

# PRAXIS JUDICIAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES



Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano  
Número 13  
Enero 2021

Revista Praxis Judicial de los Tribunales Españoles.

Edita: Instituto de derecho Iberoamericano.

Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1 -15.

Valencia, España. 46023.

ISSN 2386-9704

Correo electrónico:  
[contacto@idibe.org](mailto:contacto@idibe.org)

Dirección web:  
[www.idibe.org](http://www.idibe.org)

Director General:  
José Ramón de Verda y Beamonte  
[j.ramon.de-verda@uv.es](mailto:j.ramon.de-verda@uv.es)

© Derechos Reservados de los Autores

**DIRECTOR**

DR.DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

**SUBDIRECTOR**

D. LUIS DE LAS HERAS VIVES  
ABOGADO, VICEPRESIDENTE DEL IDIBE

**SECRETARÍA DE REDACCIÓN**

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO  
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO TRIBUTARIO  
UNIVERSITAT POLITÈCNICA DE VALÈNCIA

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

DRA. ESTHER ALGARRA PRATS  
CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DR. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH  
CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DR. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS  
PROFESOR AYUDANTE DOCTOR DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

D. GONZALO MUÑOZ RODRIGO  
GRADUADO EN DERECHO

DR. JUAN ANTONIO TAMAYO CARMONA  
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSIDAD DE VALENCIA

#### INICIALES DE LOS AUTORES

B.A.S.: Dra. Belén Andrés Segovia, Becaria de investigación del Departamento de Derecho Administrativo en la Universidad de Valencia.

J.B.D.: Dr. Javier Barceló Doménech, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

A.I.B.G.: Dr. Ana Isabel Blanco García, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

A.B.B.: D. Álvaro Bueno Biot, doctorando en Derecho por la Universidad de Valencia.

A.C.T.: Dra. Asunción Colás Turégano, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

P.G.P.: Dr. Pablo Girgado Perandones, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Tarragona.

F.H.G.: Dr. Fernando Hernández Guijarro, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario de la Universitat Politècnica de València.

E. de L.G.: Dra. Elena de Luis García, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia.

G.M.R.: D. Gonzalo Muñoz Rodrigo, Graduado en Derecho.

A.O.G.: Dr. Alfonso Ortega Gímenez, Profesor Contrato Doctor del Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

S.R.LL.: Dra. Sonia Rodríguez Llamas, Profesora Contratada Doctor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

M.V.S.: Dña. Marina Ventaja Segura, Becaria de investigación en el Departamento de Derecho Mercantil de la Universitat Rovira i Virgili.

J.R.V.B.: Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

## ÍNDICE SUMARIO

I. Derecho Civil.....	6
1. Derecho de Familia.....	6
2. Obligaciones y Contratos.....	27
3. Derechos de la Persona.....	62
II. Derecho Mercantil.....	67
1. Derecho de Seguros.....	67
2. Derecho de Sociedades.....	92
3. Derecho Concursal.....	203
4. Contratación Mercantil.....	205
III. Derecho Procesal.....	214
IV. Derecho Penal.....	222
1. Parte General.....	222
2. Parte Especial.....	228
V. Derecho Administrativo.....	236
VI. Derecho Tributario.....	256
VII. Derecho Internacional Privado.....	264

## I. DERECHO CIVIL

### 1. DERECHO DE FAMILIA

*Jurisprudencia: Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, se extinguirán el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge.*

STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2019, rec. nº 272/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/2b2de6c806a9bac9/20191028>

“(…) El artículo 90 CC, en su apartado 3 dispone que ‘Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.

De la lectura de la sentencia dictada en primera instancia -la de apelación no razona sobre ello- se desprende que la decisión judicial pasa por considerar que, dados los términos del acuerdo alcanzado por los cónyuges, aprobado judicialmente, sobre el uso de la vivienda familiar, ‘la única alteración sustancial de las circunstancias que pudiera llegar a producirse para modificar la atribución del uso es que la liquidación de gananciales estuviera ya consumada’, por lo que nada importa la nueva situación de la demandada al haber contraído matrimonio y residir en otro domicilio.

Tal argumentación no puede ser compartida ya que de la propia norma que ha sido transcrita se desprende que el cambio de circunstancias puede suponer que el juez -a instancia de parte- modifique la medida adoptada incluso cuando ha existido acuerdo de los interesados sobre ella, pues tal acuerdo se adopta en atención a las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce, pudiendo quedar afectado por cualquier modificación posterior que pueda ser sustancial, como ocurre en el caso presente en que la esposa ha contraído nuevo matrimonio”(F.D. 2º).

“(…) Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial puede -hasta la liquidación de la sociedad de gananciales- ser utilizada de otro modo, como es cederla a alguno de los hijos, arrendarla etc.

En este caso la demandada carece de un interés digno de especial protección a la hora de mantener a su favor la atribución de uso de la vivienda familiar, ya que ha contraído nuevo matrimonio y reside habitualmente en la vivienda de su nuevo esposo y tampoco se acredita por el demandante que concurra en él dicho interés protegible, por lo que procede la estimación de la demanda en dichos términos” (F.D. 3º). [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Los alimentos a los hijos menores de edad fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda.*

STS (Sala 1ª) de 6 de febrero de 2020, rec. nº 1943/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/T5/openDocument/f4102fa2683375de/20200217>

“(…) Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación.

Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 del C. Civil).

(…) No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC).

Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere ( art. 726.1.1.º LEC).

Su accesoriadad viene confirmada por el art. 770.4 LEC al permitir su subsistencia sólo si en el plazo de 30 días se interpone la demanda.

Los arts. 106 del C. Civil y 773.5 LEC no recogen un planteamiento diferente, pues supeditan los efectos de las medidas provisionales a lo que definitivamente se establezca en sentencia y, en este caso, en la sentencia se establece que los

alimentos que ella fija se abonarán desde la interposición de la demanda, al imponer ese criterio el art. 148 del C. Civil” (F.D. 2º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico.*

STS (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2020, rec. nº 1512/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/00007891b12f8978/20200224>

“(…) La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, incardinable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el art. 97 del CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital.

(…) la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como ‘cualquier otra circunstancia relevante’, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC. Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico (SSTS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC nº 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC nº 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC nº 523/2008], 104/2014, de 20 de febrero y 495/2019, de 25 de septiembre, entre otras muchas)

(…) Según resulta de los hechos declarados probados las circunstancias del art. 97 del CC se materializan de la forma siguiente:

A) Los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges. En este caso, ningún convenio consta al respecto.

B) La edad y el estado de salud. En este sentido, a la fecha de la sentencia del Juzgado, la actora contaba con 43 años y el demandado con la misma edad. No consta ninguna incidencia negativa con respecto al estado de salud de los litigantes.

C) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso al trabajo. La demandante es bióloga de profesión y goza de estabilidad laboral, trabajó antes de

contraer matrimonio, durante la convivencia matrimonial y sigue haciéndolo en la actualidad. Igualmente, el demandado siempre trabajó antes, durante y después de la vida en común.

D) La colaboración con las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; en este caso no concurre, al ser ambos trabajadores por cuenta ajena.

E) La duración de la convivencia conyugal. Los cónyuges contrajeron matrimonio, el 3 de mayo de 2003. En el hecho cuarto de la demanda, se hace referencia expresa a que ya venían haciendo vida separada desde hacía meses; por lo que la convivencia duró unos 13 años aproximadamente. F) La dedicación pasada y futura a la familia. En este aspecto, durante la convivencia matrimonial, la demandada centró especialmente su atención en el cuidado de los hijos comunes y a tal efecto solicitó una disminución de la jornada laboral de dos horas. La dedicación futura a la familia existe, dada su condición de cónyuge custodio, si bien en atención a la edad actual de los hijos de 16 y 13 años de edad, su implicación ya no es tan intensa por requerir menos atención personal.

G) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. La actora cuenta con un salario mensual de unos 1310 euros, a lo que habría que añadir el importe de las pagas extras, mientras que los ingresos del demandado, en cómputo mensual, equivalen a unos 6626,59 euros al mes. Con la obligación de abonar a los hijos una pensión de alimentos de 1100 euros mensuales con actualización IPC, así como la necesidad de cubrir sus necesidades de habitación. El régimen económico del matrimonio fue el de la sociedad legal de gananciales, durante el cual la actora disfrutó del carácter común de los superiores ingresos del marido (art. 1347.1 CC), lo que permitió la constitución de un patrimonio común entre el que se encuentra la vivienda familiar.

En atención a las circunstancias expuestas, consideramos que existe un desequilibrio económico, determinante de la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa.

Como señala la STS 495/2019, de 25 de septiembre, existe desequilibrio económico pues la esposa: ‘perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (art. 97.4 del C. Civil), máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona’. Con ello, no se pretende equiparar patrimonios sino compensar el desequilibrio (SSTS 450/2019, de 18 de julio y 123/2019, de 26 de febrero)” (F.D. 4º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: La importancia de la autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad aconseja optar por la curatela, institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión.*

STS (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2020, rec. n.º 3904/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0f397f0e9d01a6f5/20200228>

“La adecuación de nuestro sistema de tutela y curatela como respuestas legislativas ante la limitación parcial del alcance de la capacidad, se ha examinado desde la perspectiva que recoge la reciente sentencia 298/2017, de 16 de mayo (...) a la que se opone la sentencia recurrida en cuanto que de la adaptación de los sistemas tutelares del Código Civil en una interpretación acorde a la Convención de Nueva York de 2006, corresponde la tutela a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos como el presente en el que la sentencia refiere limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo también en los actos de la esfera personal).

Así la STS 298/2017, de 16 de mayo, (...), establece:

(...) “La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

(...) Lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.” (F.D. 4º).

“Esta sala, a la vista de los minuciosos hechos probados declarados en la sentencia recurrida, y dado el informe del Ministerio Fiscal, en el que solicita la estimación del recurso, debe declarar que la institución que mejor garantiza la autonomía y protección de Dña. Ramona es la curatela (arts. 287 y 289 del C. Civil), dado que posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, sin perjuicio de la necesaria asistencia del curador a aquellos actos ya declarados en la sentencia de la Audiencia Provincial, con los que la recurrente y el Ministerio Fiscal están conformes. En el mismo sentido los arts. 1 y 12 del Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre

de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reconoce el preámbulo del Convenio ‘la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones’.

(...) En conclusión, procede estimar el recurso y someter a la demandante al sistema de curatela, confirmando en los demás aspectos la sentencia recurrida, al ser una medida proporcional con su situación médica y personal, constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva, que respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses” (F.D. 5º) [S.R.LL.]

*Jurisprudencia: Concesión de pensión compensatoria con carácter indefinido a una mujer sin cualificación profesional, dedicada al cuidado de la familia durante 25 años, la cual tenía reconocido un grado de discapacidad del 40%, con una hija mayor, que padecía una escoliosis dorsal, y otra menor, de 14 años. Revocación de sentencia: falta de acreditación de que en el plazo de 7 años pudiera convertir en dinero el patrimonio inmobiliario heredado, respecto del cual su padre tenía el usufructo.*

STS (Sala 1ª) de 3 de junio de 2020, rec. nº 2546/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6a488af60f52cba6/20200619>

“(…) La única posibilidad en la que funda un juicio prospectivo para fijar una limitación temporal a la pensión compensatoria, sería el patrimonio heredado por la recurrente, y, de ahí, que sea ese dato el que retiene el recurrido para oponerse al recurso.

Sin embargo, no aprecia la sala con certidumbre, o índice alto de probabilidad, de que en el plazo de 7 años obtenga la recurrente liquidez del patrimonio hereditario y, en su caso, del quantum, pues se carece de datos concluyentes para llevar a cabo ese juicio prospectivo.

Aunque en relación con la liquidación de la sociedad legal de gananciales, y alguna referencia a herencia, se pueden citar las siguientes sentencias:

La sentencia 304/2016, de 16 de mayo, afirma que: ‘sí podría ser factor relevante el relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial y las potenciales adjudicaciones que pudiese recibir la recurrente, si se tiene en cuenta la doctrina de esta sala fijada en la sentencia, de Pleno, de 19 de enero de 2010, recordada por la sentencia de 24 de noviembre de 2011, rec. 567/2010’. Ahora bien, en el factum de la sentencia recurrida no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio. De todo ello se infiere que se carece de datos, suficientemente fiables, para aventurar la superación del desequilibrio, y, en su caso, en cuanto tiempo; por lo que es más prudente no establecerlo.

La sentencia 538/2017, de 2 de octubre, afirma: ‘la fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción -como ocurre en el caso- lo oportuno es el establecimiento de la pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad -que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella’.

Por todo ello no tiene sentido fijar el límite de 7 años, pues si las actuales condiciones no se hubiesen alterado al llegar esa fecha, la recurrente se varía con grandes dificultades económicas, sobre todo si tiene en cuenta que el recurrido percibirá una pensión contributiva en su momento, mientras que la recurrente, por no cotizar al dedicarse al hogar e hijos, se va a ver privada de disfrutarla.” (F.D. 2º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Atribución del uso de vivienda familiar, existiendo custodia compartida: no cabe atribuirlo hasta que los hijos menores alcancen la mayoría de edad: atribución a la madre durante el plazo de un año.*

STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2020, rec. nº 3855/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/88ceb8fa10b432e6/20200619>

“(…) 2.2. Debemos partir de la doctrina de la sala sobre atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida. Como recuerda, resumiendo la doctrina de la sala, la sentencia 95/2018, de 20 de febrero:

‘1.ª) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

‘El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

‘Añade, finalmente el art. 2.4 que: ‘En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro

interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados’.

‘2.ª) El art. 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC.

‘Pero el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, ‘el Juez resolverá lo procedente’.

De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

‘Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda’.

(...) A falta de acuerdo, y en atención a las circunstancias, puesto que no se pone en peligro el sistema de custodia compartida adoptado en interés de los menores, no puede mantenerse la atribución del uso a la madre durante el plazo que resultaría de integrar el fallo de la sentencia con su fundamentación, es decir, cuando alcanzara la mayoría de edad el menor de los hijos.

Consta en las actuaciones que los progenitores, que estaban casados en régimen de separación de bienes y son copropietarios de la vivienda, han asumido desde la separación los gastos de los hijos a partes iguales. Consta también que la madre ha venido disfrutando del uso de la vivienda desde el verano de 2015, cuando se produjo la separación. En consecuencia, resulta razonable concluir que, aunque se partiera de una situación de mayor necesidad que justificara asignarle el uso de manera temporal, no existe una causa que justifique la imposición de una mayor restricción a los derechos dominicales del padre.

Por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procedía era acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la situación de custodia compartida, como solicita el recurrente, y que esta sala, asumiendo la instancia, fija en el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, transcurrido el cual la esposa deberá abandonar la vivienda.

De este modo, sumando al tiempo transcurrido el que se concede en esta sentencia, la madre habrá contado con un período para organizarse y procurarse una vivienda propia en la que residir con los menores cuando semanalmente le corresponda su guarda y, si hasta ahora no lo ha hecho, la liquidación de la que fue vivienda familiar y sus ingresos le permitirán hacerlo.

Debemos señalar, por lo demás, que tal solución resulta preferible a la primera propuesta por el recurrente de establecer un uso alternativo de la vivienda, tanto por la conflictividad que añadiría el mantenimiento de una residencia común alternada como la exigencia que impondría económicamente tal medida de contar con tres viviendas (la común y la de cada uno de los padres).” (F.D. 3º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Alimentos debidos los hijos mayores de edad: legitimación de la madre para reclamarlos a pesar de convivir la hija con la abuela, por razón de sus estudios de Formación profesional.*

STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2020, rec. nº 3294/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f151869ad6cc3734/20200716>

“(…) El primero de los motivos del recurso de casación, único que ha sido admitido, denuncia la vulneración del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, y de la jurisprudencia de esta sala que exige para reconocer legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo quien los perciba y administre, con cita de las sentencias núm. 411/2000, de 24 abril, y 156/2017, de 7 de marzo. En efecto así lo dispone la norma que se invoca como infringida, pero no cabe desconocer que el artículo 3.1 CC establece que las normas se interpretarán según su espíritu y finalidad, y si atendemos a ello pronto se advierte que la exclusión de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad se refiere a los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia y no a aquellos en que, por razones justificadas como son la de seguir estudios de formación profesional en otra localidad -como ocurre en el caso presente- dicha convivencia tenga lugar en la actualidad con la abuela materna ya que en tal caso la convivencia se sigue en el seno familiar en el cual se atienden las necesidades básicas de la hija; y es la ruptura matrimonial la que determina que el progenitor obligado -en este caso el padre- no haga frente directamente a sus gastos de mantenimiento, lo que implica la necesidad de la pensión, sin necesidad de obligar a la hija a formular por sí una demanda de petición de alimentos de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 142 y ss. del Código Civil. Por ello, la sentencia impugnada no infringe lo dispuesto en dicha norma, así interpretada, ni la jurisprudencia de esta sala que se cita, la cual no se refiere a supuestos como el ahora contemplado.” (F.D. 3º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Concesión de pensión compensatoria condicionada a la pérdida del trabajo: mujer de 62 años, que se hallaba en situación de baja laboral y que trabajaba en una empresa común, administrada por el marido: derecho a percibir una pensión compensatoria mensual de 700 euros condicionada a la circunstancia de que, una vez que cesara de percibir la prestación por baja laboral, se le denegara la reincorporación a la empresa y hasta el momento en que percibiese una pensión por jubilación o una prestación de una cuantía igual o superior.*

STS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2020, rec. nº 3672/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fbe9877ada6d1f97/20200710>

“(…) Don Pedro interpuso demanda de divorcio frente a su esposa doña Clemencia, que se mostró conforme con la declaración de divorcio, pero formuló reconvencción en la cual, entre otras medidas, solicitaba el establecimiento de una pensión compensatoria por importe de 2.000 euros mensuales.

En autos de medidas provisionales previas quedó acreditado que las partes eran socios y titulares de una empresa, de la que venían percibiendo ingresos por los trabajos que realizaban para ella, siendo administradora la esposa hasta su cese en 2016, si bien ha estado trabajando como autónoma para dicha empresa, y actualmente se encuentra en situación de baja laboral.

