

2. DERECHO MERCANTIL

Preaviso y buena fe en la separación *ad nutum* en las sociedades profesionales

Advance notice and good faith in ad nutum separation in professional corporates

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: El ejercicio del derecho de separación del socio de las sociedades profesionales puede someterse a un plazo de preaviso y deberá ejercitarse en todo caso conforme a las exigencias de la buena fe.

ABSTRACT: *The exercise of the right of separation of the partner from professional corporates may be subject to a period of notice and must be exercised in any case in accordance with the requirements of good faith.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de separación. Preaviso y buena fe.

KEY WORDS: *Right of separation. Advance notice and good faith.*

SUMARIO: I. DE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE PRE-AVISO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO PROFESIONAL.—II. DE LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN.—III. DE LA RETENCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS RESULTANDO EL SOCIO INCUMPLIDOR UN DEUDOR DOLOSO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE PREAVISO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO PROFESIONAL

La validez de la fijación del plazo de preaviso en los Estatutos Sociales de una Sociedad Profesional ha sido específicamente admitida por nuestra práctica notarial y registral y refrendada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. De esta forma, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de febrero de 2012, («RDGRN») en el recurso interpuesto por JGBR Abogados y Asesores Tributarios, S.L. Profesional, contra

la negativa del registrador mercantil VIII de Barcelona a inscribir determinada disposición de los estatutos sociales de una entidad (BOE núm. 54 sábado 3 de marzo de 2012 Sec. III, 18388) se pronuncia sin dudas sobre dicha posibilidad. En el caso, analizado por la referida RDGRN el registrador suspende la inscripción de dicha disposición estatutaria porque, a su juicio, «Los términos en los que se regula el derecho de separación de los socios profesionales —en las sociedades constituidas por tiempo indefinido— en el artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales, no permiten condicionar su ejercicio estableciendo un plazo de preaviso, por cuanto que la ley configura el derecho de separación de los socios profesionales como un derecho libremente ejercitable por este en cualquier tiempo, siendo eficaz, desde el momento en que se notifique a la Sociedad».

Hemos de recordar que el artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales («LSP») expresamente prevé lo siguiente:

«1. Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad».

Por lo tanto, desde la exigencia de ejercicio del derecho de separación *ad nutum* conforme a la buena fe es como se fundamenta la validez del establecimiento del plazo de preaviso por parte de la DGRN que razona al respecto del siguiente tenor:

«Indudablemente, este derecho de separación legalmente establecido es de “ius cogens”, pero tal carácter no impide toda modalización de su ejercicio. Así —y aparte la previsión legal que contiene el mismo artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales de necesario ajuste del ejercicio del derecho de separación a las exigencias de la buena fe—, no debe rechazarse la previsión estatutaria de cautelas como la constituida por la cláusula de preaviso cuestionada en el presente caso, toda vez que contribuye a salvaguardar tanto los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción del capital social) como los de la propia sociedad (evitando así que un ejercicio abusivo de ese derecho pudieran abocarla a la disolución), y tampoco puede estimarse contraria al fundamento del derecho de separación “ad nutum” que se establece en interés del socio profesional. En este sentido, no perturba la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable ni implica para el socio una vinculación excesiva o abusiva, máxime si se tiene en cuenta que, al ser aplicada, deben respetarse los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho —cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código civil—».

Sin embargo, en la exigencia de ejercicio del derecho de separación *ad nutum* conforme a la buena fe reside en la validez del plazo de preaviso estatutario fijado para su práctica, pero también en la modalización de este derecho ya que el preaviso exigido se basa igualmente en que también contribuye a salvaguardar los intereses de los acreedores (mediante las normas establecidas para la necesaria reducción de capital) y los de la propia sociedad (evitando que un ejercicio abusivo e intempestivo del derecho por su no sujeción a plazo pudiera incluso llevar a la disolución social).

Coincidimos con los argumentos del notario recurrente que dio lugar a la RDGRN que expuso en cuanto a la razonabilidad del plazo de preaviso «... prudente y, en todo caso, dentro del plazo que establece el artículo 4.5 de la Ley de Sociedades Profesionales para regularizar situaciones de incumplimiento de condiciones (de tres meses en la redacción original del precepto y de seis meses en la redacción actual vigente) y es que, no puede olvidarse que pese a que se haya cursado la notificación de ejercicio del derecho de separación, ello conlleva una serie de actuaciones en orden a su materialización mediante el oportuno negocio jurídico, incluyendo el cálculo de la cuota de liquidación que le pudiera corresponder al socio profesional...la sociedad precisa de prácticamente unos veinte días para poder adoptar las decisiones oportunas en orden a dar solución a la salida del capital social de un socio. El estatuido plazo de dos meses, en este aspecto, concede cierta flexibilidad a la compañía. Sin perjuicio de lo anterior, insistiendo en la viabilidad del plazo de dos meses establecido en los Estatutos Sociales, debe recordarse igualmente la relevancia que para la Sociedad tienen los socios profesionales unidos, no solo por especiales vínculos propios de las sociedades de capital basado en una relación *intuitu personae* (como es el caso) sino por la obligación (legal y estatutaria) de prestar sus servicios a la compañía dentro del ámbito de acción de las prestaciones accesorias que por obligación les corresponde».

En realidad, esta interpretación del artículo 13.1 de la LSP que efectúa la DGRN no supone más que consensuar y entender el régimen societario y la necesidad de oportunidad en el ejercicio de la renuncia que ya se exigieran por los artículos 1705 y 1706 del Código civil («CC»)¹.

