/2009, recurso núm. 2160/2004 , considera que la impugnación contemplada en el art. 461.1 LEC de 2000 «parece concebida en términos más amplios que la "adhesión" al recurso de apelación contemplada en los arts. 705 , 858 y 892 LEC de 1881 al sustituir "perjudicial" por "desfavorable" y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado...».

Cuestión distinta es que por una excesiva rigidez formal un escrito del recurrido en el que impugna el pronunciamiento desestimatorio de la excepción reciba el tratamiento de escrito de oposición al recurso y no



de impugnación a la sentencia, supuesto este en la que el Tribunal Constitucional ha otorgado amparo por vulneración del art. 24 de la Constitución (STC 73/2009, de 23 de marzo). Pero no es eso lo sucedido en el caso enjuiciado en este recurso.

Como conclusión, lo que supondría incurrir en incongruencia por parte del tribunal de apelación es justamente lo pretendido por la recurrente en este motivo del recurso, no lo realizado por el tribunal de apelación, que actuó correctamente al no estimar la excepción de prescripción porque la misma había quedado fuera del debate procesal oportunamente planteado en los escritos rectores del recurso de apelación (art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al no haberse formulado impugnación por la demandada. Es más, ni siquiera planteó oportunamente la cuestión en su extenso escrito de oposición al recurso de apelación de la parte contraria, pues se limitó a mencionar (f. 2), como recapitulación de lo sucedido en primera instancia, que había excepcionado la prescripción en su contestación a la demanda, sin rebatir los argumentos por los que el Juzgado Mercantil desestimó la excepción.

Por lo expuesto, la desestimación de la excepción de prescripción planteada en primera instancia quedó fuera del ámbito de la apelación porque las demandadas, y en concreto la hoy recurrente ROPER CATALUÑA, no la introdujo adecuadamente mediante impugnación formulada cuando se le dio traslado del recurso del demandante, por lo que no era procedente que la Audiencia Provincial se pronunciara sobre la misma, en virtud de lo previsto en el art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEXTO.- Enunciación de los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal de ROPER CATALUÑA

El segundo motivo del recurso se encabeza con el siguiente enunciado: «Infracción del artículo 217, apartados 1 , 2 y 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba, y de la doctrina jurisprudencial al respecto (Ss. de 21 de mayo de 2009, RJ 2009/3032; de 4 de febrero de 2009, RJ 2009/1364; de 9 de mayo de 2007, RJ 2007/3101; de 20 de julio de 2006, RJ 2006/4732; de 27 de diciembre de 2004, RJ 2005/1240; y de 11 de marzo de 2004, RJ 2004/901).»

Según la codemandada recurrente, la sentencia de la Audiencia Provincial hace recaer sobre ella la carga de la falta de prueba del patrimonio social real de ROPER BARCELONA, con lo que infringe las reglas 1, 2 (pues la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión corresponde al demandante) y 7 del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (pues la recurrente no admite que tuviera mayor facilidad y disponibilidad probatoria sobre los datos que permitieran la cuantificación correcta del valor patrimonial de la sociedad ROPER BARCELONA en tanto que sucesora "de facto" de la misma).

El tercer motivo se encabeza del siguiente modo: «Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 , en relación con el artículo 348 del mismo texto legal , y la doctrina jurisprudencial (Ss. de 10 de junio de 2009, RJ 2009/4225; 5 de junio de 2008, RJ 2008/3203; y 25 de octubre de 2006, RJ 2006/6707, entre otras muchas).».

La recurrente considera que la sentencia incurre en una valoración arbitraria e irrazonable de la prueba pericial al basarse en los informes de los Sres. Severino y Tomás para fijar el valor patrimonial de ROPER BARCELONA y la consiguiente indemnización al demandante, pues los mismos no cumplen los estándares probatorios mínimamente exigibles, enumerando diversas objeciones puntuales a dicha valoración probatoria.