La sentencia de primera instancia considera, que la esposa, de 61 años de edad, en el momento de dictarse la sentencia, ya no se encontraba de baja por incapacidad, con posibilidad de volver al trabajo en la sociedad propiedad de ambas partes, disponiendo de un patrimonio suficiente, por lo que se considera que la ruptura matrimonial no produjo desequilibrio económico a la demandada, por lo que no procedía el reconocimiento de pensión compensatoria alguna.

Formulado recurso de apelación por la esposa, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª) estimó parcialmente el recurso formulado en el sentido de reconocer una pensión compensatoria por importe de 700 euros mensuales, ‘que se empezará a abonar desde el mes siguiente, en que, dejando de percibir la prestación por baja temporal, se le deniegue la incorporación laboral a la sociedad Nowtilus, SL y hasta que perciba una pensión de jubilación u otra prestación, igual o superior a esa suma’.

Considera la sentencia de apelación, que doña Clemencia, de 62 años de edad, ha cotizado para obtener una pensión de jubilación y, ante la incertidumbre acerca de su reincorporación laboral a la empresa de la que el demandante es administrador, hay que considerar que en caso de que se le impida incorporarse se le generará un

desequilibrio económico, que determina el reconocimiento a su favor de una pensión compensatoria por importe de 700 euros.” (F.D. 1º)

“(…) En definitiva se pone el acento en la inexistencia de desequilibrio, siquiera futuro, que pudiera amparar el reconocimiento de una pensión. Al respecto ha de recordarse que el desequilibrio económico a que se refiere el artículo 97 CC no requiere para su existencia ausencia de medios económicos por parte de la beneficiaria, sino efectivo perjuicio derivado de la ruptura de la convivencia, y en este caso dicho perjuicio se producirá evidentemente si, por la actuación del esposo, la recurrida no puede reintegrarse al trabajo en la empresa que tienen en común. De ello se extrae como consecuencia que la sentencia recurrida no sólo respeta la jurisprudencia de esta sala, sino que se ajusta a lo resuelto en un caso similar en la sentencia dictada por el pleno núm. 120/2018, de 7 de marzo (Rec. 1172/2017) en la que se dice lo siguiente:

(…) ‘Del mismo modo que en el momento de fijar un límite temporal a la pensión compensatoria se está realizando un juicio prospectivo de futuro -que incluso, en la mayor parte de los casos, no depende en su concreción de la propia voluntad del beneficiario- previendo el tribunal que, al finalizar el plazo fijado, ha de considerarse ya compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, no puede descartarse la conveniencia de tal prospección -en sentido contrario- en casos como el presente, pues desde el mismo momento de la ruptura concurre una circunstancia de futuro relevante, pues la continuidad de la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y para la beneficiaria como contraprestación por el trabajo que realiza, la cual puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa’.

Dicha doctrina conduce a la desestimación del recurso, sin perjuicio de que, habiéndose fijado una pensión compensatoria de futuro -amparada en las circunstancias que han quedado expuestas- lógicamente cualquier modificación de circunstancias puede afectar a su efectividad.” (F. D. 3º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Atribución del uso de la vivienda familiar, existiendo custodia compartida: rechazo del sistema de rotación de los progenitores: atribución a la madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales.*

STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 2020, rec. nº 1754/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

“(…) No siendo posible mantener sine die la vivienda a favor de la madre, al no constar que ostente el interés más necesitado de protección, procede acceder a la petición subsidiaria y fijar la atribución temporal de la vivienda familiar a las hijas y madre por un plazo de transición máximo de un año, salvo que antes se

procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales, medida que se toma en interés de los menores, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia y residencia (art. 96 del C. Civil).” (F.D. 3º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Concesión de pensión compensatoria con carácter indefinido: casación de sentencia que había concedido a la mujer la pensión compensatoria por un plazo de 3 años: mujer con más de 55 años de edad, perteneciendo, en consecuencia, a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años.*

STS (Sala 1ª) de 13 de julio 2020, rec. nº 4850/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

“(…) En el caso presente, siguiendo pautas y criterios de prudencia, no apreciamos concurra una alta probabilidad para que la demandada recurrente, en el plazo de tiempo fijado por la sentencia recurrida de tres años, pueda encontrar un empleo estable; más bien todo conduce a considerar, en ausencia de otros elementos de juicio, poco halagüeñas las probabilidades de integración en el mundo laboral; toda vez que cuenta con más de 55 años de edad, perteneciendo, en consecuencia, a un colectivo en el que se centra el mayor número de parados de larga duración y tasas de desempleo más elevadas, así como la falta de actualización de sus conocimientos, tras no haberse dedicado a actividad profesional alguna en los últimos 25 años, si dejamos a salvo un lapso temporal de unos días. Es más cuando se intentó incorporar, en el año 2014, al mundo laboral tan sólo lo logró por tan escaso periodo de tiempo. Las dificultades de reciclaje profesional, preparándose para el ejercicio de otra profesión o empleo, tampoco gozan de probabilidad razonable de éxito dado el actual mercado laboral.

Es cierto que la recurrente contrajo matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, pero su liquidación traerá consigo la pérdida de la vivienda familiar a través de la cual satisface sus actuales necesidades de habitación.” (F.D. 3º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Adjudicación al marido de la totalidad de las participaciones gananciales de una sociedad de responsabilidad limitada de carácter familiar, en la que el adjudicatario y su hermano son socios mayoritarios, correspondiendo a ambos su administración, gestión y explotación, siendo ellos los que la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones. La venta en pública subasta como medio para lograr la igualdad entre los partícipes mediante el reparto del dinero obtenido persigue que pueda obtenerse el mejor precio, lo que queda garantizado mediante la concurrencia de licitadores extraños. Por tanto, no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado.*

STS (Sala 1ª) de 28 de julio de 2020, rec. nº 3598/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/759571a449b069c2df076c0e9ad89c796ffe381ae9273000>

“(…) El presente recurso tiene su origen en las discrepancias surgidas entre los cónyuges al liquidar la comunidad de gananciales acerca de la adjudicación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

En primera instancia se acordó que las participaciones gananciales se vendieran en pública subasta y se repartiera lo obtenido por mitad entre ambos esposos. En segunda instancia se acordó que las participaciones gananciales se adjudicaran al marido con la obligación de pagar a la esposa el valor de la mitad, tal y como había sido propuesto por el contador partidor designado judicialmente.

Recorre el esposo y solicita que se vuelva a la solución acordada en la primera instancia. Su recurso va a ser desestimado.” (F.D.1º)

“(…) La exigencia de acudir a la venta en pública subasta cuando lo pida uno de los partícipes por ser la cosa indivisible o desmerecer mucho por su división requiere, como expresa el art. 1062.II CC, que la venta se haga con la admisión de licitadores extraños.

(…) La venta en pública subasta como medio para lograr la igualdad entre los partícipes mediante el reparto del dinero obtenido persigue, en definitiva, que pueda obtenerse el mejor precio, lo que queda garantizado mediante la concurrencia de licitadores extraños.

Por tanto, no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado. Esta idea es relevante, por lo que se dirá más adelante, en atención a las circunstancias fácticas del presente litigio, en el que se trata de la liquidación de las participaciones de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano.

(…) Es relevante asimismo la situación fáctica descrita por la sentencia recurrida, conforme a la cual, la organización de la empresa bajo forma societaria, con personalidad jurídica propia, es compatible con la realidad de que la administración, gestión y explotación se realiza por el exmarido junto con su hermano, y que ambos se dedican profesionalmente a la empresa, siendo ellos los que la hacen funcionar por sus especiales conocimientos, experiencia y relaciones.

(…) Ciertamente las participaciones sociales no son indivisibles, pero atribuir a la Sra. Dolores participaciones que supongan un 23% del capital le haría quedar en minoría en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado, de modo que un paquete minoritario que no permite ninguna influencia en las decisiones sociales desmerece mucho en su valor.

(...) En efecto, atribuir a la Sra. Dolores un paquete minoritario de participaciones y convertirla en socia en una sociedad controlada por su exmarido y su excuñado sería castigarla a una especie de vinculación perpetua, pues resulta difícil imaginar que un tercero quisiera adquirir esas participaciones en tales condiciones. Tal solución, en definitiva, no solo dejaría la puerta abierta a numerosos conflictos, sino que incumpliría la propia finalidad de la liquidación, que no es otra que la de poner fin a las situaciones de indivisión no deseadas.

(...) la venta en pública subasta de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace igualmente ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta.

Al escaso interés que puede despertar la adquisición de un paquete minoritario en una sociedad en la que la mayoría la ostentarían los hermanos (pues no hay que olvidar el porcentaje privativo del recurrente) debe sumarse que, aunque no existan restricciones estatutarias a la transmisión de las participaciones, la subasta no podría eludir la aplicación de las disposiciones legales sobre transmisión de las participaciones sociales, lo que aún puede desalentar más a los terceros a interesarse por tal adquisición.

En definitiva, el resultado más que probable ante la ausencia de terceros que ofrezcan una cantidad razonable acabaría siendo la adquisición de las participaciones por los propios socios y por una cantidad muy inferior a la que se han valorado, de acuerdo con lo expuesto en el apartado 2.3 de este fundamento jurídico.

De ahí que, en atención a la singularidad de los bienes que deben liquidarse, la solución propuesta por el contador y aprobada por la Audiencia no es contraria a ninguno de los preceptos invocados por el recurrente.

En la aplicación del criterio de la ‘posible igualdad’ en los lotes (art. 1060 CC) no puede prescindirse de la naturaleza de los bienes y de las circunstancias concurrentes. En el caso, por lo dicho, las consecuencias de una subasta que se acordara para lograr la igualdad formal afectarían de manera muy diferente, de una parte, a quien, tras el divorcio, queda fuera de la empresa familiar y, de otra, a quien es socio administrador y desempeña en ella su trabajo personal.” (F. D. 3º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: La compensación del art. 1438 CC exige que uno de los cónyuges hubiese trabajado con mayor intensidad que el otro en el hogar. No puede aplicarse el precepto al trabajo realizado por el marido en la farmacia de la mujer, sin haberse dedicado preponderantemente al trabajo doméstico; además recibió un salario adecuado y similar al que posteriormente percibiría, trabajando en otras farmacias después de la ruptura conyugal.*

STS (Sala 1ª) de 18 de septiembre de 2020, rec. nº 5628/2019

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/6f23f6afd0310ae1/20201020>

“(…) Los presentes recursos traen causa de la demanda de divorcio. (…) El esposo solicitó el reconocimiento de la compensación prevista en el art. 1438 CC por importe de 60.000 euros.

En el caso de autos, ambos cónyuges son farmacéuticos, y trabajaban en farmacias hasta que la esposa, tres años después del matrimonio, adquirió una farmacia, compuesta de tres locales comerciales, a través de créditos hipotecarios. A partir de este momento, ambos cónyuges comenzaron a trabajar en la farmacia adquirida por la esposa, en la que el esposo trabajaría como autónomo, con unas percepciones de unos 1.740 euros mensuales en 2015, que eran ingresados en una cuenta común dedicada a los gastos de familia, en la que también la esposa ingresaba sumas, aunque dedicaba la mayor parte de sus ingresos, que aproximadamente triplicaban a los de su marido, a pagar los créditos hipotecarios y a una cuenta privativa suya. Trascurridos casi diez años en esta situación, tras la separación, el marido dejó de trabajar en la farmacia de su esposa y comenzó a trabajar en otra farmacia en 2016 con un salario de 1.780,48 euros al mes, que luego subió a 1.956 euros.

La sentencia de primera instancia desestimó la petición.

(…) Frente a la citada resolución se interpuso por el marido recurso de apelación, que se estimó parcialmente en el sentido de establecer a su favor una compensación económica con cargo a la esposa por importe de 50.000 euros.

Consideró la sentencia de apelación, en primer lugar, la aplicación del art. 1438 del C. Civil al supuesto de autos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de ‘trabajo para la casa’ en el sentido de que también se referirá al trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente.

(…) Por su parte, el recurso de casación se compone de otros tres motivos: el primero, por infracción del art. 1438 CC, al haberse equiparado el ‘trabajo para la casa’ con el trabajo remunerado en la farmacia de la esposa, sin que se haya compatibilizado con aquel; el segundo, por infracción del art. 1438 CC, al reconocerse al esposo compensación económica pese a haber tenido una relación laboral de asalariado en la farmacia de la esposa, y no en condiciones ‘precarias’ y sin que el matrimonio le haya supuesto una pérdida patrimonial, al percibir un salario semejante al percibido en otras farmacias por el mismo trabajo; y el tercero, por infracción del art. 1438 CC, al reconocer la citada compensación económica por razón del trabajo a favor del esposo, atendiendo a la situación económica y patrimonial del cónyuge deudor en relación a la situación económica y patrimonial del cónyuge acreedor. (F.D. 1º)

(…) Se estiman los motivos.

(…) El recurrido (...) no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional.

Tanto la demandante como el demandado atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ellos, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia fue bajo un salario adecuado, y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal.

Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del art. 1438 del C. Civil, lo que nos lleva a casar la sentencia recurrida, confirmando íntegramente la sentencia del juzgado. (F.D.5º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: El derecho de uso de la vivienda familiar se extingue cuando la usuaria convive con su nuevo cónyuge en la vivienda, la cual pierde su antiguo carácter familiar, por servir en su uso a una familia distinta. Prolongación del derecho de uso por el máximo de un año.*

STS (Sala 1º) de 23 de septiembre de 2020, rec. nº 4122/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/ae8fd4d516b1d1d8/20201014>

“(…) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (...). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza ‘por servir en su uso a una familia distinta y diferente.’” (F.D. 2º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Discrepancia en el ejercicio de la patria potestad respecto a la administración de la vacuna VPH a la hija menor: atribución de la facultad de decidir al padre.*

AAP Barcelona (Sección 12ª) de 17 de octubre de 2018, rec. nº 438/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cff2efa9e4271260/20181031>

“(…) debe señalarse que la administración de la vacuna no puede considerarse un ataque a la integridad física o moral de la menor. Se trata de un leve pinchazo, incluso algunas vacunas se administran por vía oral, que ningún ataque o lesión puede suponer. Al contrario, su administración puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. La vacuna cuya administración se solicita sirve para prevenir la infección de los virus causantes del 72 por ciento de los cánceres de cuello uterino. Y si bien

es cierto que no cubre frente a la totalidad de estos virus lo hace con gran eficacia frente a un cincuenta por ciento de los virus causantes de las infecciones. No puede anteponerse la incomodidad de que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no ya solo por la prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas.

Se trata además de una vacunación avalada por la Organización Mundial de la Salud, y desde su comercialización en España en el año 2007 ha sido introducida en el calendario de vacunaciones del Sistema Nacional de Salud de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. El hecho de que puedan haberse producido ciertos efectos secundarios, no acreditados como derivados de la administración de la vacuna, no ha llevado a modificar las recomendaciones de estos organismos. Valorando por tanto que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios, que la leve incomodidad que suponga la administración de la misma, y considerándose en el informe emitido por el médico forense que si bien la administración de la vacuna no debe considerarse imprescindible pero si recomendable, procede mantener el tenor el auto recurrido y por tanto atribuir a D. Anselmo la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes Camino” (F.D.3º) [J.B.D.]

*Jurisprudencia: Discrepancia en el ejercicio de la patria potestad respecto a la vacunación del hijo de siete años: atribución de la facultad de decidir a la madre.*

AAP Zaragoza (Sección 2ª) de 1 de abril de 2019, rec nº 57/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c6b5e11534690648/20190610>

“(…) Sobre el fondo del asunto, señala que en la resolución impugnada se incurre en incongruencia al haber resuelto cuestiones no formuladas por las partes, y omitido los pronunciamientos sobre petición de adopción de medidas preventivas para vacunar al menor por él deducidas.

La demandante, ante la negativa del recurrente, padre del menor, Patricio, de siete años de edad, a que éste sea vacunado, solicitó en su demanda se le autorizase para poder vacunar al niño, conforme a las recomendaciones médicas de la Doctora Peditra que trata al menor y al calendario de vacunaciones oficial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Siendo el que se expone el planteamiento de la controversia suscitada en el ejercicio de la autoridad familiar, el recurso debe desestimarse de plano.

El menor está siendo atendido por la Doctora Peditra del Centro de Salud de Alagón de Atención Primaria, y ha sido visitado en el Hospital Clínico, en

Consulta de Gastroenterología en mayo y junio de 2018, acudiendo el padre en esta última, sin que se le detectase patología alguna, tras las pruebas practicadas al mismo. En el último informe del citado Hospital, emitido en Septiembre, se ratificó la ausencia de patología en el menor.

Tales pruebas desvirtúan el contenido del informe aportado por el padre de Biosalud.

No existe, por tanto, contraindicación médica alguna respecto de la vacunación del hijo menor.

La situación del menor ya escolarizado, sin haber sido objeto de las vacunaciones médicamente recomendadas, desde su nacimiento, entraña para el mismo y compañeros un verdadero riesgo.

En estas condiciones, la petición de la madre es perfectamente razonable y atendible y, por ende, estimable en el contexto de la controversia planteada, por cuanto, se han adoptado las prevenciones y cautelas médicas precisas (pruebas del Hospital Clínico), lo que obliga a la desestimación íntegra del recurso al no apreciarse la incongruencia denunciada” (F.D. 3º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Pensión compensatoria en caso de divorcio: fundamento, finalidad, presupuestos e interpretación de las circunstancias del art. 97.II C.c. conforme a la tesis subjetivista.*

SAP Valencia (Sección 10ª) de 5 de diciembre de 2019, rec. nº 610/2019.