El artículo 1705 del Código civil regula la renuncia social de la siguiente forma:

«Artículo 1705:

La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios».

Mientras que el artículo 1706 del Código civil, nos califica la renuncia como inoportuna en los siguientes casos:

«Artículo 1706:

Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen facultad para excluirle de la sociedad.

Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes».

Así, una primera aproximación a la invalidez de la renuncia es la intempestividad de la misma, que tiene lugar cuando se efectúa de forma que no se atiende al plazo de preaviso estipulado.

Como dice PAZ-ARES² «la renuncia ha de hacerse en tiempo oportuno». «Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia —precisa el párrafo segundo del artículo 1706—, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate la disolución».

1. La Ley sanciona así el que quizá sea el supuesto más típico de infracción del deber de fidelidad con ocasión de la denuncia de la sociedad. Lo que se trata de impedir son los daños que ocasiona a los consocios (v. CAPILLA, Com. Edersa, XXI, 1, 674-675); no los daños que se derivan de no poder obtener los beneficios que se esperaban (v. STS de 21 de marzo de 1988). El reproche de intempestividad se funda en el ejercicio que se ocasiona a los consocios privándoles de la posibilidad de adaptarse a la disolución. Los inconvenientes que les acarree la disolución como tal son irrelevantes. Podría decirse que la exigencia de oportunidad trata de proteger el interés negativo, no el interés positivo.

Para que proceda la excepción de intempestividad no es preciso que intervenga dolo o culpa en la conducta del que la ejercita. No obstante, entendemos que la excepción de intempestividad puede neutralizarse mediante la justificación por parte de quien ejercita la denuncia de una justa causa (que no confundirse con la contemplada en el artículo 1707 para la denuncia extraordinaria). El supuesto más característico se produce cuando la sociedad va en detrimento suyo (en este sentido podría invocarse la aplicación analógica del art. 1736). La mejor manera de evitar esos conflictos es previendo un plazo de preaviso. De hecho, la función que cumple el artículo 1706 es someter a preaviso la denuncia. Si no fija un plazo, es porque la extensión de este varía notablemente en función del tipo de sociedad de que se trate»³.

Como se razona por nuestra doctrina científica⁴ «al ser el preaviso un término suspensivo de la eficacia del desistimiento, hay que entender que el contrato continúa vigente durante ese período y que ambos contratantes siguen obligados a cumplir sus respectivas prestaciones hasta que llegue el término final del preaviso, momento en que finaliza la relación contractual en virtud de la producción de los efectos diferidos de aquel acto extintivo. Ahora bien, si por un lado se afirma que el contrato prosigue su marcha, también es cierto que, otro lado, esta continuación debe permitir que paralelamente se cumpla la finalidad a que está destinado el período de preaviso: permitir que el contratante frente a quien se desiste pueda proveer lo necesario para que la terminación de esa relación le resulte lo menos dañosa posible.

Este período previo a la extinción definitiva no es por tanto de carácter liquidatorio, pues aún están en vigor las obligaciones contractuales de las partes —la fase de liquidación comienza propiamente cuando cesa el vínculo contractual inicialmente previsto y solo quedan las obligaciones derivadas de la finalización de la relación económica».

Expresa y específicamente sobre el mantenimiento del contrato de sociedad durante el inválido preaviso y considerando —como no podía ser de otra forma— la ineficacia del acto de desistimiento efectuado de mala fe *ex* artículo 1706 del Código civil, se pronuncia nuestra doctrina (*vid.* por todos, KLEIN, *El desistimiento unilateral...* 229 y 230) cuando razona lo siguiente: «Sin embargo, no puede dejar de destacarse la técnica adoptada por el artículo 1706 del Código civil para el supuesto de la renuncia hecha de mala fe, en cuyo caso se dispone que “el renunciante no se libra para con sus socios, y estos tienen la facultad de excluirle de la sociedad”. Se trata, a mi juicio, de una solución excepcional que consiste en la ineficacia del acto de desistimiento, unida a la disolución parcial de la sociedad mediante la exclusión del socio que actuó de mala fe, y que es posible en virtud de las específicas características de la sociedad: su carácter plurilateral y la existencia de un interés común a los socios, además del particular de cada uno».

Por lo tanto, la oportunidad de la denuncia del contrato social se mide mediante la estipulación de un plazo de preaviso al respecto para mitigar los daños

que una denuncia intempestiva puede ocasionar a la sociedad de la que el socio pretende separarse.

En conclusión, el derecho de separación ejercitado sin cumplimiento del preaviso estatutario no supone más que la calificación del referido derecho de separación no pueda por más que ser considerada abusiva en su ejercicio por intempestiva, durante el cual debería haberse seguido desarrollando la relación social con pleno cumplimiento a las normas legales y estatutarias aplicables.

II. DE LA BUENA FE EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

Adicionalmente al incumplimiento del plazo de preaviso que por sí solo ya supondría la invalidez del derecho de separación ejercitado con incumplimiento del mismo, hemos de sentar las bases de que dicho derecho de separación no solo ha de ser oportuno y tempestivo con atención al preaviso estatutario pactado sino ejercitado conforme a las exigencias de la buena fe, que si bien una primera manifestación de la misma reside en sí mismo en la necesaria observación del correspondiente preaviso, también abarca dicha atención a la buena fe las circunstancias inherentes al propio derecho de separación ejercitado.

La denuncia del contrato social mediante el intempestivo ejercicio del derecho de separación antes referido, no pueda por más que tildarse también efectuada de mala fe en virtud de lo anterior y por tanto que la contravención del artículo 13 de la LSP (denuncia o derecho de separación de buena fe), lo sea no solo por la intempestividad de la denuncia sino también en cuanto al ejercicio de la misma.