Se resolverán de modo conjunto por la estrecha relación de los argumentos expuestos en uno y otro motivo.

SÉPTIMO.- Valoración de la Sala. Inaplicación de las reglas sobre la carga de la prueba. La obstaculización a la práctica de la prueba por la parte en cuyo poder están las fuentes de la prueba

Las reglas de la carga de la prueba no han sido infringidas porque no ha sido necesario aplicarlas. La sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado suficiente el dictamen pericial conjunto de Don. Severino y Tomás y el posterior elaborado en solitario por Don. Severino para probar el valor patrimonial de ROPER BARCELONA a efectos de fijar el quebranto patrimonial sufrido por el actor por el vaciamiento y desaparición "de facto" de dicha sociedad a favor de ROPER CATALUÑA por considerar que «cumple los estándares probatorios suficientes en el proceso civil».

La institución de la carga de la prueba no tiene por finalidad determinar cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de "non liquet" [literalmente, "no está claro"] que se establece en los arts. 11.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.7º del Código Civil , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.



Las objeciones que la recurrente hace respecto de las deficiencias probatorias y su causa nada tienen que ver con la carga de la prueba desde el momento en que la sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado suficiente la prueba practicada, pues afectan a la valoración de la prueba, que es objeto del siguiente motivo.

Por otra parte, la impugnación de la disponibilidad y facilidad probatoria con base en la consideración que hace la sentencia de ROPER CATALUÑA como sucesora de facto de ROPER BARCELONA y la negativa de la misma a facilitar la documentación que se le ha requerido, no solo es irrelevante para estimar este motivo del recurso por no haber aplicado la sentencia recurrida las reglas de la carga de la prueba, sino que además parte de una base fáctica distinta de la tomada en consideración por la sentencia de la Audiencia Provincial.

En el tercer motivo del recurso, la recurrente invoca el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica») y el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el deber de motivar las sentencias.

El motivo no puede ser estimado porque no se ha infringido el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Afirma sobre este particular la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 635/2012, de 2 de noviembre, recurso núm. 681/2010.:

«El deber de motivar exige que la sentencia exprese los elementos que permitan conocer cuáles han sido las razones en derecho en que se fundamenta la decisión, como garantía de que no ha sido la consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad ni de un error patente. Pero tal exigencia de motivación no puede servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia, como la valoración de la prueba, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial (en este sentido, entre las más recientes, sentencias 204/2010, de 7 de abril, y 306/2011, de 6 de mayo). En conclusión, en el presente caso la sentencia está motivada, ya que no deja duda de cuáles son las razones determinantes del rechazo del dictamen del auditor».

Esta Sala ha mantenido que el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la exigencia de motivación de las sentencias, no es adecuado para plantear cuestiones probatorias, salvo las relativas a la falta de motivación de la valoración de la prueba o la existencia de una mera apariencia de valoración que la vicie de arbitrariedad. Las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 705/2010, de 12 de noviembre, recurso núm. 730/2007, y núm. 262/2013, de 29 de abril, recurso núm. 2148/2010, afirman que la exigencia del último inciso del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que la motivación se ajuste a las reglas de la lógica y de la razón, se proyecta sobre la exposición argumentativa del Tribunal, lo que nada tiene que ver con el núcleo de la valoración de la prueba.

En el caso de autos, la motivación de la valoración de la prueba existe, no es una mera apariencia, la exposición argumentativa se ajusta a las reglas de la lógica y la razón, por más que no sea compartida por la recurrente, y es más que suficiente para cubrir el estándar del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El cauce adecuado para impugnar la valoración de la prueba sería el previsto en el art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el de vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, si bien la posibilidad de revisar esa valoración es muy limitada por ser función soberana de los tribunales de instancia. Para que pueda estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal basado en este motivo es necesario, según afirma la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 262/2013, de 29 de abril, recurso núm. 2148/2010, que concurran, entre otros requisitos, los siguientes:

«1º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales».