“En cuanto a la pensión compensatoria debe decirse que el presupuesto fáctico para el nacimiento de la pensión compensatoria, tal como expresa el artículo 97 del Código Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges pueda significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde un punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia, es decir, que dentro de lo posible cada uno pueda seguir viviendo a un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o el divorcio, lo que conlleva la necesidad de comparar patrimonialmente la posición de los esposos a fin de evitar que la sentencia que recaiga origine ese desequilibrio económico, que constituirá la premisa a la que queda supeditada su concesión.

Para valorar ése posible desequilibrio, hay que sopesar la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que en cierto modo viene a corroborar que la enumeración que efectúa el artículo 97 no es exhaustiva, aunque sí de indudable importancia.

La pensión compensatoria tiene una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el ‘status’ conservado por el otro cónyuge.

No persigue igualar economías dispares ni tampoco equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges, sino remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades

a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un ‘status’ semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común.

El derecho al percibo de dicha pensión descansa sobre tres presupuestos esenciales: uno, de carácter económico, cual es la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial en uno de los cónyuges en relación con el otro y respecto al nivel de bienestar por ambos disfrutado durante la etapa de normal convivencia marital; otro, de índole temporal, consistente en la realidad de una agravación en la situación económica comparada con el nivel de vida anteriormente mantenido; y un tercero, de carácter causal, como es la relación de causalidad material y directa entre aquella situación económica, desventajosa para uno de los cónyuges, y el hecho del cese de la vida en común.

Como señala la S.T.S. de 19 de enero de 2010, de acuerdo con la tesis subjetivista en torno a la interpretación y aplicación del art. 97 del Código Civil, los factores y circunstancias que su párrafo 2º enumera cumplen una doble función, pues actúan como elementos integrantes del desequilibrio vinculado a la ruptura de la convivencia, y como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión y su carácter temporal o indefinido.

En el caso de autos teniendo en cuenta la nula experiencia laboral de la apelada, la dedicación exclusiva durante al matrimonio al hogar familiar y al cuidado del hijo en común, se considera correcta en virtud del desequilibrio económico generado en los cónyuges como consecuencia del divorcio la pensión de 100 euros mensuales durante 5 años fijada en la sentencia recurrida. A este respecto alega el apelante que no procede el abono de dicha pensión, ni tampoco el abono de los 260 euros mensuales para cumplir las necesidades de vivienda del menor, al ser inhabitable el hogar familiar, porque ya cumplió dicha obligación con el pago de la cantidad equivalente a 9.700 euros, cumpliendo la sentencia de divorcio que previamente se dictó en Marruecos. Sin embargo como ya se dijo en el auto de esta Sección 643/2018, de 12 de noviembre la demanda se presentó en Marruecos después de que se iniciaran actuaciones judiciales con el mismo objeto y entre las mismas partes en España, por lo que no es previsible que se pueda reconocer la

sentencia dictada por el tribunal marroquí de acuerdo con el artículo 23-5 del convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el de Marruecos de 30 de mayo de 1997. Por todo ello debe desestimarse el recurso y confirmarse la resolución recurrida, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada” (F.D.3º) [J.B.D.]

*Jurisprudencia: Gastos extraordinarios: no lo es la vacuna Bexero, que no está incluida en el calendario de vacunaciones, lo que determina su innecesidad.*

AAP Granada (Sección 5ª) de 5 de junio de 2020, rec. nº 346/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f271b424c6c6e8a7/20200929>

“(…) procede mantener la exclusión de la vacuna Bexero, por no acreditarse su inclusión en el calendario de vacunaciones. Respondiendo su administración a una opción que no es considerada por la sanidad pública como tratamiento obligatorio e ineludible para el menor; por más la misma, como no puede discutirse y al igual que otros muchos tratamientos preventivos, pueda suponer un beneficio adicional para la salud que, no por ello, en su caso y a falta de consentimiento del otro progenitor, habrá de soportarse por el que realiza el desembolso por su sola decisión” (F.D. 3º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Modificación de medidas por alteración de circunstancias: requisitos exigidos.*

SAP (Sección 4ª) Alicante de 10 de junio de 2020, rec. nº 134/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fc3cd45990af06f1/20201105>

“Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala (por ejemplo, sentencia de 21 de noviembre de 2018, Rollo 853/2018), los efectos de las sentencias matrimoniales, por las que se han de regir en lo sucesivo las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges e hijos (arts. 92 y siguientes del CC), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijados tales efectos, se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que puede discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar, afectados por el proceso de nulidad, separación y divorcio; por ello, se previó la posibilidad de variación de dichas medidas judicialmente señaladas, siempre y cuando concurriese el supuesto de hecho contemplado en los arts. 90 y 91 CC, es decir, en los casos en los que se produjese ‘una alteración sustancial de circunstancias’ o ‘sustancial de fortuna’ que, por otra parte, para ser tenida en cuenta, ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia, tales como que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; permanente o duradera y no coyuntural o transitoria; que no

sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con finalidad de fraude; y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en el que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas” (F.D.2º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Gasto extraordinario: sí lo es la vacuna Bexero, recomendada por el pediatra de los menores.*

AAP Barcelona (Sección 12ª) de 16 de junio de 2020, rec. nº 729/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/49f009b2210e275d/20200803>

“(…) En segundo lugar, se reclama por la ejecutante el 50 % del importe de las vacunas Bexero (importe de las vacunas de 424,60 Euros, siendo la cantidad reclamada de 212,13 Euros).

Alega el ejecutado que la vacuna contra la meningitis B marca Bexero, no es obligatoria y que los menores no se encontraban en una situación de riesgo que aconsejara su administración.

Este motivo de oposición que ahora se reproduce debe ser desestimado, por cuanto se trata de un gasto médico no cubierto por la Seguridad Social, pero siendo recomendada su administración por el Pediatra de los menores como por el Pediatra del CAP de DIRECCION001, al considerar que se trataba de una infección no muy frecuente pero sí muy agresiva, por lo que se trata de una prescripción médica no cubierta por la Seguridad Social” (F.D.3º) [J.B.D.].

*Jurisprudencia: Custodia individual: concesión al padre, atendiendo al interés superior de la menor.*

SAP (Sección 4ª) Alicante de 9 de julio de 2020, rec. nº 491/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/be5d28898e879de2/20200716>

“Resulta acreditado que desde el momento de la ruptura conyugal la madre ha pasado por varios domicilios de los que se desconoce la idoneidad de estos para que pueda mantener en ellos a su hija, atendiendo a la corta edad de la misma, pues según resulta acreditado en autos después de la ruptura paso a convivir en el domicilio de una tía, más tarde reside con su padre reconociendo que al no poder abonar la renta tuvieron que dejar la vivienda y pasar a residir en DIRECCION002, donde parece que tienen algún inmueble, pero sobre el que no se ha practicado prueba alguna que ponga de manifiesto el buen estado de la vivienda ni las condiciones mínimas de habitabilidad pese a incumbirle a la madre la carga de la prueba al amparo del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por el contrario el padre cuenta en la actualidad con una mejor situación para hacer frente al cuidado de la menor ya que si bien es cierto que como Policía Nacional el horario laboral comprende todo tipo de turnos, cuenta con un entorno familiar amplio estable del que carece o no se ha probado que disponga su madre. Tampoco es impedimento para ello la denuncia interpuesta por ella contra el padre por un supuesto delito de maltrato en el ámbito familiar pues como ha resultado acreditado de la prueba documental aportada, la denuncia fue sobreseído, decisión que fue confirmada por esta Audiencia, por lo que ya no existe impedimento alguno para conceder la custodia al padre.

En consecuencia atendiendo en todo momento al interés superior de la menor, está Sala entiende que la sentencia debe de ser confirmada pues de esta manera se permitirá un desarrollo más amplio e integral de la niña, desestimando la solicitud de la recurrente en cuanto a la modificación en la atribución de la guarda y custodia de su hija menor así como al resto de pronunciamientos inherentes al mismo” (F.D. 3º) [J.B.D.].

## 2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

*Jurisprudencia: Vehículo diésel, cuyo motor no reúne las características con que fue ofertado, por la instalación de un software que manipulaba los datos sobre emisiones contaminantes. Responsabilidad solidaria de fabricante y del vendedor por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final). Legitimación pasiva del fabricante del vehículo: condena a 500 euros, por los daños morales consistentes en la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude, y la inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación a interponer o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor, así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual.*

STS (Pleno) (Sala 1ª) de 11 de marzo de 2020, rec. nº 4479/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/273b60770e2c1f23/20200318>

“El 30 de septiembre de 2013, D.ª Susana compró en el concesionario oficial del grupo Volkswagen en Maó, Talleres Menorca S.L. un vehículo Seat Ibiza, con motor diésel, fabricado por la demandada Seat S.A. Unos dos años después, dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un software que desactivaba las emisiones de NOx (combinación de óxido nítrico - NO- y dióxido de nitrógeno - NO2-) cuando detectaba que el vehículo estaba siendo sometido a control de emisiones y, de este modo, manipulaba los resultados de las mediciones de emisiones contaminantes.

“(…) La compradora interpuso una demanda contra el vendedor, Talleres Menorca S.L., y contra el fabricante del vehículo, Seat S.A. en la que solicitaba, con carácter principal, la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento e indemnización de daños morales. Y, subsidiariamente, la indemnización de los daños materiales y morales derivados de no cumplir el vehículo las características, en lo relativo a emisiones, con que había sido ofertado y de la necesidad de someterlo a una modificación para eliminar el mecanismo de manipulación instalado y cumplir los estándares de emisión de gases contaminantes, de resultados inciertos.

“(…) El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La demandante apeló esta sentencia y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda frente al vendedor, Talleres Menorca S.A., al que condenó a indemnizar a la compradora en quinientos euros por los daños morales consistentes en la zozobra derivada de la aparición de un defecto oculto en su coche, la incertidumbre respecto del alcance del fraude, y la inseguridad sobre el curso y resultado de la reclamación a interponer o sobre la viabilidad o efectos de la solución ofrecida por Volkswagen en el funcionamiento y potencia del motor, así como por las molestias provocadas por el incumplimiento contractual.

“(…) La Audiencia Provincial desestimó la acción dirigida contra Seat S.A.” (F.D.1º).

“(…) En este campo de la fabricación, distribución y venta de automóviles se observa que la regulación de los contratos como unidades autónomas pugna con la realidad económica. Los elementos fundamentales de las relaciones económicas en este sector del automóvil son los situados en los extremos, esto es, el fabricante y el comprador, mientras que los sujetos intermedios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia. Los automóviles vienen terminados de fábrica y esos sujetos intermedios constituyen un simple canal de distribución, que en ocasiones se diferencia poco de otros sujetos colaboradores del fabricante, pese a que desde el punto de vista jurídico esos sujetos intermedios sean operadores independientes y constituyan una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final.

“(…) Por tanto, si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo publicitó. Y el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante.

“(…) Sentado lo anterior, en este sector de la contratación, una interpretación del art. 1257 del Código Civil que respete las exigencias derivadas del art. 8.c) TRLCU y que tome en consideración la realidad del tiempo en que ha de ser aplicado ( art.

3 del Código Civil), determina que no sea procedente en estos supuestos separar esos contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final).

“(…) el fabricante del automóvil tiene frente al adquirente final la responsabilidad derivada de que el bien puesto en el mercado no reúne las características técnicas anunciadas por el fabricante.

“(…) Esta responsabilidad es solidaria con la responsabilidad del vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pueda dirigir contra aquel. Y, consecuentemente, procede reconocer al fabricante del vehículo la legitimación pasiva para soportar la acción de exigencia de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual consistente en que el vehículo adquirido por la compradora final demandante no reunía las características, en cuanto a emisiones contaminantes, con las que fue ofertado.” (F.D.4º) [J.R.V.B]

*Jurisprudencia: Venta en garantía: venta ficticia de un paquete de acciones en garantía de un préstamo concedido por el comprador ficticio a quien aparece como vendedor. Equiparación a la simulación y consiguiente imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de la compraventa simulada.*

STS (Sala 1ª) de 9 de junio de 2020, rec. nº 2398/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/78991fefe75cf4ce/20200619>

“D. Carlos interpuso demanda de nulidad del contrato de compraventa de acciones de la mercantil Isve Video, S.A., suscrito entre las partes litigantes, con fecha 22 de octubre de 2008, por considerar que la causa del contrato era falsa y que, por lo tanto, se hallaba viciada de nulidad. Se sostuvo que no existió pago de precio, ni voluntad de transmitir la propiedad de las acciones, sino que el objetivo de la operación fue constituir una garantía que asegurase la devolución del préstamo concedido por quienes intervenían como compradores a quienes actuaban como vendedores en la operación.

“(…) En consecuencia, se interpuso demanda con la pretensión de obtener la declaración de nulidad del negocio simulado (compraventa de acciones), la declaración de la realidad del negocio disimulado (transmisión de las acciones en garantía) y la procedencia de la restitución de las acciones a sus titulares originarios, al haberse satisfecho el crédito que la operación garantizaba. Todo ello, con la finalidad de invocar la falta de legitimación activa de la madre del demandante (por no ser verdadera socia) en la demanda de responsabilidad societaria que interpuso contra su hijo en un juzgado de lo mercantil.

“(…) El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Getxo desestimó la demanda, al acoger la excepción de caducidad de la acción, calificó el negocio litigioso como

fiduciario y no absolutamente simulado, al que le es aplicable el plazo de cuatro años de caducidad previsto en el art. 1301 CC.

“(…) El demandante recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª) desestimó el recurso, compartiendo el criterio del Juzgado de reputar que la acción para atacar el negocio simulado caduca a los cuatro años, ante lo cual, sin entrar en el fondo del litigio, confirmó la sentencia de primera instancia

“(…) Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante recurso de casación.

“(…) Considera el recurrente que la sentencia de la Audiencia ha infringido el precitado art. 1301, al aplicar el plazo de caducidad de cuatro años a la acción para solicitar la nulidad de un negocio jurídico simulado, dado que la acción para deshacer dicha apariencia no está sujeta a plazo, toda vez que el contrato que carece de causa no existe y no puede pasar a tener subsistencia con el transcurso del tiempo; así como que tampoco puede aplicarse dicho plazo a la acción de nulidad en los supuestos de simulación relativa.” (F.D.1º).

“(…) La jurisprudencia da al negocio fiduciario cuando se oculta bajo la forma de una compraventa el tratamiento jurídico de la simulación para descubrir su verdadera naturaleza jurídica y restablecer el orden jurídico conculcado.

“(…) Siendo así las cosas como así son, el actor está ejercitando una acción de simulación que es aquella directamente encaminada a obtener un pronunciamiento judicial, que descubra o desenmascare la verdadera realidad que se oculta bajo la apariencia del negocio jurídico formal celebrado entre las partes, bien para declarar que el negocio aparente no existe, caso de la simulación absoluta, o bien que oculta otro disimulado, realmente querido por los contratantes, en el supuesto de la simulación relativa, en cuyo caso procede constatar, primero la falsedad de la apariencia, y posteriormente la existencia y validez del negocio disimulado u oculto ( art. 1276 CC).

“(…) En ambos casos, la apariencia de contrato no es real sino ficticia, no responde a la verdadera intención de las partes, que sí quieren crear la apariencia, pero no asumir las obligaciones derivadas de la misma; bien, por carecer el contrato fingido de los requisitos del art. 1261 del CC, para el nacimiento de las obligaciones convencionales, en el supuesto de la simulación absoluta; bien, por tratarse de un verdadero disfraz sin realidad contractual alguna, utilizado para ocultar lo verdaderamente querido por las partes, en el supuesto de la simulación relativa.

“(…) En definitiva, la acción de simulación pretende constatar, en vía judicial, la verdadera realidad jurídica que se enmascara bajo la falsa apariencia de forma que crea un contrato ficticio.

“(…) La finalidad y fundamento de la acción de simulación consiste precisamente en desvelar esa falsa apariencia y evitar que produzca un perjuicio injusto a un sujeto de derecho, tanto sea contratante como incluso un tercero, lo que justifica su interés jurídico para accionar.

“(…) No estamos ante una acción de anulabilidad sometida al plazo de cuatro años. Cuestión distinta es que el ejercicio de la acción de simulación pierda interés, cuando el derecho enmascarado, que se pretenda hacer valer, se haya extinguido, que no es cuestión de este caso, en que se pretende obtener la declaración de la existencia de un negocio disimulado realmente querido por las partes y en su caso ejecutado por el actor, al haber restituido a su suegro el inmueble principal de la sociedad ofertada como simple garantía de la devolución de un préstamo.” (F.D.2º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Nulidad de préstamo usurario en que se supuso recibida una cantidad mayor que la verdaderamente entregada, sin que pueda considerarse que las cantidades retenidas lo fueran como pago a servicios prestados o se correspondieran a gastos que corrieran a cuenta del prestatario. Desproporción de la suma de todas las cantidades descontadas respecto del dinero que se dice prestado, que comporta un interés anual remuneratorio del 43%, lo que inusual para un préstamo garantizado por una hipoteca concertado en 2008, aunque el mismo no se destinara a la adquisición de la vivienda y el riesgo asumido por la prestamista se basara en la imposibilidad de conseguir financiación de una entidad de crédito.*

STS (Sala 1ª) de 15 de junio de 2020, rec. nº 4597/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5eb881da3b72aaf5/20200622>

“La cuestión litigiosa que se plantea versa sobre la interpretación y aplicación del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, que declara nulo el contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. Lo que se debate es si concurre este supuesto cuando el prestamista retiene diversas cantidades que no están debidamente justificadas e identificadas.” (F.D.1º).

“(…) El recurso se interpone por la vía del art. 477.2.3º LEC y se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del art. 1 de la Ley de represión de la usura. (...) En su desarrollo se sostiene, en síntesis, que se incluyeron unos gastos por comisiones y honorarios que no se corresponden con servicios solicitados ni desempeñados, lo que supone un interés encubierto respecto de la cantidad realmente entregada.

“(…) Debemos señalar que, de forma aislada, el que se cobren por adelantado los intereses no determina que nos encontremos ante un contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada. De la misma manera que pueden incluirse en la cantidad prestada, y descontarse de lo que se entrega, las cantidades que razonablemente correspondan a servicios prestados. Tampoco existe inconveniente en que el prestamista, según lo acordado, retenga cantidades para pagar deudas del prestatario, sin que ello suponga de forma automática una disconformidad entre la cantidad declarada y la realmente recibida.