Es decir, la buena fe *ex* artículo 13 de la LSP no solo se mide a través de la modalización del derecho de separación que supone la inclusión de un preaviso estatutario al mismo, sino también a raíz de un juicio ponderado sobre la conducta del socio que se pretende separar.

De nuevo la interpretación de qué ha de entenderse por separación de acuerdo con las exigencias de la buena fe, que impone el artículo 13 de la LSP, ha de buscarse en nuestro Derecho de Sociedades general, o sea, en lo previsto en los artículos 224 y 225 del Código de Comercio, como en los artículos 1705 y 1706 del Código civil, que requieren el ejercicio de la denuncia de buena fe.

Recordamos que el artículo 224.2 del Código de Comercio establece una ejemplificación de la denuncia mala fe, con el siguiente tenor: «*Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando, con ocasión de la disolución de la sociedad, pretenda hacer un lucro particular que no hubiera obtenido subsistiendo la compañía*». Mientras que la literalidad del artículo 1706 del Código civil nos ofrece lo siguiente: «*Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común*».

Para comprender el alcance del actuar de buena fe general que tiene el socio y obligada conexión con el deber de buena fe particular que ha de presidir el derecho de desistimiento hemos de atender necesariamente al obligado deber de fidelidad o lealtad que tiene el socio, mereciendo la pena exponer dos ejemplos que ALFARO ÁGUILA REAL⁵ extrae de la literatura jurídica clásica en una exposición que realiza sobre el tema:

«... el egoísmo no representa el mismo papel en la asociación que en el contrato de cambio. En el contrato de cambio, los dos contratantes tienen intereses diametralmente opuestos; si la venta es favorable para el comprador, lo

es en detrimento del vendedor y viceversa. Su daño, mi beneficio es la divisa de cada contratante. Ninguno de ellos puede reprochar al otro porque vele exclusivamente por sus intereses... en la asociación, el interés particular (de cada socio) y el de otro marchan de acuerdo. Si uno de los asociados sufre un perjuicio, el otro lo experimenta igual: la ventaja del uno es la del otro... Si uno de los asociados, en vez de perseguir la ventaja común busca solo su propio interés, destruye la esencia misma de la institución... un asociado infiel es un traidor; según el Derecho Romano, incurría en infamia, pena que no se aplicaba jamás al engaño en el cambio».

IHERING, *El fin en el Derecho*

«Está bien establecido que uno de los socios no puede, directa o indirectamente, utilizar los activos de la sociedad para su propio beneficio; que no puede, al llevar a cabo las actividades de una sociedad, obtener clandestinamente beneficios para sí mismo; que no puede llevar a cabo las actividades de la sociedad para su propio beneficio; que no puede llevar a cabo otra actividad en competencia o rivalidad con la de la empresa, privándola así del beneficio de su tiempo, habilidad y fidelidad, sin rendir cuentas a sus copartícipes por los beneficios que puedan derivarse de ella; que no se le puede permitir obtener para sí mismo lo que es su deber obtener, si es que lo hace, para la compañía de la que es miembro; tampoco puede hacer uso de conocimientos o información que puedan considerarse propiedad de la sociedad, en el sentido de que están a disposición o son útiles para la empresa para cualquier propósito dentro del ámbito de la actividad de la sociedad».

Latta v. Kilbourn, 150 U.S. 524, 543-44 (1893)

PAZ-ARES⁶ nos razona sobre el deber de fidelidad o deber de lealtad del socio ubicado en el principio general de actuación de buena fe (arts. 7 y 1258 CC) de la siguiente forma: «(c) El deber de fidelidad o deber de lealtad, dada su centralidad en el sistema del derecho de sociedades, merece una consideración especial. Constituye la condensación en el derecho de sociedades del principio general de la buena fe. Su fundamento positivo debe ubicarse, consiguientemente, en los artículos 7 I y 1258 del Código civil (así también CAPILLA, *Sociedad civil*, 189-100). [...]. El contenido del deber de fidelidad es muy amplio y articulado. A lo largo de este comentario tendremos ocasión de descubrir algunas de sus aplicaciones más salientes. Con carácter general ha de decirse que el deber de lealtad actúa como elemento modulador de los derechos y obligaciones tipificados y como fundamento de nuevos derechos y obligaciones no especificados (deber de confidencialidad, deber de abstenerse de competir, deber de no explotar las oportunidades de negocio de la sociedad, etc.). La máxima fundamental puede cifrarse, como ha señalado el profesor Girón, en la *prohibición de obtener ventajas a costa del sacrificio de la sociedad*. Esta idea de subordinación de los intereses propios a los intereses sociales se halla, por lo demás, y bajo distintas formulaciones, muy extendida en nuestra doctrina (v., por ejemplo, DE BUEN, EJE XVIII [1910], 870; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-2, 339). Desde el punto de vista económico, podría decirse que el deber de fidelidad constituye el principal instrumento con que cuenta el sistema para impedir la externalización de costes. Las posibilidades de influir sobre la esfera ajena inherente al fenómeno societario ha de moderarse por medio del deber de fidelidad».