Por ello, como afirma la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 635/2012, de 2 de noviembre, recurso núm. 681/2010, mediante este recurso no procede «[...] tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio[...]».

En el caso de autos, la recurrente menciona diversos extremos de los informes periciales y de la intervención de uno de los peritos en el juicio, y extrae de ellos unas conclusiones distintas a las de la Audiencia Provincial, de modo que su impugnación va encaminada a que la Sala realice una nueva valoración de la prueba pericial acorde con las tesis de la recurrente, lo que, como se ha expuesto, no tiene cabida en este recurso extraordinario.

La recurrente cuestiona que la sentencia de la Audiencia Provincial tuviera en cuenta para la valoración de la prueba pericial (que no para la distribución de la carga de la prueba) la postura obstaculizadora de dicha parte.



La Audiencia Provincial afirmó en su sentencia que «no se ha sostenido, no lo puede hacer este tribunal, que la valoración efectuada fuera absolutamente perfecta o exacta, de verdad plena, sino que, más modestamente, se estima que cumple los estándares probatorios suficientes en el proceso civil». Pero también afirma, y a ello ha de estarse, que estaba al alcance de ROPER CATALUÑA, sucesora "de facto" de ROPER BARCELONA, facilitar al juzgado y a los peritos los datos que permitieran una cuantificación fiel y exacta y que ROPER CATALUÑA se negó a entregar la documentación necesaria, pese a las solicitudes reiteradas de los peritos, hasta el punto de que fue precisa incluso una diligencia de entrada y registro judicial de las oficinas de ROPER CATALUÑA, antigua sede de ROPER BARCELONA, si bien sólo se obtuvo una documentación incompleta para la elaboración del informe pericial. Consideró la Audiencia Provincial que tal obstaculización deslegitimaba en gran medida las objeciones de la parte demandada a las insuficiencias del dictamen pericial.

El criterio de la Audiencia Provincial es correcto. Las críticas formuladas por la recurrente sobre dicho informe no pueden ser aceptadas porque las debilidades de que pudiera adolecer provienen de la actitud obstaculizadora de las demandadas a la hora de facilitar al perito los datos y documentos exigidos por éste para elaborar el dictamen pericial. Es doctrina del Tribunal Constitucional (desde sus sentencias núm. 227/1991, de 28 de noviembre, 7/1994, de 17 de enero, y 95/1999, de 31 de mayo), acogida por el Tribunal Supremo (en sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, núm. 684/1999, de 26 de julio, recurso núm. 1779/1997, núm. 48/2000, de 31 de enero, recurso núm. 1320/1995 y núm. 75/2010, de 10 de marzo, recurso núm. 2091/2005), y reflejada incluso en nuestras normas legales (art. 304 y 329 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos; que los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa; y que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, no pueden repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie le es lícito beneficiarse de la propia torpeza.

La Sala considera que tal doctrina ha de ser tomada en consideración tanto para aplicar las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria en la carga de la prueba (art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) como en la valoración de la prueba, otorgando suficiente valor probatorio a pruebas que, en otras circunstancias, pudieran haber sido consideradas insuficientes, cuando la causa de las debilidades probatorias sea imputable a la postura obstaculizadora de la parte a quien benefician.

OCTAVO.- Enunciación del cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de ROPER CATALUÑA

El motivo se encabeza del siguiente modo: «Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, en relación con los artículos 319 y 326 del mismo texto legal.»

En síntesis, la infracción consistiría en haber basado la Audiencia Provincial la condena a la recurrente en la sentencia del Juzgado de lo Social de 8 de julio de 1991 sin haber tomado en consideración otros documentos tales como el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2002 dictado en el proceso penal y una escritura pública de la que resultaría la apropiación por el demandante del fondo de comercio de ROPER BARCELONA mediante la constitución de METAL ROHAN.