“(…) Es decir, que el prestamista retenga cantidades del dinero prestado o que las entregue a terceras personas no comporta necesariamente que se trate de un "préstamo falsificado". En todos estos casos, si están debidamente identificados los gastos, guardan relación con el préstamo y deben ser asumidos por el prestatario, debe entenderse que las cantidades necesarias para satisfacerlos han sido "verdaderamente entregadas" al prestatario en el sentido del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura.

“(…) A la vista de estos hechos probados, esta sala considera que se está (...) enmascarando que la suma entregada era inferior a la que se suponía prestada, incurriendo en el supuesto descrito en el párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, que declara nulo el contrato de préstamo en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada.

“(…) A esta conclusión se llega mediante la valoración de una serie de circunstancias que concurren en el caso, como son:

“(…) i) el pago anticipado de los intereses, dado que se descontaron los 3.070 euros formalmente pactados como intereses de la suma prestada y no se entregaron al prestatario;

“(…) ii) la ausencia de detalle de en qué consistieron los servicios de la intermediaria y para cuyo pago la prestamista retuvo 3.000 euros;

“(…) iii) la falta de explicación acerca de la relación entre la intermediaria y la prestamista;

“(…) iv) la falta de especificación de qué gastos se iban a cubrir con la provisión de fondos de 3.000 euros (de la que tampoco consta rendición ulterior de cuentas);

“(…) v) el hecho de que fuera la propia prestamista quien cobrara por hacer la tasación del inmueble hipotecado, y no otra empresa o profesional especializados;

“(…) vi) que la prestamista cobrara por unas labores de investigación que no se dice en qué consistieron, ni el coste de su realización (pero que dieron lugar a un descuento del importe entregado de 3.648 euros);

“(…) vii) la desproporción de la suma de todas las cantidades descontadas respecto del dinero que se dice prestado ya que, aun partiendo de la cantidad declarada probada en la instancia, si el prestatario recibió 58.546 euros, la exigencia de restitución de 71.300 euros en un plazo de seis meses (sin que se sepa qué gastos fueron efectivamente asumidos por la prestamista), comportaría un interés anual, no del 9% como se declara en el contrato, sino de más del 43%, lo que resulta sin duda desproporcionado para un préstamo garantizado por una hipoteca concertado en 2008 (en la que, por cierto, se daba en garantía una vivienda de valor muy superior al préstamo), por mucho que no se destinara a la adquisición de la vivienda y que el riesgo asumido por la prestamista se basara

precisamente en la imposibilidad de conseguir financiación de una entidad de crédito.

“(…) La concurrencia de todas estas circunstancias permite concluir que, en el caso, resulta difícil aceptar que todas esas cantidades que los prestatarios no recibieron puedan considerarse como entregadas en beneficio suyo por servicios prestados o gastos que corrieran de su cuenta y, por tanto, que fueran ‘verdaderamente entregadas’ al prestatario en el sentido del párrafo segundo del art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura, tal y como antes hemos explicado.” (F.D.2º) [J.R.V.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida: Validez formal del cuestionario/ declaración de salud, legible pese a errores de impresión, cumplimentado con las respuestas del asegurado y firmado por este, quien al contestar negó patologías previas y su tratamiento farmacológico, vinculadas con la causa de su fallecimiento.*

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. nº 94/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4474329d37755b3/20200710>

“el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

“(…) Las alegaciones relativas a la ilegibilidad del cuestionario, a que no fue firmado por el asegurado y que no fue cumplimentado con sus respuestas contradicen la base fáctica de la sentencia recurrida.

“(…) De las respuestas del asegurado resulta acreditado que, tras ser expresamente preguntado al respecto, negó padecer diabetes ni hipertensión, haber padecido enfermedad cerebrovascular, haber sido intervenido quirúrgicamente y consumir algún tipo de medicación; así como que afirmó estar bien de salud. Por el contrario, según resulta de su historial médico, al tiempo de suscribir la póliza tenía antecedentes clínicos, que no podía razonablemente desconocer, por diabetes, hipertensión e isquemia cerebral (accidente isquémico transitorio o AIT en 2005), había sido intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones, recibía tratamiento crónico contra la hipertensión y la diabetes. Además, cuando fue ingresado por última vez en abril de 2009, presentaba ‘clínica de debilidad en hemicuerpo derecho de meses de evolución’, lo cual, dado que la póliza se firmó en marzo, permite deducir que ya existía cuando se firmó el cuestionario.

“(…) Todas estas patologías o antecedentes de salud (algunas de tipo cardiovascular que fueron objeto de tratamiento médico y farmacológico), se ocultaron a la compañía, pese a que se preguntó de forma específica al asegurado a ese respecto.

“(…) En fin, por la variedad e importancia de sus problemas de salud, y el citado seguimiento médico y farmacológico continuado a que estaba sujeto y que fue negado, existían suficientes elementos significativo que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes del concreto riesgo que la aseguradora quería y debía conocer y valorar antes de suscribir el seguro. Y, sin embargo, fueron conscientemente ocultados.” (F.D.3º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida vinculado a un contrato de préstamo hipotecario. Dolo de la asegurada, que negó padecer enfermedad alguna, seguir tratamiento médico, haber sido sometida a alguna intervención quirúrgica y consumir o haber consumido habitualmente medicación. Ocultación de patologías o antecedentes de salud que fueron objeto de tratamiento médico y farmacológico, entre ellos, de una hipertensión arterial, por la que seguía un tratamiento médico, con prescripción de hasta cuatro medicamentos, pese a que se le preguntó de forma específica a la asegurada sobre su tensión. Por la variedad y continuidad en el tiempo de sus problemas de salud, y por el seguimiento médico y farmacológico prolongado a que estaba sujeta y que negó, existían suficientes elementos significativos que la asegurada debía haberse representado como objetivamente influyentes del concreto riesgo que la aseguradora quería y debía conocer y valorar antes de suscribir el seguro.*

STS (Sala 1ª) de 1 de julio de 2020, rec. nº 346/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2c30559c86c9f7c1/20200710>

“El presente litigio versa sobre la reclamación dirigida por el esposo de la asegurada fallecida contra la compañía de seguros exigiéndole el pago de la suma prevista para caso de muerte en un seguro de vida, vinculado a un préstamo hipotecario y en vigor al producirse el fallecimiento. Esta pretensión fue desestimada por la sentencia recurrida por razones relacionadas con la infracción del deber de declaración del riesgo – de dolo o culpa grave de la asegurada -.

“(…) El recurrente alega, en síntesis, que el cuestionario no puede considerarse formalmente válido al no haber sido cumplimentado por la asegurada, quien se habría limitado a firmarlo, que las preguntas que se le formularon no tenían relación alguna con la patología que finalmente fue causa de su muerte, y que aun cuando puedan existir inexactitudes en las contestaciones dadas al cuestionario, por las circunstancias en que se cumplimentó y firmó el cuestionario, la asegurada habría podido incurrir en culpa leve, pero no en culpa grave ni en dolo.

“(…) el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

“(…) 1.ª) Las alegaciones del recurrente relativas a que el cuestionario no fue cumplimentado con las respuestas dadas por la asegurada contradicen la base fáctica de la sentencia recurrida.

“(…) 2.ª) De las respuestas de la asegurada resulta acreditado que, tras ser expresamente preguntada al respecto, negó (i) padecer enfermedad alguna, (ii)

seguir tratamiento médico, (iii) haber sido sometida a alguna intervención quirúrgica, y (iv) consumir o haber consumido habitualmente medicación. Por el contrario, según resulta de su historial médico, al tiempo de suscribir la póliza tenía antecedentes clínicos, que no podía razonablemente desconocer, en concreto: (i) desde el año 2004, le había sido diagnosticado hipertensión arterial por lo que seguía un tratamiento médico, con prescripción de hasta cuatro medicamentos; (ii) en el año 2008, se le diagnosticó una hipertrofia ventricular izquierda, e insuficiencia tricuspídea; (iii) desde el año 2004 padecía asma bronquial; (iv) también se le diagnosticó un síndrome ansioso depresivo; (v) en 2006 había sufrido de cólicos nefríticos; y (vi) en el año 2009, se le intervino quirúrgicamente de túnel carpiano bilateral; todo ello antes de firmar el cuestionario, que tuvo lugar en el año 2010.

“(…) 3.ª) Todas estas patologías o antecedentes de salud (algunas de tipo cardiovascular que fueron objeto de tratamiento médico y farmacológico), se ocultaron a la compañía (pese a que se preguntó de forma específica la asegurado sobre su tensión).

“(…) 4.ª) Por la variedad y continuidad en el tiempo de sus problemas de salud, y el citado seguimiento médico y farmacológico prolongado a que estaba sujeta y que fue negado, existían suficientes elementos significativo que la asegurada debía representarse como objetivamente influyentes del concreto riesgo que la aseguradora quería y debía conocer y valorar antes de suscribir el seguro, Y, sin embargo, fueron ocultados.” (F.D.3º) [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida con cobertura de invalidez absoluta. Deber de declaración del riesgo: dolo del asegurado por ocultar datos esenciales al asegurador al cumplimentar la declaración de salud incluida en la póliza. El asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal: Apreciación fáctica, no revisable en casación, que normalmente responde a una valoración de la prueba en su conjunto, entre la que se incluye el hecho indiciario de que en el mismo se incluyan datos personales que solo pudieron ser facilitados por el asegurado.*

STS (Sala 1º) de 1 de julio de 2020, rec. nº 3582/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aedd15ec1b268c29/20200710>

“En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente que la declaración de salud no es bastante para apreciar ocultación dolosa, puesto que el asegurado no tuvo participación personal alguna en la cumplimentación de ese documento, ya que se limitó a firmarlo.

“(…) La jurisprudencia interpretativa del art. 10 LCS está resumida en la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que establece las siguientes pautas:.

“(…) El asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella, si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal.

“(…) En particular y por lo que ahora interesa, debe destacarse que, según la jurisprudencia, lo único jurídicamente relevante desde el punto de vista formal, independientemente de quien rellene o cumplimente materialmente el cuestionario o la declaración de salud (esto es, aunque sea el empleado del banco o de la entidad mediadora), es que aquel se cumplimente con las respuestas dadas por el tomador ( sentencias 72/2016, de 17 de febrero, 726/2016, de 12 de diciembre, y 562/2018, de 10 de octubre), apreciación fáctica, no revisable en casación, que normalmente responde a una valoración de la prueba en su conjunto, entre la que se incluye el hecho indiciario de que en el mismo se incluyan datos personales que solo pudieron ser facilitados por el asegurado ( sentencias 562/2018, de 10 de octubre, y 323/2018, de 30 de mayo).” (F.D.4º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Error en el consentimiento: la rentabilidad y producción real de la planta fotovoltaica de energía eléctrica comprada es una cualidad del objeto del contrato que forma parte esencial de lo convenido: anulación por no haberse informado a los compradores debidamente de este extremo: El plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de anulación no comienza a contarse desde el momento de la construcción y recepción provisional de la planta, sino desde la fecha de realización de las modificaciones pactadas (ante la constatación de falta del debido rendimiento), esto es, desde el día de la final realización del plan de mejora técnica, sin dar los resultados esperados.*

STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 2020, rec. nº 290/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/91490e487ef583db/20200710>

“debemos declarar que el contrato no fue consumado en el momento inicial de construcción y recepción provisional, sino que ha de extenderse hasta la fecha de realización de las modificaciones pactadas, esto es, a la final realización del plan de mejora técnica que no aconteció hasta otoño de 2010, de manera que las demandas interpuestas en diciembre de 2013 y enero de 2014 se habrían interpuesto antes del plazo de 4 años, por lo que la acción no se habría extinguido (art. 1301 del C. Civil).

“(…) Sentado que no se ha extinguido la acción, y siguiendo la doctrina antes expresada pronunciada en tema similar, debemos declarar, asumiendo la instancia que procede confirmar la sentencia del juzgado de primera instancia al concurrir

error esencial en el contrato, al no estar debidamente informados de la rentabilidad ni de la producción real de la planta de energía que adquirirían, elementos estos que formaban parte esencial de lo convenido. (art. 1266 del C. Civil).” (F.D.3º) [J.R.V.B].

*Jurisprudencia: Préstamo hipotecario referenciado en divisas (yenes). Con carácter general, el contrato de préstamo bancario de dinero tiene carácter consensual, no real, teniendo lugar su consumación cuando el prestamista entrega el capital prestado, no cuando el prestatario paga la última de las cuotas adeudadas. Complejidad del contrato de préstamo en divisas (pueden pasar un tiempo considerable hasta que los efectos de la devaluación de la moneda nacional frente a la divisa referenciada de lugar a un incremento importante de las cuotas mensuales de amortización), por lo que el plazo para el ejercicio de la anulación por error comienza a contarse, no desde la consumación, sino desde el momento en que se descubrió el vicio del consentimiento: en el caso enjuiciado, cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se informó a los prestatarios de que adeudaban un capital en euros superior al que les fue entregado inicialmente.*

STS (Pleno) (Sala 1ª) de 10 de julio de 2020, rec. nº 3477/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9201696/derechos%20real/es/20200724>

“(…) Los demandantes, en calidad de prestatarios, firmaron una escritura de préstamo hipotecario referenciado en yenes con Banco de Valencia S.A. como prestamista. Cuando el euro se devaluó frente al yen, la cuota del préstamo se elevó considerablemente, así como la correspondencia en euros del capital pendiente de amortizar.” (F.D. 1º)

“(…) La afirmación de los recurrentes sobre el carácter real, en todo caso, del contrato de préstamo bancario de dinero, no puede hoy sostenerse (...). ‘Al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar.’

(…) De esta forma, el contrato de préstamo bancario de dinero queda perfeccionado por lo general por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios, y la entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es un acto de ejecución, no de perfección del contrato. Los intervinientes resultan obligados por la emisión del consentimiento contractual, sin perjuicio de que frente a la acción de cumplimiento ejercitada por el prestamista, los prestatarios puedan oponer el incumplimiento, por no haberse hecho la entrega del dinero en los términos estipulados.” (F.D. 5º)

“(…) Los recurrentes afirman que el contrato de préstamo es un contrato real cuya consumación se produce cuando se agotan sus efectos, esto es, cuando el prestatario paga la última cuota.

(…) La tesis de los recurrentes no se acepta.

(...) El contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado).

(...) La entrega del capital del préstamo por el prestamista constituye la prestación esencial cuyas características determinan la existencia del error en el caso de préstamo en divisas como el que es objeto del recurso, puesto que el capital que se entrega está referenciado a una divisa, y esa vinculación es la que provoca que el prestatario afronte unos riesgos mayores que en un préstamo ordinario, que justifican la exigencia de una información más completa.

La consecuencia de lo expuesto es que, en el contrato de préstamo bancario en dinero, el contrato haya de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario (en el préstamo objeto del litigio, más exactamente, el equivalente en euros del capital fijado en una divisa extranjera), a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario.

(...) Un préstamo denominado en divisas, aunque no esté sometido a la normativa del mercado de valores y, en concreto, a la normativa MiFID, es un contrato que presenta una especial complejidad, pues la referencia a una divisa para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas y del capital pendiente de amortizar, determina no solo la fluctuación de la cuota del préstamo, que puede ser muy importante, sino también la posibilidad de que pese a pagar puntualmente tales cuotas, el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar por el cliente no disminuya o incluso se incremente aunque haya pasado un tiempo considerable desde que comenzó el pago de las cuotas periódicas. Por tal razón, la consumación del contrato, a los solos efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo.

En el presente caso, tal como ha resultado fijado en la instancia, los prestatarios tuvieron conocimiento de los hechos determinantes del error en el que basan su acción cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se les informó de que adeudaban un capital en euros superior al que es fue entregado inicialmente. Y la demanda fue interpuesta cuando ya habían pasado más de cuatro años desde ese momento. Por tal razón, de acuerdo con lo previsto en el art. 1301.IV del Código Civil, cuando se interpuso la demanda, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.” (F. D. 7º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Préstamo hipotecario multidivisa, referenciado en francos suizos, con opción de cambio de divisa trimestralmente. Falta de transparencia, por no haber suministrado el banco la información necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente el riesgo de fluctuación del valor de cambio de las divisas. La lectura de la escritura y la inclusión en ella de fórmulas de estilo predispuestas, en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no*

*suple la falta de información precontractual. Nulidad parcial del contrato, eliminándose la referencia a divisas, quedando el contrato como un préstamo concedido y amortizado en euros.*

STS (Sala 1ª) de 20 de julio de 2020, rec. nº 3289/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9214270/contrato%20de%20prestamo/20200807>

“(…) De este modo, en el presente caso, como el que juzgamos en la reseñada sentencia 439/2019, de 17 de julio, es posible concluir que no ha existido ‘esa información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. (...) la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predisuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual’.

En consecuencia, procede estimar el motivo y, al asumir la instancia, en atención a lo razonado, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone eliminar las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.” (F. D. 4º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Nulidad de cláusula de préstamo hipotecario que atribuye todos los gastos (tributarios, notariales y registrales) al prestatario. Reiteración de doctrina jurisprudencial: aplicación de las reglas legales y reglamentarias. Corresponde al prestatario el pago de la cuota variable del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y el de la cuota fija correspondiente al timbre de la matriz, mientras que el de las copias autorizadas ha de pagarlo quien las solicita. Los gastos notariales de constitución y novación del préstamo hipotecario se pagan por mitad, mientras que los de cancelación de la hipoteca son de cargo del prestatario (los de copia de escritura los paga quien la solicita). Los gastos registrales corren a cargo del prestatario.*

STS (Pleno) (Sala 1ª) de 24 de julio de 2020, rec. nº 1053/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c84304410b129baa45c19bf630bf87ab5d57596>

“(…) La cuestión suscitada en este motivo, las consecuencias de la nulidad de una cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario hipotecante, ha sido ya resuelta por este tribunal en varias ocasiones.