En la jurisprudencia también se ha reconocido el deber de fidelidad del socio. En este sentido, destacamos la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo

de 1992 (RJ 1992, 2398), que reconoce expresamente dicho principio en un caso de expulsión de un socio por contrariar el interés social, al razonar lo siguiente:

«Esta conducta contravino no menos que la denominada “affectio societatis”, como serie de elementos contrapuestos que son base de la constitución de la sociedad y que cada socio asume en su parte correspondiente, sino sobre todo el deber de fidelidad (“Treupflicht” según la técnica jurídica germánica) en que se inspiran numerosos preceptos del Código civil, expresivos de la prevalencia del interés común que inspira la sociedad sobre el interés contrapuesto de los socios en particular (arts. 1683, 1684, 1685, 1705, párr. 1 y 1706): No debe olvidarse que, mediante la sociedad, varias personas aúnan sus esfuerzos para la consecución de un fin común, normalmente a través de la cooperación duradera, y en los casos de conflicto entre el interés individual extrasocial del socio y el interés social común a todos, aquel interés particular ha de respetar el interés social, libremente asumido por el socio, y ha de estar limitado por la subordinación del interés personal del socio al interés social, que debe ser preferido; ideas que inspiran el artículo 8 de los Estatutos, a las que no se atuvo, sino que más bien infringió el recurrente. De todo ello resulta en cambio que evidentemente la Sala de instancia siguió las reglas del criterio humano cuando sancionó la separación del socio recurrente de la sociedad, a virtud de la conducta que dedujo de las pruebas practicadas, con lo que no resultó indebidamente aplicado el artículo 1253 del Código civil y el motivo ha de sucumbir».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de septiembre de 2017 (Ind. Cendoj. 08019370152017100306) en el marco de un proceso de impugnación de acuerdos sociales donde se fijaba la retribución del administrador de la sociedad, expresa que:

«Los socios de una sociedad mercantil tienen un deber de fidelidad frente a la sociedad y frente a sus consocios, deber que se impone siempre que el socio tenga la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos sin el consentimiento de sus titulares. Por eso la jurisprudencia ha controlado las decisiones mayoritarias, en el marco de la impugnación de los acuerdos sociales, desde la perspectiva del abuso de derecho: abusa de su derecho de voto el socio mayoritario que adopta decisiones sociales con clara desconsideración de los intereses de los demás socios. Y entre los acuerdos a los que con frecuencia se ha aplicado esa doctrina se encuentran precisamente los de fijación de la remuneración del administrador (STS 13 de junio de 2012), particularmente cuando el cargo de administrador sea ostentado por el socio mayoritario, en la medida en que la fijación de una retribución excesiva pueda convertirse en instrumento a través del cual la mayoría imponga a la minoría una distribución de los beneficios distinta a la que determina la respectiva participación en el capital».

Argumentado lo anterior en cuanto al necesario ejercicio del derecho de separación de buena fe en sede de deber de fidelidad o lealtad del socio (obteniendo ventajas particulares a costa de la sociedad) amén de la necesaria tempestividad en su práctica por cumplimiento del preaviso estatutario fijado), la consecuencia de su no observación por un socio profesional no puede ser otra que la invalidez de la denuncia ejercitada por el mismo.

La conclusión de una denuncia o derecho de separación ejercitado de mala fe, en función de la argumentación razonada efectuada, es la ineficacia o invalidez del mismo. De nuevo coincidimos con PAZ-ARES⁷, en lo siguiente: «2. La denuncia

ejercitada de mala fe es ineficaz (v. SCAEVOLA/BATLLE, *Código XXV*, 2, 179; CAPILLA, Com. Edersa, XXI, 1, 678-679; GIRÓN, Der. Soc., I, 636; etc.). Esta es, en efecto, la solución que establece la ley para el caso previsto («el renunciante no se libra para sus consocios») y que debe extenderse a los no específicamente previstos. Pero, además, en la medida en que se infringe un deber contractual de fidelidad, ha de estimarse que hay obligación de indemnizar los daños ocasionados (cfr. SCAEVOLA/BATLLE, *Código XXV*, 2, 179). 3. El problema más espinoso es el relativo a la exclusión del socio que ejerce deslealmente la denuncia. El artículo 1706 I, en su inciso final, reconoce a los demás socios la «facultad para excluirle de la sociedad». El tenor literal de la norma es infranqueable: en ella *se reconoce, con absoluta claridad, la posibilidad de exclusión de un socio por infracción de un deber contractual* (el deber de fidelidad) (doctrina dominante: v. SCAEVOLA/BATLLE, *Código XXV*, 2, 179; GULLÓN, *Contratos especiales*, 354; GARCÍA VILLAYERDE, *Exclusión*, 186-187; etc.).».

En el ámbito de las sociedades mercantiles, aplicaría la misma consecuencia para la denuncia del contrato social con mala fe proscribida por el artículo 224.1 del Código de Comercio por remisión de la cláusula general de exclusión a la que hace referencia el artículo 218.7 del Código de Comercio, que prescribe la misma, «*Por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de compañía*»⁸, lo que ocurriría igualmente para las sociedades profesionales puesto que su artículo 14 LSP prevé que *todo socio profesional podrá ser excluido, además de por las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad [deber de fidelidad] o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional*, recordándose además que conforme al artículo 16 LSP se puede fijar estatutariamente la cuota de liquidación del socio excluido.

O sea, desde la perspectiva del Derecho de Sociedades general, es decir, se reconoce sin ambages la posibilidad de excluir a un socio como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, donde incluimos —como no— una denuncia o derecho de separación efectuado intempestivamente y de mala fe, resultando como no podía ser de otra forma que dicho incumplimiento legal por parte de un socio profesional supondría la obligación de indemnización de daños y perjuicios causados.