NOVENO.- Valoración de la Sala. Improcedencia de una nueva valoración conjunta de la prueba

El motivo del recurso no puede estimarse. No es cierto que la condena de la recurrente se base exclusivamente en la sentencia del Juzgado de lo Social porque en su sentencia la Audiencia Provincial razona que también ha tenido en cuenta otras pruebas practicadas en el proceso.

En todo caso, no ha existido infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no es procedente volver a realizar una nueva valoración conjunta de la prueba, como se pretende, por ser ello improcedente en este cauce procesal, como se razonó al resolver el anterior motivo del recurso, al que nos remitimos para evitar reiteraciones.

Recurso de casación

DÉCIMO.- Enunciación del primer motivo del recurso de casación de ROPER CATALUÑA

La codemandada que ha resultado condenada, la entidad mercantil ROPER CATALUÑA, formula el primer motivo del recurso de casación con el siguiente enunciado: «Infracción del artículo 7 del Código Civil y de la doctrina de los actos propios, así como de la jurisprudencia de esta Sala /Ss. de 21 de abril de 1987, de 21 de octubre de 1988, de 28 de enero de 2000 y de 6 de abril de 2006.»



Los argumentos que lo sustentan son, resumidamente, que la sentencia de la Audiencia Provincial, al no cuestionar los hechos básicos fijados en la sentencia del Juzgado Mercantil relativos al no ejercicio de actuación alguna desde la óptica del derecho de sociedades desde 1987, la constitución de una sociedad "paralela" a la que llevó trabajadores y clientes de ROPER BARCELONA en perjuicio de ésta, y ser el demandante quien llevaba la gestión y administración diaria de dicha entidad, infringe la doctrina de los actos propios.

UNDÉCIMO.- Valoración de la Sala. La doctrina de los actos propios

Es doctrina jurisprudencial la que afirma que la regla "nemine licet adversus sua facta venire" [a nadie le es lícito ir contra sus propios actos] se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica y tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce; por tanto, tales actos ha de ser vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor, encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 352/2010, de 7 de junio, recurso núm. 1039/2006, y núm. 994/2002, de 22 de octubre, recurso núm. 901/1997).

Para que resulte aplicable tal doctrina, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante; 2) Que tal conducta tenga una significación inequívoca y sea susceptible de generar en terceros expectativas razonables; 3) Que la conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas.

Desde que se produjo el conflicto entre el demandante y las sociedades demandadas, aquel ha realizado diversas actuaciones en relación a éstas y a sus socios y administradores, como la interposición de una querrela criminal que estuvo tramitándose durante trece años hasta que fue archivada y la posterior promoción de sendos actos de conciliación. No puede pretenderse que tal conducta, por el hecho de no haber realizado conductas o ejercitado acciones previstas en la normativa societaria, sea idónea para revelar una vinculación jurídica en el sentido pretendido y que tenga una significación inequívoca susceptible de generar como expectativa razonable el abandono por el demandante de sus pretensiones respecto de las citadas sociedades de modo que la interposición de la demanda sea incompatible con dicha conducta anterior, pues tales actuaciones (querrela y actos de conciliación) lo excluyen claramente.

La constitución por el demandante de una empresa que captó clientes y trabajadores nada tiene que ver con los actos propios, sino en todo caso con una conducta ilícita atribuible al actor y generadora de daños a la codemandada ROPER BARCELONA, susceptibles en su caso de ser compensado su importe con el de los causados al actor. Pero la sentencia de la Audiencia Provincial ha afirmado que no existen elementos que permitan afirmar que sea ilícita la conducta del demandante al promover tras su despido la constitución de otra sociedad y captar trabajadores y clientes de la sociedad ROPER BARCELONA, pues es un acto legítimo de libre concurrencia en el mercado. Por tanto, no existe contradicción alguna entre tal conducta y la interposición de la demanda origen de este litigio.