(…) una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debía entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados. En este caso, el pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y los gastos notariales y registrales.

Por lo que se refiere al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, la sentencia 48/2019, de 23 de enero, recuerda y ratifica la jurisprudencia contenida en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, según la cual:

‘En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario [...]. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad Actos Jurídicos Documentados que grava los documentos notariales’.

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, la declaración de nulidad de la cláusula quinta relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

Respecto a los gastos de notaría, en la sentencia 48/2019, de 23 de enero, concluimos que, (...) ‘el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento’.

El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto.

Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

Por tanto, de acuerdo con las normas de Derecho nacional aplicables en defecto de cláusula, los gastos notariales generados por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad.

(...) Por lo que respecta a los gastos del registro de la propiedad, el arancel de los registradores de la propiedad regulado en el RD 1427/1989, de 17 de noviembre, los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.” (F.D. 3º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Subrogación en préstamo hipotecario en el que se prevé el pago del interés fijado por la normativa sobre financiación de viviendas de protección oficial (IRPH entidades). La falta de transparencia de una cláusula, de darse, no determina necesariamente su carácter abusivo, siendo preciso, además, que dicha cláusula sea contraria a la buena fe, causando al consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. No puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva.*

STS (Sala 1ª) (Pleno) de 6 de noviembre de 2020, rec. nº 3990/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/1bdcd323c562f495/20201109>

“(…) Es doctrina de este tribunal y del TJUE que la transparencia, (...) está vinculada con la información que permite al consumidor prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato.

(...) El demandante compró una vivienda de protección oficial de promoción privada. La obtención de financiación para la construcción de dicha vivienda tuvo lugar bajo la vigencia del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Liberbank, con base en un convenio que había suscrito con la Junta de Extremadura, otorgó a Joca Inmo S.A. en octubre de 2007 un préstamo hipotecario sujeto a dicha normativa. El demandante, al firmar la escritura de compraventa de la vivienda de protección oficial, optó por subrogarse en dicho préstamo convenido.

(...) Lo anterior supone que el recurrente, al comprar una vivienda de protección oficial, suscribió una condición general que determinaba la aplicación del régimen de financiación de viviendas de protección oficial vigente cuando se inició la promoción de su vivienda, que está regulado por normas administrativas. En este régimen, el tipo de interés efectivo vigente en cada momento viene determinado por un Acuerdo del Consejo de Ministros que se publica en el Boletín Oficial del Estado, con base en el mecanismo previsto en art. 9 del citado Real Decreto: la aplicación de un coeficiente reductor del 0,9175 a la media de los tres últimos meses del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España.

(...) Ahora bien, el consumidor se adhirió a una condición general que establecía la aplicación del régimen de financiación establecido y regulado en una norma reglamentaria, cuyo tipo de interés era revisado periódicamente por sucesivos acuerdos del Consejo de Ministros. La cláusula hacía expresa referencia a esta normativa y a estos acuerdos del Consejo de Ministros que revisaban cada año el tipo de interés aplicable. Tanto aquella como estos gozan de la publicidad derivada de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

(...) Se trata de un conjunto de circunstancias que permiten considerar que el recurrente, por las especiales características de la financiación de las viviendas de protección oficial y la publicidad de que es objeto el tipo de interés y las demás condiciones de tal financiación, tenía a su disposición suficiente información sobre los elementos configuradores de la financiación que contrataba para pagar el precio de su vivienda de protección oficial y de la carga económica y jurídica que tal financiación le suponía.

Ahora bien, si la falta de información directa por parte de la entidad crediticia sobre la evolución del índice de referencia, (...) pudiera considerarse como determinante de la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, porque se entendiera insuficiente la publicidad del régimen de financiación de las viviendas de protección oficial, tal falta de transparencia no determinaría necesariamente la nulidad de la cláusula, sino que permitiría controlar si la misma era abusiva, esto es, si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

(...) Es decir, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (...). Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas ‘cláusulas suelo’, por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas ‘multidivisa’ o ‘multimoneda’, por ocultarse graves riesgos para el consumidor. No es el caso de la utilización de uno u otro de los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios, y concretamente, del utilizado en el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial.

(...) En conclusión, no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.” (F. D. 3º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Préstamo hipotecario referenciado al IRPH: la cláusula que lo prevé no es abusiva, aun no siendo transparente, pues no es contraria a la buena fe, ni causa al consumidor un desequilibrio importante. Que la cláusula no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva.*

STS (Sala 1ª) (Pleno) de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 2328/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/cdafa76cdf999739/20201116>

“(…) El 29 de mayo de 2006, D. Carlos Daniel suscribió con la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (actualmente, Caixabank S.A.) un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH Cajas, con un diferencial del 0,25%.

El Sr. Carlos Daniel interpuso una demanda contra Caixabank, en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusivas de varias de las cláusulas del contrato y, en lo que ahora interesa, la que determinaba el interés del préstamo conforme al índice IRPH.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda respecto de dicho particular.

(…) Recurrída dicha sentencia en apelación por el prestatario, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.” (F.D. 1º)

“(…) Que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva.

(…) La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes.

(…) Es decir, (...) la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.

(…) El art. 82.1 TRLGCU dispone:

‘Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato’.

(...) En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

(...) Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial -VPO-.

(...) Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución.

(...) En todo caso, (...) que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato.

(...) La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.” (F. D. 5º)

“(…) Lo que el recurrente considera que ha provocado que, en contra de las exigencias de la buena fe, se haya causado, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, ha sido, en realidad, la evolución divergente del Euribor y del IRPH en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales han bajado desde que el demandante suscribió el préstamo hipotecario, el Euribor ha bajado más que el IRPH.

(…) Pues bien, en la fecha de suscripción del préstamo litigioso. Pues bien, como ya hemos visto, el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en 4,08%; mientras que el interés legal del dinero estaba en el 4%.” (F. J. 7º)

[En el mismo sentido:

STS (Sala 1ª) (Pleno) de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 2863/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9dee35815fca45da/20201123>

STS (Sala 1ª) (Pleno) de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 12/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/944cb848e248c650/20201124>

STS (Sala 1ª) (Pleno) de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 2007/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ec0636c69cfd5f00/20201123> ]

*Jurisprudencia: Préstamo hipotecario referenciado en yenes: caducidad de la acción de anulación por error. Dada la especial complejidad del contrato, el plazo de ejercicio de la acción comienza a contarse, no desde la consumación del mismo, sino desde el momento (posterior) en el que los prestamistas advirtieron su error (cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se les informó de que adeudaban un capital en euros superior al que les fue entregado inicialmente). El contrato de préstamo bancario es consensual y se consuma con la entrega, por parte del banco, de la cantidad prestada (no cuando el prestatario paga la última cuota del préstamo).*

STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 2020, rec. nº 4767/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05064d9e483dfa81/20201016>

“Los recurrentes afirman que el contrato de préstamo es un contrato real cuya consumación se produce cuando se agotan sus efectos, esto es, cuando el prestatario paga la última cuota. Y que, por tal razón, la jurisprudencia que se inicia en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, aplicada por la sentencia recurrida, no puede servir para anticipar el momento inicial del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio al día en que tuvieron, o pudieron tener, conocimiento de los hechos determinantes de la existencia del error que vició su consentimiento.

“(…) La tesis de los recurrentes no se acepta.

“(…) La entrega del capital del préstamo por el prestamista constituye la prestación esencial cuyas características determinan la existencia del error en el caso de préstamo en divisas como el que es objeto del recurso, puesto que el capital que se entrega está referenciado a una divisa, y esa vinculación es la que provoca que el prestatario afronte unos riesgos mayores que en un préstamo ordinario, que justifican la exigencia de una información más completa.

“(…) La consecuencia de lo expuesto es que, en el contrato de préstamo bancario en dinero, el contrato haya de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario (en el préstamo objeto del litigio, más exactamente, el equivalente en euros del capital fijado en una divisa extranjera), a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario.

“(…) Un préstamo denominado en divisas, aunque no esté sometido a la normativa del mercado de valores y, en concreto, a la normativa MiFID, es un contrato que presenta una especial complejidad, pues la referencia a una divisa para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas y del capital pendiente de amortizar, determina no solo la fluctuación de la cuota del préstamo, que puede ser muy importante, sino también la posibilidad de que pese a pagar puntualmente tales cuotas, el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar por el cliente no disminuya o incluso se incremente aunque haya pasado un tiempo considerable desde que comenzó el pago de las cuotas periódicas. Por tal razón, la consumación del contrato, a los solos efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo.

“(…) En el presente caso, tal como ha resultado fijado en la instancia, los prestatarios tuvieron conocimiento de los hechos determinantes del error en el que basan su acción cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se les informó de que adeudaban un capital en euros superior al que les fue entregado inicialmente. Y la demanda fue interpuesta cuando ya habían pasado más de cuatro años desde ese momento. Por tal razón, de acuerdo con lo previsto en el art. 1301.IV del Código Civil, cuando se interpuso la demanda, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción.

“(…) Por todo ello, al margen de lo ya razonado sobre la imposibilidad de postular la anulación por error en el consentimiento de la cláusula multidivisa, en vez de instar la nulidad del contrato suscrito, la sentencia de la Audiencia Provincial es conforme con la doctrina de esta Sala sobre el día inicial del cómputo del plazo de los cuatro años para el ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, sin que, por lo tanto, podamos aceptar, como se pretende por la recurrente, que el plazo del art. 1301 del CC comience a contarse una vez transcurridos los 300 meses pactados de amortización del préstamo, es decir a partir de los 25 años de consumación del contrato objeto del proceso.” (F.D.3º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Préstamo multidivisa: nulidad parcial del contrato por falta de transparencia de la cláusula multidivisa, convirtiéndose en un préstamo concedido y referenciado en euros. El banco debe informar al cliente del riesgo de la incidencia de la fluctuación de la divisa, tanto en el cálculo de las cuotas periódicas, como en la determinación del importe del capital pendiente de amortización, dado que, en este tipo de préstamos, la fluctuación de la divisa implica un recálculo constante del capital prestado. La lectura de la escritura del préstamo y la inclusión en ella de menciones predisuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.*

STS (Sala 1ª) de 5 de octubre de 2020, rec. nº 607/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7b9c4f538b2d2b3c/20201016>

“El motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC, en relación con la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de la acción de nulidad en contratos de tracto sucesivo, que ha de computarse desde el momento de la consumación del contrato, esto es, desde que se cumplen todas las obligaciones de las partes.

“(…) en relación con la aplicación del art. 1301 CC, el contrato de préstamo bancario en dinero ha de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario, a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario.

“(…) En nuestro caso, el contrato de préstamo de 5 de octubre de 2005 y la posterior modificación, se consumaron en el momento en que se pusieron a disposición de los prestatarios las correspondientes sumas de dinero. (...) No obstante, (...) el plazo de caducidad no podía comenzar a contarse hasta que aflorara el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado, en este caso el derivado del cambio de paridad de la divisa escogida respecto del euro. Esto ocurrió, cuando menos, en el momento en que las partes acordaron novar el préstamo y referirlo a euros (el 15 de junio de 2011), con el efecto consiguiente de que la suma en euros del capital prestado era muy superior al inicial contravalor en euros. De este modo el plazo de cuatro años debía computarse cuando menos desde entonces (15 de junio de 2011) y se completó antes de que se presentara la demanda (22 de enero de 2016), como muy bien entendió la sentencia recurrida.” (F.D.3º)

“(…) El motivo (...) Hace expresa referencia a la vulneración de la jurisprudencia sentada por la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 608/2017, de 15 de noviembre, respecto de las cláusulas multidivisa, que considera parte del objeto esencial del contrato y sobre las que existe un especial deber de transparencia, además de negar que hubiera negociación individualizada cuando sus cláusulas han sido impuestas con carácter generalizado por la entidad bancaria. Se solicita la ratificación del criterio acerca de que, siendo la opción multidivisa una condición general de la contratación, ha de estar sometida al doble filtro de transparencia.

“(…) Procede estimar el motivo.

“(…) Hemos de partir (...) de la doctrina del TJUE en aplicación del control de transparencia en la contratación de este tipo de préstamos hipotecarios en divisas, que se contiene esencialmente en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andriuc). En esa sentencia, el TJUE recuerda que (...) ‘las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero’.

“(…) Al asumir esta doctrina, en nuestras sentencias de 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto:

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

“(…) La sentencia recurrida contradice esta doctrina porque, aunque considere genéricamente que ha existido una información precontractual sobre la carga económica y jurídica de las cláusulas relativas a la multidivisa, no ha quedado acreditado que antes de concertarse por primera vez el préstamo hipotecario multidivisa, se hubiera informado a los prestatarios de los riesgos derivados de la depreciación de la divisa escogida (primero franco suizo y luego yen japonés) en relación con el euro.

“(…) De este modo, en este caso, como el que juzgamos en la reseñada sentencia 439/2019, de 17 de julio, es posible concluir que no ha existido ‘esa información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual’.

“(…) En consecuencia, procede estimar el motivo y al asumir la instancia, en atención a lo razonado, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone eliminar las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.” (F.D.4º) [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Arrendamiento a persona jurídica sujeto a la LAU 1964: no es arrendamiento de vivienda, sino de local de negocio: aplicación de la DT 3ª LAU: extinción por transcurso del plazo de 20 años desde la entrada en vigor de la misma.*

STS (Sala 1ª) de 28 de octubre de 2020, rec. n° 1791/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/300413ebe5f9e7c0/20201106>

“La sentencia dictada por la Audiencia, hoy recurrida, afirma que ‘aunque el destino del objeto cedido en arrendamiento sea el de servir de vivienda, y aunque ésta viene ocupada materialmente por personas físicas, para calificar el contrato hay que estar a la condición personal de la arrendataria, que en cuanto persona jurídica, por esencia, carece de la necesidad y de la capacidad de ocupar una vivienda como morador’; a lo que añade que “en la disyuntiva de considerar si nos hallamos ante un arrendamiento sujeto al Código Civil ( artículo 2.3 del TRLAU) o frente a un arrendamiento de local de negocio en que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda ( artículo 5.1 del TRLAU) consideramos que este último supuesto se ajusta más al presente caso’.

“(…) En consecuencia se aplica por la Audiencia la Disposición Transitoria Tercera de la LAU 1994, referida a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y declara extinguido el contrato por el transcurso de veinte años desde la entrada en vigor de dicha Ley.” (F.D.1º).

“(…) No puede solicitar la entidad arrendataria la aplicación de una norma, como la del artículo 4.1 LAU 1964, que se refiere al inquilino, su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado, pues dicha norma viene a regular el posible ejercicio -por las personas físicas a que se refiere- de una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, sin que resulte de aplicación al supuesto en que la arrendataria sea una persona jurídica, como ocurre en este caso.

“(…) Es frecuente la contratación del arrendamiento por una persona jurídica para destinar la vivienda para alojamiento de directivos o empleados, pero tal contratación -precisamente por la sucesión de ocupantes- no ha de estar sujeta a la legislación sobre arrendamientos urbanos en cuanto a los beneficios que comporta para el arrendatario, sin perjuicio de que -sin aplicación necesaria de las normas imperativas- las partes puedan establecer los pactos y cláusulas que estimen convenientes.” (F.D.3º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: El adquirente de una vivienda no puede reclamar las rentas correspondientes a un arrendamiento no inscrito, extinguido por adjudicación de aquella en un procedimiento de adjudicación hipotecaria (art. 13.1 LAU 1994 en la redacción dada al precepto por la Ley 4/2013, anterior a la que resulta del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo) a quien sigue ocupándolo como mero precarista.*

STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 2020, rec. n° 5706/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0d3ee6f687c63605/20201123>

“(…) Tras la reforma por la precitada ley 4/2013, la redacción del art. 13 de la LAU quedó de la forma siguiente:

‘1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por (...) la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

(...) Pues bien, tras la nueva redacción de dicho precepto, es de aplicación, al caso presente, su apartado 1, párrafo primero, toda vez que el contrato de arrendamiento no accedió al registro.

(...) Bajo los condicionantes temporales expuestos, el recurso queda circunscrito a resolver una cuestión de naturaleza jurídica, cual es si adjudicada al SAREB la propiedad de la vivienda arrendada en un procedimiento de ejecución hipotecaria es posible considerar vigente un vínculo contractual arrendaticio entre la entidad actora y los demandados, de manera tal que justificase una pretensión pecuniaria de reclamación de las rentas de un subsistente contrato de alquiler de vivienda; o si, por el contrario, se encuentran los demandados, tras la adjudicación de la vivienda a la entidad actora y extinguido el arrendamiento concertado con el anterior propietario, en situación de precario, poseyendo la vivienda litigiosa por mera condescendencia de su nuevo titular, al quedar extinguido ipso iure el contrato de arrendamiento que constituía el título justificante de la ocupación de la cosa arrendada por los demandados y del que nacía, como justa contraprestación, el derecho a la percepción del precio del alquiler.

(...) Pues bien, a la hora de tomar partido sobre tal cuestión controvertida, el tribunal adopta esta segunda posición, toda vez que, tras la reforma del art. 13 de la LAU, por la ley 4/2013, se establece expresamente que el contrato de arrendamiento quedará extinguido ( art. 13.1 párrafo I) y el art. 7.2 de la precitada disposición general señala, por su parte, que el contrato deja de surtir efectos con respecto al tercero adquirente, si no está inscrito el arrendamiento en el correspondiente registro de la propiedad, como es el caso que nos ocupa que no tuvo acceso a dicha oficina pública.

(...) Todo ello, sin perjuicio de que el adjudicatario y el arrendatario celebren un nuevo contrato de arrendamiento, cosa que, en este caso, no ha sucedido, toda vez que, desde la enajenación forzosa del inmueble y su adquisición por la sociedad demandante, los demandados no han abonado la renta a la nueva entidad propietaria del inmueble, la cual tampoco consta la exigiese antes de la formulación de la demanda, salvo requerimiento de pago para evitar la enervación de la acción.