III. DE LA RETENCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS RESULTANDO EL SOCIO INCUMPLIDOR UN DEUDOR DOLOSO

Sentadas las bases del incumplimiento del deber de fidelidad del socio incumplidor, la invalidez del acto jurídico, consistente en el derecho de separación actuado de mala fe y de forma intempestiva por la parte demandada, así como de la pervivencia de la relación societaria (socio-sociedad) durante la denuncia inválida hasta la exclusión legítima por la meritada denuncia de separación intempestiva y de mala fe, no resta más en estos momentos que sostener la necesaria indemnización de daños y perjuicios a satisfacer por el socio incumplidor.

No obstante y con carácter previo, de nuevo hemos de recurrir a la normativa general de la sociedad colectiva ante el silencio de la LSP y la LSC de determinados aspectos relevantes del proceso de separación y exclusión de socios (vgr.

vid. art. 1706 CC sobre la invalidez de la separación efectuada de mala fe siendo causa de exclusión social).

En primer lugar, hemos de mencionar la previsión del artículo 219 del Código de Comercio que regula la siguiente retención o minusvaloración de la cuota del socio excluido:

Artículo 219.

La rescisión parcial de la compañía producirá la ineficacia del contrato con respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella, exigiéndole la parte de pérdida que pueda corresponderle, si la hubiere, y quedando autorizada la sociedad a retener, sin darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión.

Como afirma la doctrina, vid. por todos, PAZ-ARES (*Curso de Derecho...*, 701): «en el supuesto concreto de la exclusión por incumplimiento del socio, el valor real puede verse minorado por el importe de los daños y perjuicios causados a la sociedad y, en todo caso, el pago puede retenerse hasta tanto no «*estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión*» (art. 219 C. de C. *in fine*)»⁹.

Sin lugar a duda, el incumplimiento del socio excluido ha de calificarse como doloso por el incumplimiento del plazo de preaviso, debiéndose tratar por tanto al socio incumplidor excluido o que se excluyera, con las consecuencias que para tal prevé el artículo 1107.2 del Código civil, sobre todo en relación con la ausencia de necesaria previsibilidad para el resarcimiento del daño reclamado.

Así se pronuncia nuestra doctrina (vid. por todos, KLEIN, *El desistimiento unilateral...*, 230 y 231) cuando razona lo siguiente: «Por lo que se refiere al alcance de los daños resarcibles, será necesario delimitar el grado de culpa o dolo que se aprecian en la actuación del sujeto que desiste, a los efectos de aplicar el artículo 1107 del Código civil. En este sentido, puede influir el hecho de la efectiva predeterminación de los deberes mencionados, especialmente del preaviso: en efecto, si la ley o las partes han previsto un concreto plazo de preaviso, su omisión por parte de quien desiste —salvo que exista justa causa— puede considerarse, sin duda, como una actuación dolosa, que llevará como consecuencia que este contratante deba responder de todos los daños y perjuicios que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107)».

El Código civil, en uno de los preceptos mediante los que regula la responsabilidad contractual, que han sido extendidos por la jurisprudencia a la responsabilidad extracontractual, dispone que, mientras el deudor de buena fe responde de los «daños previstos» y de los «daños previsibles» (art. 1107 I CC), el deudor en caso de dolo responde de los daños «que conocidamente se deriven del hecho generador» (art. 1107 II CC). Interpretando este precepto, la jurisprudencia (SSTS de 23 de febrero de 1973, 16 de julio de 1982 [*RJ* 1982, 4249] y 23 de octubre de 1984 [*RJ* 1984, 4971]) ha centrado el ámbito de la responsabilidad del deudor doloso en el nexo de causalidad, privándole de toda limitación o moderación legal, convencional o judicial de la responsabilidad.

Pero el artículo 1107 del Código civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse

la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que, en la línea propuesta por la doctrina para la interpretación del artículo 1107 del Código civil, es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño con el incumplimiento.

En nuestra doctrina consideramos que ha sido PANTALEÓN PRIETO quien ha ofrecido con gran acierto una correcta interpretación del artículo 1107.2 del Código civil en función de sus antecedentes históricos, con crítica de la redacción ofrecida por GARCÍA GOYENA al problema en el artículo 1016 del Proyecto de 1851¹⁰, al proponer lo siguiente¹¹: «El artículo 1107 del Código civil sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código civil francés y 1223 del vigente Código civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107 II del Código civil dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendida ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es solo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la «familia latina», también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso».

De esta forma, entendemos también que la interpretación del artículo 1107.2 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos supone ciertamente la eliminación de la regla de la previsibilidad que se estableció para el deudor no doloso, es decir, el resarcimiento de todos los daños *circa rem* (intrínsecos) y de los daños *extra rem* (extrínsecos), ¿pero se resarcen todos estos daños?, evidentemente no, solo los que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables.

Más recientemente MORALES MORENO¹² expone la solución a la imputación objetiva que ha de ser objeto de razonamiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el del artículo 1107.2 del Código civil, sobre la base de la teoría de la adecuación, de la siguiente forma: «A mi modo de ver, la teoría de la

adecuación debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos.

El artículo 1107 II del Código civil hemos de referirlo al criterio de la adecuación. No hemos de encontrar en su texto graves obstáculos para ello, si entendemos que “conocidamente” no significa “probadamente”, aunque por supuesto los daños deban ser probados, sino daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

Es decir, con ello MORALES MORENO entiende que el deudor doloso solo responde de los daños cuya causación es conocida en el momento de ejecutar la acción dolosa, o bien, de los que le puedan ser imputados según el conocimiento de un observador imparcial, o sea, el deudor responde de los daños que por el conocimiento de la situación particular tenga prevé que causará en el acreedor del daño, o bien, los que le pudieran ser imputados objetivamente según el juicio cognoscitivo de un tercero imparcial¹³.