En cuanto al hecho alegado de que era el demandante quien llevaba la gestión y administración diaria de ROPER BARCELONA hasta que fue despedido, es irrelevante para la aplicación de la doctrina de los actos propios, pues no existe conducta generadora de vinculación jurídica ni contradicción con la exigencia de indemnización por actuaciones ilícitas realizadas tras el despido del demandante y su alejamiento de gestión de la sociedad.

DUODÉCIMO.- Enunciación del segundo motivo de casación

El segundo motivo de casación formulado por ROPER CATALUÑA se encabeza con el siguiente título: «Infracción por inaplicación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de un derecho, en base al artículo 7 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial (Ss. de 21 de mayo de 1982, de 21 de septiembre de 1987, de 13 de julio de 1995, de 4 de julio de 1997, de 25 de enero de 2007 y de 19 de diciembre de 2008).».

En síntesis, considera la recurrente que la interposición de la demanda en 2009 por hechos acaecidos a finales de los años ochenta, constituye un retraso desleal en el ejercicio de la acción.

DECIMOTERCERO.- Valoración de la Sala. El retraso desleal

Una de las modulaciones de la institución de la buena fe es la "verwirkung" o retraso desleal, elaborada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas y asumida por nuestra jurisprudencia, según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará.

Son tres los elementos de esta figura: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un periodo de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

La sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 352/2010, de 7 de junio, recurso núm. 1039/2006, afirma:

«La doctrina del "retraso desleal" considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTS de 21 de mayo de 1982 , 21 de septiembre de 1987 , 13 de julio de 1995 , 4 de julio de 1997). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002, recurso n.º 901/1997)».

Una conducta como la observada por el demandante (querella cuya complicada tramitación se extendió durante trece años y posteriores actos de conciliación) no puede considerarse como permisiva de la actuación de los demandados, renuncia clara e inequívoca del derecho o generadora de la legítima expectativa a que el titular del mismo ya no lo ejercerá.

Por otra parte, la condena a reparar un quebranto patrimonial causado de forma ilícita no puede ser considerada, como pretende la recurrente, un "daño de facto" que permita considerar ilícita la conducta de quien reclama la reparación, como pretende la recurrente.

DECIMOCUARTO.- Enunciación del tercer motivo del recurso de casación

El recurso de ROPER CATALUÑA contiene un tercer motivo que se encabeza del siguiente modo: «Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para la disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, por inaplicación de las mismas en relación con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil respecto de la doctrina de los actos propios.»

Sucintamente, el recurso se basa en que se infringe la normativa societaria dirigida a regular la disolución y liquidación de una sociedad mercantil si se estima la petición de condena a pagar al socio el valor de sus participaciones sociales mediante una acción de reclamación de cantidad en vez de por su oportuno cauce societario. Explica la recurrente el régimen de disolución y liquidación de la sociedad limitada en las leyes de 1953 y de 1989. También invoca el recurso la doctrina de los actos propios pues el demandante se opuso a la celebración de una junta de socios para la disolución y liquidación de la sociedad convocada en 1991. Para combatir la solución alcanzada por la Audiencia Provincial, el recurrente cita a lo largo del motivo distintos pasajes de la sentencia del Juzgado Mercantil.

DECIMOQUINTO.- Valoración de la Sala. Desestimación del motivo

No puede prosperar el motivo de casación por varias razones.

No es admisible un motivo de recurso en el que se citan como infringidas "las normas del ordenamiento jurídico aplicables para la disolución y liquidación de una sociedad de responsabilidad limitada, por inaplicación de las mismas", puesto que es improcedente la formulación de un recurso de casación en que se alegue como infringido un conjunto indiscriminado de normas que rigen una determinada materia (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 794/2009, de 2 de diciembre, recurso núm. 1819/2005 , y 336/2009, de 21 de mayo, recurso núm. 1178/2004). No concreta el recurrente de qué modo la sentencia infringe algún concreto precepto legal de la normativa societaria. La recurrente no era administradora, ni siquiera socia, de la sociedad ROPER BARCELONA, por lo que no se entiende cómo podía el demandante basar la acción dirigida contra ROPER CATALUÑA en la normativa sobre disolución y liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada.