(...) Por todo el conjunto argumental expuesto no cabe fundar la demanda en la reclamación de las rentas con respecto a un contrato de arrendamiento extinguido,

sin que, por lo tanto, existan vínculos contractuales arrendaticios entre la sociedad demandante y los anteriores arrendatarios demandados, que permitan accionar, como se hace, con base a los arts. 17, 27.2 a) LAU y 1555.1 del CC, sin perjuicio de las otras alternativas con las que contaba la sociedad accionante para reclamar los perjuicios sufridos por la ocupación del inmueble.” (F.D.4º). [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Validez de novación de cláusula suelo, en la que se pacta una reducción del mismo (del 4,25% al 2,75%): cuando se modificó la cláusula, la prestataria sabía de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido: consta el conocimiento de esta evolución del índice y de sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,491%). Nulidad de la cláusula de renuncia de acciones, por los términos en que está redactada, que va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a “cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado” del contrato de préstamo.*

STS (Sala 1ª) de 5 de noviembre de 2020, rec. nº 71/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/18a05f7e64ba32c8/20201113>

“El 7 de julio de 2009, Dña. Reyes se subrogó en un préstamo al promotor suscrito con la Caja de Ahorros de la Inmaculada (ahora Ibercaja) el 28 de febrero de 2001, que tenía una cláusula suelo del 4,25% y un techo de 8,796%.

“(…) Tras la sentencia de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, la entidad prestamista contactó con la Sra. Reyes para ofrecerle una rebaja de la hipoteca, por lo que las partes acordaron una rebaja del suelo al 2,75% y la renuncia de acciones, a cuyo efecto firmaron un documento privado el 25 de junio de 2014. En la estipulación cuarta de dicho documento consta:

“(…) ‘Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen’.

“(…) Asimismo, en el documento figura la siguiente mención escrita de puño y letra de la prestataria, junto con su firma

“(…) ‘Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,75% nominal anual.’” (F.D. 1º).

“(…) hemos de partir de las circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, provocara un

conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia.

“(…) De este modo, cuando se modificó la cláusula, la prestataria sabía de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.

“(…) Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,75%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés.

“(…) Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,491%).

“(…) Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

“(…) Por todo lo cual, hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia.

“(…) En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional (...) Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 25 de junio de 2014, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está redactada, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a "cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha". Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en tal caso podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

“(…) En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado de 25 de junio de 2014 que modifica la originaria cláusula suelo (4,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,75%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello

ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, situados en el momento en que fue alcanzado (con las incertidumbres de entonces sobre la validez de la cláusula suelo y la limitación de efectos retroactivos si se declara nula), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo al 2,75%: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a reducir el límite, asegurándose que, cuando menos a partir de entonces, la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia.

“(…) Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 25 de junio de 2014.

“(…) Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo.” (F.D.4º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Venta de local de negocio sujeto al CC: principio “venta quita renta”, al no haberse pactado lo contrario en el contrato de arrendamiento, ni estar inscrito el mismo en el Registro de la Propiedad (art. 1571 CC). Inexistencia de tácita reconducción, por haberse excluida la posibilidad de la misma en el contrato: la circunstancia de haber permanecido varios meses el arrendatario ocupando el local después de la finalización del arriendo no es una tácita reconducción del contrato originario, sino, en su caso, un contrato renovado por meses, al pagarse la renta mensualmente (art. 1581 CC).*

STS (Sala 1ª) de 10 de noviembre de 2020, rec. nº 6118/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/06372fb96993f02f/20201123>

“El art. 1571 del CC es expresión de la regla general recogida en el aforismo ‘venta quita renta’, que expresa el art. 1571 del CC, según el cual ‘[...] el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta...’.

“(…) Por lo tanto, producida la adquisición del inmueble arrendado, tratándose de un contrato regido por el Código Civil, y habiendo exteriorizado la entidad compradora mediante comunicación dirigida a la parte demandada, el mismo día de la compra del inmueble, la intención de dar por finalizada la ocupación del local arrendado por la parte demandada, dándole un plazo para dejarlo libre y expedito a su disposición, es evidente que no puede operar una supuesta tácita reconducción, siendo la demandada una tenedora de la cosa sin título para seguir usando y disfrutando de la cosa.

“(…) En definitiva, consta la voluntad expresa de dar por finalizado el arrendamiento por la parte demandante, no ha sido excluida esta facultad "por

pacto en contrario", como establece el art. 1571 del CC, no nos hallamos ante un arriendo inscrito en el registro merecedor de protección jurídica, ni existe una disposición legal que exija respetar el vínculo arrendaticio anterior.

“(…) No se dan, por lo tanto, las circunstancias para dar por justificada una tácita reconducción que no concurre. Además, en cualquier caso, existen otras connotaciones. En efecto, en el contrato de arrendamiento se había renunciado expresamente a la tácita reconducción, considerándose a partir de los ocho años incumplida la obligación de la arrendataria de entregar la oficina arrendada (cláusulas 2.2 y 2.3 del contrato), por lo que incluso la continuidad en la posesión del local por la demandada no podría estimarse como manifestación de la continuidad tácita del contrato primitivo sino, en su caso, de un contrato renovado, cuya renta se abonaba mensualmente con una vigencia, por lo tanto, por periodos mensuales ( art. 1581 del CC) y no anuales como se pretende en el recurso. Independientemente, por supuesto, de lo establecido en el art. 1571 del CC.” (F.D.3º) [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Venta de acciones de Bankia: El plazo de anulación por error comienza el día en que se reformularon las cuentas de la entidad, se suspendió su cotización en Bolsa y se solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros (no el día en el que Bankia notificó a sus clientes individualmente el canje de acciones).*

STS (Sala 1ª) de 12 de noviembre de 2020, rec. nº 1428/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bc5cd49267c1e081/20201123>

“En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad debe ser en mayo de 2013, cuando Bankia notificó a sus clientes individualmente el contrasplit o canje de acciones, cuyo resultado fue la reducción del valor de las acciones hasta perder casi todo su valor. Momento en el que los accionistas se percataron de la situación real de la entidad.

“(…) En un caso de salida a cotización oficial, el valor de la acción tiene que ver con el valor de la compañía que la emite. Por ello, si el dies a quo debe ser aquel en que el comprador pudo apercibirse de su error, en este caso, es claramente el 25 de mayo de 2012, fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia, se suspendió su cotización en Bolsa y la entidad solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros.

“(…) Momento que podemos identificar como el de inicio del cómputo del plazo de caducidad, a efectos del art. 1301.IV CC, que es cuando se produjo en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permitió la comprensión real de las características y riesgos del producto que se había adquirido mediante un consentimiento viciado.” (F.D.2º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida: la ocultación de antecedentes de salud referidos a un infarto y patologías de tipo cardiovascular no libera a la aseguradora demandada del pago de la indemnización, dada la falta de relación causal entre los antecedentes omitidos y la causa del fallecimiento del asegurado, como consecuencia de un cáncer de pulmón diagnosticado cuatro años después de suscribir el seguro y que no se ha probado hubiera manifestado hasta entonces sintomatología alguna.*

STS (Sala 1ª) de 16 de noviembre de 2020, rec. nº 3327/2017

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e5fff9f4b111a562/20201127>

“Según los hechos probados, es cierto que el asegurado faltó a la verdad al responder a varias preguntas del cuestionario, pues negó haber estado de baja durante más de quince días en los últimos cinco años por enfermedad o accidente pese a que un año antes había sufrido un infarto que le causó una cardiopatía isquémica crónica; negó haber sido intervenido quirúrgicamente pese a que a resultas del infarto se le implantaron unos stents mediante acto médico-quirúrgico; que negó estar bajo tratamiento médico pese a que tomaba habitualmente diversos fármacos para el tratamiento de distintas patologías diagnosticadas varios años antes (hipertensión, hipercolesterolemia) y medicación para evitar trombos tras sufrir el infarto; y que a pesar de estos antecedentes afirmó encontrarse en buen estado de salud y sin enfermedad.

“(…) Sin embargo, (...) la ocultación de esos antecedentes de salud referidos al infarto y a las patologías de tipo cardiovascular relacionadas con el mismo no deben producir, conforme a la jurisprudencia sobre el art. 10 LCS, el efecto de liberar a la aseguradora demandada del pago de la indemnización, dada la falta de relación causal entre los antecedentes omitidos y la causa del fallecimiento del asegurado, que estuvo en un cáncer de pulmón diagnosticado cuatro años después de suscribir el seguro y que no se ha probado hubiera manifestado hasta entonces sintomatología alguna.” (F.D.9º) [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida: el carácter genérico o ambiguo de las preguntas no excluye la existencia de dolo o culpa grave, si se constata la existencia de suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo. Culpa grave de la asegurada, que ocultó estar bajo supervisión médica, tras sufrir un cáncer de mama, y negó tener una revisión próximamente, a pesar de ser preguntada por este extremo y de que dicha revisión se le practicaría 15 días después de firmar la póliza: concurrencia de elementos objetivos que la asegurada debía haberse representado necesariamente como influyentes para valorar el riesgo de fallecimiento.*

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 4153/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5ebd8b83a7a8341c/20201214>

“El presente litigio versa sobre la reclamación del viudo de la asegurada (en su propio nombre y además en representación de su hijo menor de edad) contra la compañía de seguros con la que su esposa tenía en vigor, en el momento de producirse su fallecimiento, un seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a una póliza de crédito, habiéndose desestimado la demanda en ambas instancias por infracción del deber de declaración del riesgo.” (F.D.1º).

“(…) El recurso de casación se compone de un solo motivo que se funda en infracción del art. 10 LCS y de la jurisprudencia de esta sala.

“(…) En su desarrollo se argumenta, en síntesis, que para apreciar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte de la asegurada la sentencia recurrida se apoya en la tercera de las declaraciones contenidas en el cuestionario o declaración de salud, según la cual la asegurada negó haberse sometido a algún tipo de tratamiento o supervisión médica, obviando así el tribunal sentenciador que se trataba de una pregunta excesivamente genérica que no servía para indagar sobre las enfermedades concretas del asegurado, siendo de aplicación al caso la jurisprudencia de que las consecuencias de un cuestionario de salud excesivamente genérico ha de soportarlas el asegurador, no el asegurado. (F.D.2º).

“(…) Como se ha indicado ya, su motivo único se funda en infracción del art. 10 LCS y de la jurisprudencia de esta sala sobre la falta de idoneidad, a los efectos de poder apreciar la conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado, de un cuestionario o declaración de salud que contenga preguntas excesivamente genéricas sobre sus antecedentes de salud. (F.D.6º).

“(…) procede recordar que (...) no siempre que se ha declarado la existencia de ocultación dolosa o gravemente negligente se ha partido del carácter concreto, específico, no genérico ni ambiguo de las preguntas, pues en algunos casos, a pesar de la generalidad del cuestionario, se ha apreciado también la infracción del deber de declarar el riesgo tras constatarse la existencia de ‘suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar’ (sentencia 621/2018, con cita de la 542/2017, ambas citadas por la sentencia 7/2020).” (F.D.7º).

“(…) Es cierto (...) que algunas de las preguntas a las que la asegurada contestó negativamente eran excesivamente genéricas.

“(…) Sin embargo, también es cierto que las preguntas de la aseguradora no se limitaron a indagar acerca de enfermedades, patologías o padecimientos subsistentes que, vistas las circunstancias médicas, tras casi diez años sin una recidiva, la asegurada podía no representarse como un problema que le afectara y que verdaderamente influyera en el riesgo que pretendía asegurar, sino que también se le preguntó, en este caso de forma muy concreta, si estaba bajo tratamiento o seguimiento facultativo (si se había ‘sometido a algún tipo de

tratamiento o supervisión médica o realizado estudio médico especial' que hubieran requerido pruebas diagnósticas como ecografías, escáneres o radiografías, y si debía consultar a un médico próximamente), lo que también negó.

“(…) En consecuencia, es procedente la liberación de la aseguradora por culpa grave de la asegurada, pues cuando esta hizo esa declaración sobre su estado de salud concurrían elementos objetivos que debía representarse necesariamente como influyentes para valorar el riesgo de fallecimiento, tales como la obligación de someterse anualmente a revisiones periódicas que incluían estudios médicos de cierta amplitud, como las pruebas radiológicas por las que fue expresamente preguntada, dado que ese control o supervisión médica era aconsejable ante la probabilidad de recaídas, nada infrecuentes en enfermedades tan graves como el cáncer de mama. De hecho, pese a que las revisiones eran anuales y que la del año en que contrató el seguro se le practicó apenas 15 días después de firmada la póliza, declaró no tener que consultar a un médico próximamente.” (F.D.8º)

“(…) Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC, procede confirmar la sentencia recurrida.” (F.D.9º). [A.B.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida con cobertura de invalidez vinculado a un préstamo hipotecario: omisión conscientemente un dato que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto, como es el padecimiento de una enfermedad cardiovascular, que originaría la declaración de incapacidad permanente absoluta.*

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 3824/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d1c1be09f81b4fae/20201211>

“El presente litigio versa sobre la reclamación del asegurado contra su compañía de seguros para el cumplimiento del contrato de seguro de vida con cobertura de invalidez, vinculado a un préstamo hipotecario, que se encontraba en vigor al producirse el siniestro, consistente en la declaración de incapacidad permanente absoluta (IPA) del asegurado. La demanda fue desestimada en segunda instancia por dolo del asegurado.

“(…) Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) ha quedado probado el dolo del asegurado, pues este firmó libremente una póliza en cuyo clausulado se incluyó una declaración de salud (“bien destacada y firmada en la parte inferior de la misma hoja”) en la que se le preguntó si se encontraba en buen estado de salud, a lo que respondió afirmativamente pese a que en la pregunta se aclaraba que la respuesta no podía ser negativa si el asegurado padecía enfermedades graves, en concreto de tipo cardiovascular como era el caso, puesto que el Sr. Juan Antonio venía padeciendo desde mucho antes de firmar la póliza un aneurisma disecante iliaca izquierda que el médico que le atendía valoró como causa determinante de la

IPA; y (ii) en consecuencia, la aseguradora queda liberada de su obligación de pago.

“(…) El demandante interpuso recurso de casación por interés casacional, en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interesando la estimación de la demanda.” (F.D.1º).

“(…) Es cierto que se le preguntó si se encontraba en buen estado de salud y si padecía alguna minusvalía física, invalidez o limitación sustancial de órganos sensoriales, preguntas ambas excesivamente genéricas por referirse de forma ambigua y estereotipada a la salud general del asegurado.

“(… )Sin embargo, no cabe predicar lo mismo de la pregunta sobre su estado de salud, pues esta se completó con la precisión de que no se consideraba buen estado de salud el padecimiento de determinadas enfermedades graves como el cáncer, la diabetes insulino-dependiente o -esto es lo relevante- enfermedades graves de tipo cardiovascular, pregunta esta específica a la que el asegurado también respondió negativamente pese a no poder desconocer que a consecuencia del accidente de tráfico sufrido en 2007 arrastraba diversos problemas de salud entre los que destacaba una grave afección de tipo vascular consistente en un aneurisma disecante de la arteria iliaca izquierda por el que tuvo que ser intervenido en 2008, del que era plenamente consciente, pues lo invocó el propio asegurado como causa invalidante al interesar en 2012 el reconocimiento de su incapacidad, y que fue una de las dos causas que finalmente determinaron el reconocimiento de la IPA en 2013.

“(…) Por lo tanto, omitió conscientemente un dato que la aseguradora no conocía ni podía apreciar a simple vista y que estaba causalmente relacionado con el riesgo cubierto”. (F.D.4º) [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Adquisición de Aportaciones Financieras Subordinadas “Fagor” por cooperativista. Nulidad de contrato por error: la condición de socio cooperativista, “per se” no acredita el conocimiento del producto financiero complejo adquirido, dado que no se acredita su formación financiera.*

STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 2020, rec. nº 4671/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d27de2dc0c25cc61/20201207>

“Doña Purificación, hoy recurrente, interpuso una demanda de juicio ordinario contra Caja Laboral en la que ejercitaba la acción de nulidad por error en el consentimiento del contrato de adquisición de las Aportaciones Financieras Subordinadas Fagor suscrito con fecha 14 de julio de 2006.

“(…) La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

“(…) Recurrída en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial (…) estimó el recurso y, revocando la sentencia apelada, desestimó la demanda.

“(…) La Audiencia consideró que la demandante estaba en condiciones de conocer el producto, sus riesgos y sus características, dada su condición de socia cooperativista de la mercantil emisora del mismo.

“(…) Contra la anterior sentencia, la demandante apelada ha interpuesto recurso de casación.” (F.D.1º).

“(…) En el presente procedimiento consta acreditado, que el banco no facilitó la preceptiva información, que permitiese a la demandante conocer el producto que adquiriría, que era de naturaleza perpetua y sometido a las fluctuaciones del mercado (RD 629/1993, de 3 de mayo).

“(…) Como hemos reflejado, en la anterior doctrina jurisprudencial, la condición de socia cooperativista, per se no acredita el conocimiento del producto financiero complejo adquirido, dado que no se acredita su formación financiera.

“(…) Por tanto, habiéndose fundado la sentencia de apelación en el conocimiento del producto, por su condición de socia cooperativista, y en base a ello entiende la Audiencia Provincial que no existe el error como vicio del consentimiento, procede casar la sentencia.” (F.D.4º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Seguro de vida con cobertura de invalidez permanente absoluta: el carácter genérico o ambiguo de las preguntas no excluye la existencia de dolo o culpa grave, si se constata la existencia de suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar el riesgo. Dolo de la asegurada que declaró encontrarse en buen estado de salud, ocultando que, de modo persistente, había padecido síntomas y patologías diagnosticadas (dolor intenso, cervicobraquialgia, hernia discal intervenida quirúrgicamente) que le habían provocado unas limitaciones funcionales que no cabía esperar de una persona tan joven (35 años cuando firmó la póliza) y que dieron lugar a bajas temporales sucesivas, las cuales, además, tenían evidente relación causal con las patologías, tanto físicas como psíquicas (depresión, fibromialgia), que determinaron el reconocimiento de su invalidez permanente en grado de absoluta.*

STS (Sala 1ª) de 30 de noviembre de 2020, rec. nº 3400/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4498fe9809a08532/20201211>

“El presente litigio versa sobre la reclamación de la asegurada contra su compañía de seguros tras habersele reconocido una invalidez permanente absoluta que se encontraba cubierta por el seguro concertado, reclamación que fue desestimada en ambas instancias por infracción del deber de declaración del riesgo.” (F.D.1º).