Por tanto, la fórmula propuesta de forma correcta en nuestra opinión es la imputación objetiva —en este caso— al deudor doloso del correspondiente daño a efectos de su resarcimiento, distinguiéndola de la mera causalidad ofrecida por el conocido principio «*causa como condición*» asentado en la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual la causa es la condición *sine qua non* del daño, de tal forma que de no haber acaecido tal causa no se hubiera producido el correspondiente daño¹⁴.

Esta teoría de la equivalencia de condiciones ya fue criticada de antaño por nuestra doctrina civilista¹⁵, ya que como razonó PANTALEÓN PRIETO¹⁶, dicha crítica «no podía ser de otra forma: si las cuestiones de causalidad en sentido propio no se diferencian de las de imputación objetiva, es claro que aquella teoría no puede ser aceptada, porque conduciría a un indeseable, por ilimitada, extensión de la responsabilidad. Cuando lo cierto es que la dificultad surge al pretender utilizar la teoría de la equivalencia de condiciones, o la fórmula de la *condicio sine qua non*, en algo para lo que no sirven ni han servido nunca: para determinar los límites de la imputación objetiva de las consecuencias dañosas a la conducta del responsable».

En nuestra opinión, consideramos que sí puede ser así, en nuestro caso, para los daños que se reclamen al socio incumplidor por mor de la aplicación de lo previsto en el artículo 1107 del Código civil al tener el mismo la consideración de deudor doloso por el incumplimiento de las observancias de la buena fe incluyendo la intemperstividad del pretendido derecho de separación al no respetar el plazo de preaviso estatutariamente establecido.

Pero en el análisis del artículo 1107.2 del Código civil y su correcta aplicación al caso no termina con lo anterior, es decir, mediante la consideración de deudor doloso del socio incumplidor de su deber de preaviso lo que conlleva como decíamos la obligación de resarcir todos los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables, sino que supone también por la referida

calificación dolosa la eliminación del carácter previsible del daño para su resarcimiento. Es decir «daño previsible» (art. 1107.1 CC) y «consecuencia necesaria» (art. 1107.2 CC) no se encuentran en el mismo plano ya que el primer concepto trata de excluir ciertos daños sin predicar conexiones causales que es a lo que se refiere el segundo concepto.

Intentando conjugar ambos párrafos del artículo 1107 del Código civil, CARRASCO PERERA¹⁷ opina que «Como se desprende de su texto, existen tres criterios, distintos y parcialmente cumulativos, de exclusión de daños que hubieren de ser resarcidos por el deudor que incumple. Primero, solo se responde de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Segundo, solo se indemnizan los daños que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Tercero, el deudor doloso no resarcirá los daños que conocidamente (no) se deriven de la falta de cumplimiento. Los dos primeros son cumulativamente aplicables cuando el deudor incumplidor es de «buena fe» (es decir, no procedió con dolo), y solo responderá de los daños previstos/previsibles y que sean, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. En definitiva, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo 1). El tercer criterio es la medida de imputación de daños al deudor de mala fe, que responde de todos los que conocidamente se deriven del incumplimiento. En consecuencia, y por exclusión, el deudor de mala fe respondería también de daños que no fueren previsibles y no estuvieran vinculados por una relación causal adecuada con el incumplimiento».

Al ser el socio incumplidor un deudor doloso por incumplimiento de su deber de preaviso ha de responder necesariamente ex artículo 1107.2 del Código civil del daño emergente y del lucro cesante¹⁸ tanto previsible (*circa rem* o daño intrínseco) como imprevisible (*extra rem* o daño extrínseco), o sea, tanto si el daño deriva propiamente tanto del incumplimiento de su deber de fidelidad (así, respecto de los daños previsibles) pero también de aquellos daños que se produzcan en el resto de la esfera del damnificado que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata, es decir, que le sean imputables (así, para los daños imprevisibles directos).

En cuanto al lucro cesante, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2012 recordó que «[l]a determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe. El lucro cesante futuro presenta dificultades probatorias, pues solo puede ser calculado mediante evaluaciones de carácter prospectivo y no mediante mediciones efectuadas sobre situaciones económicas ya realizadas».

Sin perjuicio de lo anterior, es reiterada también la jurisprudencia que admite como excepción a la regla general cierta relajación en la actividad probatoria del lucro cesante única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que tiene cabida la aplicación del principio «*res ipsa loquitur*».

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012 declara «No obstante, no cabe confundir la prueba de la existencia del “lucro cesante” con la de su alcance económico. En ocasiones el “lucro cesante” no necesita ser probado porque claramente se desprende del incumplimiento y consiguiente frustración del contrato». (...)

Tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo, (...) su prueba está sometida a «criterios de razonabilidad... para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias» (STS de 30 de julio de 2012), en conclusión, la doctrina del Tribunal Supremo exige que el lucro cesante «ha de presentarse con cierta consistencia».

Ejemplo de lo anterior, es que en la denuncia de mala fe del contrato de sociedad *ex* artículo 1706 del Código civil como sucede en este caso de socio incumplidor del preaviso según hemos argumentado, la jurisprudencia ha tenido la ocasión de obligar a resarcir por lucro cesante al socio denunciante de mala fe, así citamos a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) 254/2014 de 17 de junio de 2014.