Por otra parte, la invocación de la paralización de los órganos sociales como causa legal de disolución que pudo ser esgrimida por el demandante para pedir judicialmente la disolución carece de base razonable, a la vista del alcance que la jurisprudencia ha dado a dicha causa legal de disolución y de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

Que estando abierta una causa criminal por apropiación indebida, falsedad y estafa, por hechos acaecidos en relación a la sociedad ROPER BARCELONA, el demandante se opusiera a la celebración de una junta de socios de la misma uno de cuyos puntos del orden del día era la disolución y liquidación de la sociedad no es un acto propio que le impida ejercitar acciones en exigencia de la reparación del quebranto patrimonial sufrido por el vaciamiento "de facto" del patrimonio de dicha sociedad a favor de otra constituida por familiares de sus antiguos socios porque no concurren los requisitos exigidos para la aplicación de tal doctrina, expuestos en anteriores fundamentos.

El motivo del recurso debe por tanto desestimarse.

DECIMOSEXTO.- Enunciación del cuarto motivo del recurso de casación de ROPER CATALUÑA



Como cuarto y último motivo del recurso de casación se esgrime que la creación por el demandante de la sociedad METAL ROHAN y la captación por esta de la clientela de ROPER BARCELONA tiene una influencia decisiva porque revela la intervención directa del actor en la causación del perjuicio en el que ahora funda la reclamación indemnizatoria. Al no tenerlo en cuenta, la determinación por la sentencia de la Audiencia Provincial de la relación de causalidad del daño sufrido por el actor es incorrecta y se vulnera el art. 1902 del Código Civil . Se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial, para fijar la cuantía de la indemnización, acepta un informe pericial que valora el patrimonio social de ROPER BARCELONA en 1989 con datos de los años 1986 a 1988, cuando en mayo de 1987 el actor fundó METAL ROHAN y se llevó a esta empresa los clientes de ROPER BARCELONA.

DECIMOSÉPTIMO.- Valoración de la Sala. Inexistencia de la infracción denunciada

La sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado que la actuación del demandante al constituir METAL ROHAN y captar clientes y trabajadores que antes lo eran de ROPER BARCELONA era lícita porque se había realizado en el ejercicio de los derechos y facultades que para el demandante resultan del ordenamiento jurídico, en concreto de la libertad de competencia económica, una vez que fue despedido de ROPER BARCELONA, sin que hubiera prueba del empleo de medios desleales. Por tanto no podía considerarse como un hecho ilícito que rompiera el enlace de causalidad adecuada entre la actuación de la demandada y el quebranto patrimonial del actor.

También se alega que como consecuencia de tal conducta, en 1989 el valor patrimonial de ROPER BARCELONA era inferior al de años anteriores y eso no fue tomado en consideración por el informe pericial conforme al que la sentencia de la Audiencia Provincial fijó la indemnización.

No puede alegarse a través del recurso de casación la indebida toma en consideración de un determinado informe pericial, pues se trataría de una cuestión atinente a la valoración de la prueba, ajena al ámbito del recurso de casación.

Por tanto el recurso de casación de ROPER BARCELONA ha de ser desestimado.

DECIMOCTAVO .- 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 la recurrente. 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 interpuestos por D. Jose Francisco y la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L." y de casación interpuesto por la entidad "ROPER CATALUÑA, S.L.", contra la Sentencia núm. 166/2011, de 13 de abril, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 319/2010 -1ª.

2.- Imponer a los expresados recurrentes las costas de sus respectivos recursos, que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel

José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller

Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena Sebastián Sastre Papiol



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