“(…) En principio, no es infundada la alegación de la recurrente de que se le formularon preguntas excesivamente genéricas o indeterminadas, con un margen alto de subjetividad.

“(…) ‘En el caso presente, el cuestionario, al que fue sometida la actora, es realmente genérico e indeterminado y encierra un juicio valorativo subjetivo de la misma, en tanto en cuanto se le pregunta sobre: 1º ¿ha tenido o tiene alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica?; 2º ¿ha padecido en los últimos 5 años alguna enfermedad o accidente que haya requerido tratamiento médico o intervención quirúrgica) y 3º ¿se considera actualmente en buen estado de salud?, dejando al arbitrio del asegurado determinar lo que entiende por limitación física o psíquica o buen estado de salud, o de escasa significación, al requerirle, sin mayores precisiones, si en los últimos cinco años padeció alguna dolencia que requiriese atención médica, por lo que su contestación afirmativa no aporta dato relevante para la valoración del riesgo, al ser natural que tal situación se haya producido en cualquier persona’.

“(…) Sin embargo, la razón decisoria de la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta sala, porque la apreciación de ocultación dolosa se funda en la concurrencia de elementos objetivos del estado de salud de la asegurada que esta conocía o no podía desconocer y que, pese a la generalidad de las preguntas, podía razonablemente entender como relevantes para que la aseguradora pudiera valorar adecuadamente el riesgo objeto de aseguramiento.

“(…) consta que la hoy recurrente, pese a ser una persona joven, sufría desde muchos años antes de dolores intensos que la afectaban a distintas partes del cuerpo, desde la cabeza hasta las extremidades, los cuales se agudizaron a resultas de un accidente de tráfico que la obligó a ser intervenida quirúrgicamente, y sobre todo, que tales dolores, lejos de ser meras impresiones subjetivas de la paciente, fueron médicamente considerados como síntomas de patologías concretas - principalmente a nivel cervical y de la columna vertebral- debidamente diagnosticadas en su momento (antes de firmarse la póliza), con una baja laboral de larga duración, y cuya cronificación, con las limitaciones físicas inherentes, incidió en el desarrollo y evolución de la patología (fibromialgia) que abocó a la incapacidad (como resulta de la sentencia dictada por el orden social).

“(…) De ahí que, como considera la sentencia recurrida, una persona como la asegurada, a la que se preguntó por el padecimiento de limitaciones físicas o enfermedades crónicas y por su estado general de salud, no hubiera debido ocultar o silenciar patologías que ella misma había percibido desde tiempo antes de firmarse la póliza como incapacitantes, dado que dificultaban su movilidad en actos tan cotidianos como subir o bajar escaleras, caminar o mantenerse de pie, de modo que tenía que ser plenamente conscientes de ellas y de su relevancia para el riesgo que estaba asegurando, ni consecuentemente hubiera debido valorar su estado de salud como bueno, dada la gravedad de tales limitaciones físicas resultantes de enfermedades diagnosticadas y de su notoria incidencia en su vida diaria.

“(…) En consecuencia, valorando la entidad y objetivación de sus padecimientos, previamente diagnosticados, las preguntas que se le formularon, especialmente la primera sobre si había tenido o tenía alguna limitación física, permitían más que suficientemente que la asegurada pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por ella o que pudiera conocer se referían, de modo que al negar tales limitaciones físicas y declarar que su estado de salud era bueno ocultó a sabiendas antecedentes de salud que impidieron a la aseguradora valorar adecuadamente el riesgo que aseguraba.” (F.D.4º). [JR.V.B].

*Jurisprudencia: Préstamo hipotecario referenciado en yenes: no es posible anular parcialmente el contrato por error invalidando, exclusivamente, la cláusula relativa a la opción multdivisa. Si se llegara a apreciarse la existencia de un error (esencial y excusable) del prestatario, por desconocer los riesgos que entrañaba haber referenciado el crédito al yen japonés (su depreciación frente al euro), el mismo anularía la totalidad del contrato.*

STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 2020, rec. nº 2080/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f22ff83d95f6cf19/20201218>

“El demandante en su demanda ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de cuenta de crédito hipotecario concertado en yenes japoneses con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría sólo a la moneda en que se concertó el crédito y al cambio de divisa. La acción de nulidad ejercitada y estimada por la sentencia de primera instancia y confirmada por la de apelación, se basaba en la existencia de un vicio en el consentimiento, generado por un defecto de información sobre el producto y sus riesgos.

“(…) Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara apreciar, como hace el tribunal de instancia, error en el consentimiento prestado por demandante, porque desconocía los riesgos que entrañaba haber referenciado la cuenta de crédito a la moneda del yen japonés (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato ( sentencias 450/2016, de 1 de julio, 66/2017, de 2 de febrero, 4/2019, de 9 de enero, y, más recientemente sentencia 490/2020, de 24 de septiembre).

“(…) Las sentencias invocadas por la parte recurrida para justificar la posibilidad de una nulidad parcial que afectara únicamente a las cláusulas relativas al opción multdivisa no resultan de aplicación a este caso, pues la acción ejercitada en aquellos casos era distinta, la de nulidad fundada en el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con la opción multdivisa, y esa acción no ha sido ejercitada en este caso.

“(…) Procede por lo tanto estimar el motivo y casar la sentencia, en el sentido de estimar la apelación y desestimar la acción de nulidad parcial del contrato de

cuenta de crédito multivisa, sin que se aprecie que se haya ejercitado ninguna otra acción subsidiaria.” (F.D.2º) [A.B.B].

*Jurisprudencia: Venta de melones sometida a la legislación valenciana: presunción de exactitud del vale de recolección.*

SAP Valencia (Sección 11ª) de 30 de julio de 2019, rec. nº 701/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/24edad3ea564b764/20191021>

“[...] conforme al artículo 20 de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, si no estuviere presente el comprador, se presume que el vale de recolección expresa la cantidad y calidad correctas, y no puede alegar con posterioridad la existencia de ningún porcentaje adicional de separación de fruto en mal estado, salvo prueba en contrario, como la resultante de un proceso certificado de trazabilidad u otras admisibles en Derecho. Siendo insuficiente a tales efectos la evaluación unilateral a través de sus propios empleados del destrío, que es lo que a su vez corrobora su perito -a diferencia de la determinación del precio a partir de facturas referidas a terceros-, por lo que no cabe aceptar la exactitud de tales apreciaciones” (F.D. 3º) [J.B.D.].

### 3. DERECHOS DE LA PERSONA

*Jurisprudencia: Eficacia legitimadora del derecho de defensa del investigado en un proceso penal: no puede considerarse objetivamente injurioso que el investigado, al contestar sobre los hechos objeto de investigación, realice en su defensa declaraciones que descalifiquen la acusación de que es objeto y a quien la formula, cuando su contenido está directamente vinculado con la cuestión objeto del interrogatorio y no contiene ninguna expresión ofensiva desconectada de la misma.*

STS (Sala 1ª) de 23 de julio de 2020, rec. nº 5488/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/f9caf3b37c84304410b129baa45c19bf1f577ab1f186b454>

“(…) En las diligencias previas abiertas por la admisión a trámite de dicha querrela, prestó declaración en calidad de investigado D. Carlos Miguel, quien fue instruido del contenido de los arts. 24 de la Constitución y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En dicha declaración, D. José Ignacio, abogado de la querrelante, preguntó al investigado D. Carlos Miguel si sabía si en el proyecto que permitió a Codisa implantarse en DIRECCION000, Codisa se obligó a mantener la unicidad de la actividad en la parcela afectada por el proyecto de actuación DIRECCION000, a lo que el interrogado contestó, según consta en el acta de la declaración:

‘(...) que lo conocía el declarante, que lo conocían los concejales, las partes contratantes y lo más importante el propio Letrado Sr. José Ignacio, Letrado del Grupo Peña por dos razones importantes, la primera es que el propio señor José Ignacio ideó una fórmula para vencer el obstáculo consistente en que Grupo Peña paga todos los gastos de todas las licencias de actividad y nominalmente aparece Codisa, y en segundo lugar debido a que el Sr. José Ignacio estuvo en muchas ocasiones viendo el expediente en Gerencia y fotocopiando todo lo que quiso [...] las partes contratantes, en concreto el Sr. José Ignacio había ideado una fórmula para saltar el obstáculo de la unicidad de la actividad.’ (F.D. 1º)

“(...) Solo son objetivamente injuriosas las expresiones que son tenidas en el concepto público por afrentosas, no las que subjetivamente cada uno considere como tales. Y difícilmente puede considerarse como objetivamente injurioso (esto es, que sea tenido en el concepto público como afrentoso) que el investigado en un proceso penal, al contestar sobre los hechos objeto de investigación, realice, en su defensa, declaraciones que descalifiquen la acusación de que es objeto y a quien la fórmula.

(...) Tampoco es correcto afirmar que la Audiencia Provincial ha otorgado al derecho de defensa el valor de un derecho absoluto e ilimitado. La Audiencia Provincial ha considerado, correctamente, que es relevante que el demandado, al realizar tales manifestaciones, se defendía de una acusación penal, contestando a una pregunta del abogado del querellante, que hoy es el demandante, con unas declaraciones cuyo contenido era pertinente, pues estaba directamente vinculado con la cuestión objeto del interrogatorio, y sin utilizar ninguna expresión ofensiva desconectada de la cuestión objeto del interrogatorio.” (F.D. 5º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Expresión en abstracto injuriosa, que no añade un plus ofensivo a la falsa imputación de comportamientos deshonrosos, por los que ya se ha sido condenado (“El sheriff de Lanzarote”, referida a un fiscal), la cual no aumenta la gravedad de la imputación y, por lo tanto, no determina una mayor cuantía de la indemnización.*

STS (Sala 1ª) de 21 de septiembre de 2020, rec. nº 4633/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/577265fdc434702a/20200929>

“(...) La infracción denunciada consiste en que la Audiencia Provincial no ha considerado constitutiva de una intromisión ilegítima en el derecho al honor la reiterada utilización por el periodista demandado de la expresión «Sheriff de Lanzarote» para referirse al demandante, anudándola a comportamientos del demandante que han resultado ser inciertos.” (F.D. 2º)

“(...) El demandante, en su recurso, considera que la utilización del término ‘Sheriff de Lanzarote’ para referirse a él no es injuriosa por sí misma, pero lo es por asociarse a la imputación de comportamientos deshonrosos.

Dado que los demandados han sido condenados justamente por imputar al demandante esos comportamientos deshonorosos (trato de favor a quien habría hecho, a su vez, favores al demandante, persecución injusta de determinadas personas y empresas, etc.), la utilización de esa expresión no añade un plus ofensivo a esas imputaciones que suponga una mayor gravedad en las mismas y, correlativamente, determine la procedencia de una indemnización mayor.

La STC 297/2000, de 11 de diciembre, declara que ‘aunque consideradas en abstracto, determinadas expresiones puedan resultar injuriosas, no es posible valorarlas separadamente si, en el contexto concreto, resultan ser un nuevo (sic) correlato de la relación de hechos, de modo que no aportan ningún contenido de injuria independiente del que puedan contener los hechos mismos’. Esta doctrina es de aplicación a este supuesto, tanto más cuando el propio recurrente reconoce que la expresión, considerada en abstracto, no resulta injuriosa.” (F.D. 3º) [G.M.R.]

*Jurisprudencia: Vulneración del derecho al honor: Inexistencia de responsabilidad solidaria de un medio de comunicación por noticias injuriosas relativas a los mismos hechos, publicadas en otro medio, incluso aunque el autor de las mismas fuese el mismo periodista. La responsabilidad solidaria del periodista y del medio de comunicación se circunscribe a los daños y perjuicios causados por la información publicada en dicho medio, no en los demás.*

STS (Sala 1ª) de 21 de septiembre de 2020, rec. nº 4633/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/577265fdc434702a/20200929>

“(…) Inexistencia de solidaridad entre los distintos medios de comunicación que publican informaciones sobre unos mismos hechos.

(…) Cada medio de información es responsable solidario junto con el periodista respecto de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en el derecho al honor causada por la información publicada en dicho medio de información, en una relación de solidaridad interna. Pero no existe una solidaridad externa, entre distintos medios de comunicación, por el hecho de que lo publicado en uno y otro haga referencia a unos mismos hechos, ni siquiera porque el autor de las manifestaciones ofensivas sea el mismo periodista.

Lo expuesto determina que, aunque no proceda modificar el montante global de la indemnización, debe distinguirse la parte que corresponde a las manifestaciones realizadas en el programa ‘El Espejo Canario’ y las publicadas en ‘Canarias 7’. Siendo más graves y reiteradas las publicadas en el primero de dichos medios, procede fijar en 20.000 euros la indemnización correspondiente a la intromisión causada en esos programas, y en 5.000 euros, la correspondiente a lo publicado en Canarias 7. Al pago de la primera de tales indemnizaciones corresponde condenar a D. Carlos Manuel con la responsabilidad solidaria de El Escorpión de Jade S.L.,

y a la segunda de ellas, a D. Carlos Manuel con la responsabilidad solidaria de Informaciones Canarias S.A.” (F.D. 9º) [G.M.R]

*Jurisprudencia: Publicación en el espacio de la página web de una universidad, dedicado a los Departamentos, del informe negativo de un Departamento respecto de la prórroga del contrato de trabajo de una profesora ayudante; y colocación en los tablones de anuncios del Departamento, de un Grado y de una Licenciatura de la Universidad de una “Carta abierta a la comunidad universitaria”, firmada por la directora del Departamento y la mayoría de profesores del mismo en el que se mostraba el apoyo al informe negativo. Intromisión ilegítima en el derecho al honor de la profesora: condena a la Directora del Departamento a pagar 10.000 euros.*

STS (Sala 1ª) de 22 de septiembre de 2020, rec. nº 1203/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/8554807a010626fb/20201002>

“(…) Solamente los interesados en la obtención de la plaza de profesor podrían tener acceso a un documento interno del expediente como es un informe negativo sobre el desempeño profesional de la aspirante que pretende la renovación de su contrato. Lo que podría ser público, en todo caso, sería la resolución del expediente, es decir, la renovación o su denegación, pero no un informe que, por su propia naturaleza, debe ser reservado, al contener valoraciones y opiniones sobre la idoneidad profesional de la demandante.

(…) En el seno del expediente y en las reuniones de las autoridades y funcionarios encargados de emitir los correspondientes informes o dictámenes, son lícitas las menciones a la competencia profesional de los aspirantes, por críticas o desfavorables que puedan ser. Pero deben quedar reservadas para terceros no interesados.

Respecto a la publicación de la carta abierta, no se trata solo de una queja de carácter profesional, pues para ello hubiera bastado con citar el caso y la falta de atención del rector a la opinión de la mayoría de los profesores del departamento, sin necesidad de dar los datos personales de la afectada, sobre la que se vertían graves sombras de incompetencia profesional.

En todo caso, el ámbito natural de conocimiento de esa carta hubiera sido el de los organismos universitarios competentes (rectorado, decanato de la facultad, claustro de profesores, comité de contratación, etc.), pero carecía de sentido que se colgara en la página web o en los tablones de anuncios. Una cosa es la transparencia en la gestión de los nombramientos de profesores y otra la divulgación indiscriminada de datos que pueden afectar a su reputación y buen nombre profesional.

Por tanto, la publicación fuera de los cauces legalmente previstos de valoraciones de orden interno gravemente afectantes a la reputación profesional de la

demandante constituye una vulneración de su derecho al honor, por lo que la sentencia recurrida no infringe el art. 20 CE.” (F.D. 2º) [J.R.V.B.]

*Jurisprudencia: Vulneración del derecho del honor, por atribuirse a una persona falsamente la condición de detenido. Publicación de una noticia junto a una fotografía, en cuyo pie se informaba de la detención de una de las personas que aparecía en la misma. Falta de veracidad de la noticia: no es lo mismo informar que una persona intervino en una pelea en la que existieron heridos y detenidos, que atribuirle directamente la condición de detenido: no es una inexactitud insignificante. Falta de diligencia debida: bastaba, con una simple gestión ante la policía para contrastar si la persona de la foto era acompañada por los agentes en calidad de detenido.*

STS (Sala 1º) de 28 de septiembre de 2020, rec. nº 5251/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1a718e7a1bbeca68/20201016>

“(…) Para una mejor inteligencia de la decisión del recurso es preciso hacer dos consideraciones preliminares:

(i) La noticia publicada sobre la que recae el litigio, según recoge la sentencia recurrida, es la contenida en el Diario de Jerez, de 14 de septiembre de 2017, bajo el título: ‘Varios heridos y detenidos en una reyerta en las 102 viviendas de Juan Ramón’, junto a una fotografía en color en la que aparecían varios policías uniformados alrededor de dos hombres, uno de los cuales sangraba por la cabeza, con un pie de foto en el que indicaba: ‘Un momento de la detención ayer de uno de los implicados en la pelea, que sangraba por la cabeza’.

(ii) El actor, y ahora recurrente, pone el acento de su reclamación no en la existencia de la reyerta con heridos, sino en no ajustarse la información a la realidad de que él, que aparece en la fotografía herido, hubiese sido detenido; por lo que, al atribuírsele tal situación, con la carga consiguiente de desvalor hacia su persona, entiende que se ha lesionado su derecho al honor.

(…) Si se aplica la anterior doctrina a las consideraciones preliminares y se pone en relación con la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, es procedente estimar el recurso de casación en los términos que plantea la parte recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal:

(i) No comparte la Sala la valoración jurídica de la sentencia recurrida acerca del carácter secundario de la mención de la detención en pie de foto, en el marco de la publicación de la noticia sobre la realidad de la reyerta.