En conclusión, el lucro cesante reclamable sin duda gozaría de la probabilidad exigida jurisprudencialmente (*res ipsa loquitur*) resultando esta ganancia frustrada de obtener claramente imputable directamente al socio incumplidor como daño *extra rem*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA REAL. <https://almacenedderecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/>
- CARRASCO PERERA. Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios, *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional*, Bogotá, Legis editores, núm. 40, 2013.
- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2017.
- GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*, 1976.
- LARENZ. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927).
- MICHELE KLEIN. *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, 1997.
- MORALES MORENO. *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Civitas, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO. *Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. Centenario del Código civil*. Editorial de Estudios Ramón Areces, Vol. II. Madrid, 1990.
- El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLV, Fascículo 3.º, 1991.
- *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II.
- *Curso de Derecho Mercantil*, 1.ª ed., 2006, Civitas.
- SÁEZ LACAVE. Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. *Indret*, 1/2016.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 6 de marzo de 1992
- STS de 9 de abril del 2012
- STS de 24 de mayo de 2012
- STS de 30 de julio de 2012
- SAP de Barcelona de 17 junio de 2014
- SAP de Barcelona de 12 de septiembre de 2017
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 7 de febrero de 2012

NOTAS

¹ PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1314, nos explica la función de la sociedad civil en el sistema de derecho de sociedades de la siguiente forma: «De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la sociedad regulada por el Código civil es la sociedad general del tráfico, cuya disciplina entra en juego siempre que no reclame su vigencia la correspondiente a un tipo especial (o cuando la normativa del tipo especial no contemple la cuestión disputada). Cabe hablar por ello de una función residual de la sociedad del Código civil (sociedad general) que, por su importancia, se superpone a la que podríamos llamar su función central de regular los supuestos normales que se coordinan en el tipo —sociedades externas del tráfico agrícola, artesanal y profesional— previsto por el legislador (sociedad civil en sentido estricto). Esta doble función de una única disciplina permite sostener que la llamada sociedad civil no constituye, en rigor, una forma social (el tipo no está formalizado, es un mero «tipo de frecuencia» en el que la ausencia de uno o varios elementos lo único que determina es la inaplicación de aquella parte de la disciplina dictada en atención a los mismos), sino un esquema positivo elemental que carece de identidad estructural y causal. La disciplina del Código civil es, *sic et simpliciter*, el régimen general de la actividad societaria».

² PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1511.

³ Una postura crítica con la existencia de este deber de fidelidad del socio, puede encontrarse en SÁEZ LACAVE, Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas. *Indret*, 1/2016; y, CARRASCO PERERA, Racionalidad económica y deberes de lealtad de los socios, *Foro de Derecho Mercantil: Revista internacional*, Bogotá, Legis editores, núm. 40, 2013.

⁴ MICHELE KLEIN, *El desistimiento unilateral del contrato*, Civitas, 1997, 217 y sigs.

⁵ ALFARO ÁGUILA REAL: <https://almacendederecho.org/el-deber-de-lealtad-del-socio-no-es-un-deber-fiduciario/>

⁶ PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1326 y 1327.

⁷ PAZ-ARES. *Comentarios al Código civil*. Ministerio de Justicia. BOE, 1990, T II, 1510 y 1511.

⁸ En cuanto a la función de la sociedad colectiva como sociedad general del tráfico mercantil, PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil*, 1.ª ed., 2006, Civitas, 614 y 615 nos expone lo siguiente: «No obstante su declive en la vida económica de nuestro tiempo, la sociedad colectiva conserva una notable importancia tanto sistemática como funcional. En atención al primer punto de vista, conviene tener en cuenta que el régimen de la sociedad colectiva, al igual que el régimen de la sociedad civil, representa la base de la parte general del Derecho de sociedades y, en esa medida, puede servir para cubrir lagunas y deshacer incertidumbres en la parte especial. En algunas ocasiones, la remisión es expresa y directa. Tal es el caso, muy significadamente, de la sociedad comanditaria simple o de la agrupación de interés económico, que en su estructura elemental son sociedades colectivas (v. arts. 145, 148 y 149 C. de C. y 1 LAIE). Pero aunque la ley guarde silencio, habrá muchas ocasiones en que lo indicado sea dirigir la mirada al régimen de la colectiva. Pensamos fundamentalmente en la sociedad limitada, cuya regulación en no pocos supuestos o aspectos necesita ser contemplada e incluso rectificada a la luz del Derecho de la sociedad colectiva».

⁹ La explicación de las consecuencias del artículo 219 *in fine* del Código de Comercio, nos las realiza GIRÓN TENA (*Vid.* GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, 1976, pág. 681 de la siguiente forma: «Hay, en primer término, un particular derecho de retención a favor de la sociedad. Está claro que la sociedad puede no hacer ninguna entrega por cuenta de la parte de socio del excluido hasta que no estén terminadas las operaciones pendientes —artículo 219—. Lo que no está claro en cambio es si el inciso de dicho artículo que dice «...retener si darle participación en las ganancias ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social...», quiere hacer una extensión de la retención a las cantidades correspondientes a aquellos conceptos, pero para ser pagados en su momento o imponer una sanción de pérdida definitiva. No parece que sea esto último porque, de una parte, no es razonable que se hagan perder indemnizaciones, y de otra, porque el precedente del

C. de c. del 29, de igual contenido que el presente, expresamente remitía a las sanciones por el incumplimiento que la exclusión sanciona a las expresadas en los lugares en que dichos incumplimientos se tratan. Con todo, y como regla, dado que la exclusión contempla, en nuestro Derecho, incumplimientos, ha de estarse (en lo compatible con el tratamiento específico en cada supuesto) a la regla de indemnización de daños y perjuicios por parte del culpable excluido a los demás. El tiempo de duración de esta facultad de retener se extiende hasta la terminación y liquidación de las operaciones pendientes».

¹⁰ PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLV, Fascículo 3.º, 1991, 1089 y 1090. La interpretación histórica que realiza este autor es el siguiente:

«Naturalmente, el hecho de que la citada ley de Codex, que fijaba para el *id quod interest* el límite máximo del doble del valor de la prestación, no fuese aplicable a los incumplimientos dolosos, en modo alguno implica que en estos tuviera el deudor que responder de todos los daños de los que el incumplimiento fuese condición *sine qua non*. A mi juicio, el despropósito de GARCÍA GOYENA solo puede comprenderse desde una de estas dos hipótesis, o desde una combinación de ambas:

i) Dicho autor interpretó erróneamente las palabras *une suite immédiate et directe* del artículo 1151 del Código Napoleón, por creer que conllevaban considerar indemnizables solo los daños intrínsecos, los daños *circa ipsam rem* de D. 19,1,21,3. En efecto, en su glosa al artículo 1016 del Proyecto de 1851, escribió GARCÍA GOYENA que, en él, las referencias a lo previsto o previsible del Código francés «se hallan reemplazadas por la de “consecuencia inmediata y necesaria” que parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19 del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit* (¿leería García Goyena la exposición de motivos del Código civil francés de Bigot-Préameneu, cometiendo el mismo error que este?). Se comprende, entonces, que se separase del modelo francés, que, desde su equivocada interpretación, establecería una limitación absolutamente excesiva de la responsabilidad por dolo; tan excesiva que, como hemos indicado ya, a los pandectistas alemanes les pareció tal, incluso para el deudor no doloso.

ii) GARCÍA GOYENA partió de la premisa de que el deudor doloso, por ser autor de un *delictum*, tenía que ser tratado por que el deudor no doloso; y puesto que en el Proyecto de 1851 se prescindía de la limitación del *quantum respondeatur* a los daños previstos o previsibles al tiempo de contratar, que era precisamente la que marcaba la diferencia entre uno y otro tipo de deudor en el Código civil francés, no se le ocurrió mejor solución que la de extender la responsabilidad del deudor doloso más allá de los daños que fueren *suite immédiate et directe* (en el sentido históricamente correcto de esta expresión del incumplimiento doloso).

¹¹ PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, 1090 y 1091.

¹² MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Civitas, 2010, 179.

¹³ PANTALEÓN PRIETO. —Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación. *Centenario del Código civil*. Editorial de Estudios Ramón Areces, Vol. II. Madrid, 1990, 1590 y 1591—, también entiende que el criterio de la adecuación es útil para la resolución de problemas con cursos causales completamente irregulares o anormales. A estos efectos y de forma ilustrativa, cita la siguiente decisión del Common Law, *Overseas Tankship (U.K) v. Morts Dock and Engineering Co. (The Wagon Mound)* [1961] A.C. 388 (p.C): «A causa de la negligencia de los demandados, una gran cantidad de aceite de las calderas se descargó desde el barco de aquellos a la bahía, extendiéndose sobre una buena parte de ella. Llegó, en concreto, cerca de un muelle perteneciente a los demandantes, constructores y reparadores de barcos, que estaban ocupados en el arreglo de uno, y utilizaban al efecto equipo de soldadura eléctrico y de oxiacetileno. Los demandantes, creyendo que el aceite sobre el agua no era inflamable, continuaron sus trabajos. Al día siguiente, empero, metal incandescente que cayó desde el muelle hizo arder el aceite, y el incendio causó muy graves daños en la propiedad de los demandantes. Se absolvió a los demandados, sobre la base de que ni conocieron ni pudieron razonablemente conocer que el aceite de las calderas, extendido sobre el agua, podía prenderse fuego».

¹⁴ Para un estudio histórico de la teoría de la imputación objetiva, *vid.* Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* (1927).

¹⁵ Vid. DE COSSÍO. La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio de Derecho español. *Anuario de Derecho Civil*, 1966, 531 y sigs..

¹⁶ Vid. PANTALEÓN PRIETO. *Causalidad...* 1566.

¹⁷ CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2017, 1203 y 1204.

¹⁸ Como recoge CARRASCO PERERA (*vid. op. cit.*) 1207 y 1208. En la tradición del *Ius Commune*, DONELLO formularía la síntesis de los casos partiendo de una distinción elegante. Sería *circa rem* el lucro cesante que deriva necesariamente de la cosa, sin interposición de un suceso externo o una conducta del acreedor; sería de esta forma indemnizable la herencia deferida al esclavo del que se me ha privado por evicción. Pero sería *extra rem* aquello que, no proviniendo de la cosa, podía tanto tener como no tener (los peces que no pesqué por haber roto un tercero la red), o aquello que, aunque el deudor tuviera, podría de hecho procurárselo de otra manera, por vía distinta de la prestación fallida. La muerte del esclavo en Dig. 19, 1, 21, 3 es *extra rem*, porque no deriva de la falta de trigo vendido, sino porque el comprador no tiene trigo, que podría haberse procurado de otra fuente; es *extra rem* el lucro de negociación del vino no entregado, pues este lucro no deriva del vino, sino de la industria del vendedor, que hubiera negociado con él. En su formulación inmediatamente anterior al *Code français*, la regla clásica *intra rem/extra rem* ya se formula por POTHIER en términos de daño previsible o imprevisible: «*por lo común se reputa que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que resulten para el acreedor del incumplimiento de la obligación y en relación a la cosa que es objeto de la misma, y no a aquellos que la inejecución de la obligación le ha ocasionado en otros bienes*».