No es lo mismo informar que D. Gerardo intervino en la pelea y que existió heridos y detenidos como consecuencia de la misma, que añadir el plus de que uno de los detenidos fue D. Gerardo, por ser el que, sin citarlo, se infiere de la fotografía y pie de foto, según razona cumplidamente la sentencia de primera instancia, sin que la Audiencia la desautorice.

Ese dato no es secundario sino el más peyorativo y cargado de desvalor para el actor, por inferirse de él, ‘a priori’, una autoría directa y activa del mismo en la reuerta, como para que diese lugar a su detención.

De ahí, que la cuestión se haya de centrar en si el periodista que informó desplegó la diligencia, a que hemos hecho mención en nuestra doctrina; a la hora de comunicar y difundir ese dato.

(ii) La respuesta, en contra de la valoración jurídica que hace el tribunal de instancia, es que no la desplegó. La afirmación que hace la sentencia recurrida respecto de la posición de las manos de los policías sobre el cuerpo del recurrente para inferir de ello su detención por un observador de la foto, es feble y poco consistente, pues también podría inferirse que tratan de sujetarlo con fines tuitivos en atención a encontrarse herido.

El informador pecó de precipitación, pues bastaba, como afirma la sentencia de primera instancia, con una simple gestión ante la policía para contrastar si el señor de la foto era acompañado por los agentes en su calidad de detenido.

Contrastar ese dato era tan fácil y rápido, que obviarlo supone una elemental falta de diligencia a la hora de informar sobre un hecho que notoriamente afecta al honor de las personas, si se tienen en cuenta las circunstancias que rodean la noticia y la facilidad para verificarla.” (F.D. 2º) [J.R.V.B.]

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. DERECHO DE SEGUROS

*Seguros de casco y de pesca. Exclusión de la cobertura por falta de cualificación del personal. Carácter supletorio de la LCS. Nexo de causalidad entre la infracción administrativa y el siniestro*

STS (Sala 1ª) de 10 de marzo de 2020, rec. nº 2425/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/da9b7589b51cad8c/20191002>

“(…) En definitiva, se considera que la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 756 del Código de Comercio, toda vez que el mentado precepto norma que ‘no responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las cosas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes, aunque no se hayan excluido en la póliza’, razonando que la preposición ‘por’ y la palabra ‘causa’, obliga a concluir que entre la falta de documentos -como la titulación suficiente- y el siniestro haya relación de causa a efecto y ello es algo que, de ningún modo, se puede afirmar en el presente procedimiento. Y se pregunta el recurrente si no se hubiera producido el siniestro igual con independencia de la insuficiencia de la titulación del primer patrón.

(...) Pues bien, descartada por la sentencia de la Audiencia que las condiciones generales de contratación hubieran sido entregadas a la entidad asegurada, no puede operar la causa de exclusión convencional de la falta de navegabilidad del buque, lo que no significa, sin embargo, que no pueda ser contemplada como causa de exclusión legal al amparo del art. 756.7 del Código de Comercio; pero, en este caso, conforme a la jurisprudencia expuesta es necesario que se determine la relación de causa y efecto entre la infracción cometida y el naufragio del buque, lo que no se explicita en la sentencia de la Audiencia que no examina directamente dicha cuestión, sino que proclama la falta de titulación del primer patrón para capitanear el buque, al ostentar la correspondiente a patrón costero polivalente que no le permite navegar más allá de 60 millas de la costa.

Por todo ello, procede al amparo de este motivo de casación, asumir la instancia, para analizar la concurrencia de dicho nexo causal.

### 3.- Análisis del nexo causal

A los efectos decisorios del litigio debemos pues determinar, si la falta de titulación del primer patrón, así como el incumplimiento de las condiciones mínimas de seguridad del buque, influyeron decisivamente en el siniestro, y hemos de concluir que así fue.

Como declaró la STS 622/1998, de 29 de junio, la falta de titulación supone una presunción de impericia, que se ha visto corroborada con la actuación del patrón al mando, que se vio sobrepasado por los acontecimientos ocurridos, careciendo de la cualificación necesaria para abordarlos, con la diligencia y profesionalidad requeridos a un hombre de mar, que se hallara debidamente preparado para enfrentarse a un siniestro como el que constituye el objeto de este proceso.

En efecto, deviene hecho indiscutible que el Sr. Juan Pablo era el primer patrón del buque siniestrado, el cual únicamente contaba con el título de patrón costero polivalente, que le impedía mandar un barco en navegación a 540 millas de la costa, tal y como sucedió cuando se produce la vía de agua que provocó el hundimiento. También carecía de la especialidad de Operador General del Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima y llevaba tan sólo un mes y siete días a bordo del buque, siendo su primer viaje.

En segundo lugar, todas las periciales son unánimes en el sentido de que una elemental precaución, ante una vía de agua que se expande por el barco, es dejar herméticamente cerrada la sala en la que se produjo la inundación, que, al ser compartimento estanco, evita que se desborde a otras dependencias del buque, que igualmente deben permanecer estancas, de manera que se garantice la flotabilidad del barco, permitiendo, en su caso, su salvamento.

En el contexto expuesto, la conducta del Sr. Juan Pablo merece un claro reproche y fue causal en la génesis del resultado dañoso acaecido. Manifiesta que se entera de la vía de agua por el jefe de máquinas pese a lo cual no baja a comprobar lo sucedido, lo que llama poderosamente la atención; lejos de ello permaneció en el

puente, dando la señal de naufragio para proceder al rescate de la tripulación. En este primer momento, con subversión del orden natural del mando, actúa bajo las órdenes del jefe de máquinas, autorizando el abandono del buque por indicación y juicio de aquél.

En claro incumplimiento de sus funciones no dio tampoco ninguna orden de cierre de las puertas estancas de los diversos compartimentos del barco para garantizar su nivel de flotabilidad, ni comprobó tal circunstancia, pese a que se trataba de una operación de fácil ejecución, ni la situación era tan alarmante cuando el barco, con los compartimientos estancos sin cerrar, aún tarda unas diez horas en hundirse.

El jefe de máquinas declaró ser conocedor de que la sala de máquinas cuenta con tres cierres para estancarla y que si se cierran se crea una reserva de flotabilidad, pero pese a ello únicamente cierra dos de dichas puertas, dejando una tercera, la correspondiente al guardacalor, abierta, lo que conforma un comportamiento difícil de concebir para una tripulación mínimamente consciente de sus obligaciones, con una absoluta falta de control del patrón del barco, manifiestamente sobrepasado por lo que ocurría y carecer de la cualificación precisa para actuar ante una situación como la acontecida.

Se abandona el buque, en menos de una hora, y se hunde unas 10 horas después, pese a no cerrarse las puertas de los diversos compartimentos del barco. Tampoco se hace ningún intento para salvar el buque. Incluso el perito, ingeniero naval Sr. Carmelo, sostiene que el buque, con el agua confinada en la sala de máquinas, conservaría un coeficiente de flotabilidad suficiente para no hundirse. Tampoco, por supuesto, se ordenó aligerar la carga del buque a tales efectos. Ni se realizó gestión alguna para conseguir el salvamento de la embarcación, siendo obligación además dimanante del contrato de seguro (art. 17 de la LCS) e impuesta al capitán del barco por las leyes del mar.

En definitiva, la falta de cualificación de la tripulación fue elemento causal determinante en la producción del daño, circunstancia de la que era perfectamente consciente la entidad armadora del buque que así lo consintió e incluso intentó justificar por las dificultades en la contratación de personal cualificado, según expresamente se alegó en el expediente sancionador que se le sigue por la Administración a raíz de los presentes hechos, pues sobre el rendimiento económico de la empresa se encuentra el principio preferente de la seguridad de la navegación, por lo debe ser de aplicación lo normado en el art. 756.7 del Código de Comercio al darse existirá la cuestionada relación causal por mor del conjunto argumental antes reseñado.

Por todo ello, la demanda se debe desestimar, entrando en el fondo de la cuestión desde el punto de vista de la causalidad, lo que se hace en este trance decisorio, y con ello se desestima este motivo cuarto de casación, que aun no careciendo de base, adolece de efecto útil (SSTS 640/2013, de 25 de octubre; 677/2013, de 6 de noviembre; 233/2014, de 28 de abril y 409/2019, de 9 de julio. (F.D. 5º) [P.G.P.]

*Seguro de accidentes. Cláusula limitativa. Falta de aceptación específica.*

STS (Sala 1ª) de 2 de marzo de 2020, rec. nº 1999/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6f655d80e7dec6b6/20200317>

“(…) Entrando, pues, a conocer del motivo, este debe ser estimado por las siguientes razones:

1.a) La sentencia de esta Sala 402/2015, de 14 de julio, de pleno, que se pronunció sobre una cláusula limitativa similar en un seguro de accidentes, tras interpretar la exigencia del art. 3 LCS de que las cláusulas limitativas aparezcan destacadas de modo esencial, interpreta la otra exigencia, es decir, la de que sean ‘específicamente aceptadas por escrito’, del siguiente modo:

‘Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser *‘especialmente aceptadas por escrito’*, es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas’.

2ª) De esta doctrina jurisprudencial se desprende que si, como sucede en el presente caso, las condiciones particulares se remiten a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales que se entregan al tomador/asegurado, este deberá firmar también estas condiciones generales.

3ª) Hasta tal punto es así, que incluso las dos sentencias que la aseguradora recurrida cita en su apoyo (sentencias 520/2017, de 27 de diciembre, y 76/2017, de 9 de febrero) vienen a abundar en esa misma doctrina, pues en ambos casos las condiciones generales en las que figuraban las cláusulas limitativas habían sido firmadas por el asegurado, de modo que en ningún caso bastaba solo con la firma de la remisión contenida en las condiciones particulares.

4ª) Además, la firma del documento en el que figuran las cláusulas limitativas cobra aún mayor relevancia cuando, como sucede con la cláusula limitativa aquí litigiosa, suponen una reducción del concepto legal de accidente tal y como aparece en el art. 100 LCS, que en principio cubriría un siniestro como el que determinó el fallecimiento del asegurado esposo de la demandante, y más todavía

cuando, como también sucede en el presente caso, las cláusulas limitativas no aparecían hasta la página 21 del documento de condiciones generales.

5.a) En consecuencia, la sentencia recurrida infringe el art. 3 LCS según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta”. (F. D. 4º) [P.G.P.]

*Acción directa en un seguro de RC empresarial. Falta de pago de la primera prima. Diferencia seguro de RC del automóvil y otros seguros de RC. Atención al motivo de la falta de pago.*

STS (Sala 1ª) de 17 de diciembre de 2019, rec. nº 3264/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/55ea8cbf5073b811/20200108>

“(…) La sentencia recurrida, sin alterar los hechos probados en la primera instancia, estima el recurso de apelación de la demandante y condena a la aseguradora a indemnizar porque considera que, dado que la aseguradora no resolvió el contrato de seguro, el mismo estaba vigente respecto del tercero perjudicado.

En su escrito de oposición la recurrida alega que no concurre interés casacional porque la sentencia 267/2015, de 10 de septiembre, se pronuncia sobre la cuestión planteada en el mismo sentido que lo hace la sentencia recurrida. En la mencionada sentencia, la sala sentó como doctrina:

‘Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato’.

Considera la actora ahora recurrida que el mismo criterio debe seguirse para otros seguros de responsabilidad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 15.1 y 76 LCS, pues el art. 15.1 no establece que en caso de impago de la primera prima se extinga el contrato de modo que, como alternativa a la exigencia de pago, el asegurador ha de pedir la resolución del contrato.

Esta sala no comparte este razonamiento. Hay que observar que la citada sentencia 267/2015 sentó doctrina para el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. Así resulta con claridad de la literalidad de la doctrina que sienta y así resulta también de los razonamientos en los que se basa la sentencia para sustentarla.

En efecto, en la sentencia 267/2015 se alude a la ‘singularidad y especialidad’ del texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de

vehículos de motor por lo que se refiere a la regulación de este seguro y a la existencia de una habilitación reglamentaria y, por ello, a la necesidad de poner en relación el art. 15 LCS con lo dispuesto, en ese momento, en el art. Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que en su art. 20.2. se refería al ‘derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro’ (luego, en el art. 12.2 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre). La sentencia razonó que, por exigencia del precepto reglamentario, frente a terceros (art. 76 LC), para que el asegurador quedara liberado en caso de falta de pago de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro, era precisa la comunicación recepticia dirigida al tomador por la que se declarara resuelto el contrato.

Como en el caso no nos encontramos ante un contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, no resulta de aplicación la anterior doctrina y debemos estar a la interpretación de la previsión contenida en el art. 15.1 LCS respecto del impago de la primera prima o de la prima única del contrato.

## 2.2. Decisión de la sala. Estimación del recurso.

Dispone el art. 15.1 LCS: ‘Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedara liberado de su obligación’.

De acuerdo con este precepto, por tanto, salvo pacto en contrario, ‘si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación’. Hasta que no se verifica el pago de la prima no hay cobertura del siniestro, pues la prima es el precio por el que se asume el riesgo (sentencia de 1 de abril de 1987, ROJ STS8949/1987 ECLI:ES:TS:1987:8949). El precepto admite expresamente el pacto en contrario, por lo que cabe que la cobertura se despliegue antes del pago si así se acuerda. Si no se ha dicho otra cosa en la póliza, el pago es presupuesto para que se inicie la cobertura y, no existiendo pacto en contrario, el pago debe hacerse cuando el asegurador gira el recibo.

En un caso de un seguro de responsabilidad civil respecto de terceros perjudicados, la sentencia 429/2005, de 25 de mayo, afirmó, en relación con el art. 15.1 LCS:

‘Esta norma, válida en general para toda clase de seguros, establece las consecuencias que derivan del retraso culpable en el cumplimiento de la obligación: hasta que no se produce el pago de la prima no comienza, por regla general, los efectos materiales del contrato para el asegurador, en el sentido de que

no se inicia su cobertura y, por consiguiente, si se produce el siniestro, el asegurador quedara liberado de su obligación. Si no se ha dicho otra cosa en la póliza, en el caso de producción del siniestro sin que se haya pagado la primera prima o la prima única por culpa del tomador del seguro, el asegurador queda libre del pago de la indemnización. Según indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993 ‘es incuestionable que, salvo pacto en contrario, si la primera prima o la prima única no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación, conforme establece el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, teniendo esta Sala declarado, en aplicación del referido precepto, que en dicha situación de impago de la primera prima o de la prima única, el contrato de seguro está en suspenso y el asegurado carece de derecho a reclamar la indemnización’. En el mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo y 7 de abril de 1994’.

La jurisprudencia ha reiterado que ‘la falta de pago de la prima con anterioridad al siniestro solo puede producir el efecto de liberar de su obligación al asegurador en el caso de que la falta de pago sea imputable al tomador, pues así se infiere, en una interpretación sistemática, de la relación de este precepto con el inciso que lo precede, que alude a la culpa del tomador en el impago de la prima; y, en una interpretación lógica, de la finalidad que con él se persigue de eximir al asegurador del cumplimiento del contrato por razón del incumplimiento de la obligación principal del otro contratante’ (sentencia 783/2008, de 4 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, en casos en los que no llegó a presentarse el recibo al cobro por parte de la aseguradora).

En definitiva, la obligación de la aseguradora de pagar por un siniestro producido antes de que se haya pagado la primera prima requiere culpa de la aseguradora (que no pasó al cobro el recibo, o lo pasó en cuenta equivocada, etc.). Si el impago no obedece a culpa del tomador, dada la facultad de la aseguradora de optar por la resolución o exigir el pago, mientras no resuelva y así lo comunique, el contrato subsiste, se genera un efecto suspensivo del contrato, no extintivo. En esa situación, a pesar del impago de la primera prima, la aseguradora no podría oponer al tercero la inexistencia de la relación jurídica entre asegurado y asegurador.

En el caso, a la vista de los hechos probados, ha quedado acreditado que, tras dejar de pagar por una causa que solo era imputable al tomador asegurado (la falta de fondos en su cuenta) y cuando ya conocía que se había producido el siniestro), la aseguradora pagó. No cabe duda, por tanto, de que, no habiéndose previsto otra cosa en la póliza, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización y la falta de pago es oponible también frente al ejercicio de la acción directa pues el pago de la primera prima es presupuesto, como se ha dicho, de la cobertura y el asegurador puede oponer al tercero su liberación de la obligación por falta de un requisito esencial para que el contrato produzca efectos.

No habiéndolo entendido así la sentencia recurrida, debe estimarse que concurre la infracción que constituye el fundamento del presente motivo de casación”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Seguro múltiple. Distinción cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo. Cláusula de complementariedad. Distinta aplicación en seguros de vida respecto de seguros de daños.*

STS (Sala 1ª) de 14 de noviembre de 2019, rec. nº 800/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9b886d6892a8bce6/20191122>

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

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

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

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

3. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; 516/2009, de 15 de julio; y 76/2017, de 9 de febrero).

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

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

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

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

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

3.- En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado”. (F.D. 3º y 4º)  
[P.G.P.]

*Seguro de RC por demora en la asistencia sanitaria. Acción directa contra la aseguradora. Intereses de demora (aplicación art. 20 LCS).*

STS (Sala 1ª) de 9 de junio de 2020, rec. nº 3994/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fb12d92bb3676b99/20200619>

“(…) Sólo se admitió el segundo de los motivos de casación interpuestos por la demandada, por infracción del art. 20 de la LCS y doctrina fijada por la sentencia del Pleno de esta Sala 251/2007, de 1 de marzo, sobre la cuantificación del devengo de los intereses de demora, solicitando que se lleve a efecto, desde la fecha de la resolución recurrida, de la manera indicada por la doctrina fijada por la precitada sentencia de este Tribunal.

El recurso de casación debe ser estimado.

En efecto, el art. 20 de la LCS regula la mora de las compañías aseguradoras, como claramente resulta de lo dispuesto en el párrafo primero de dicho precepto, cuando establece que: ‘Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas’.

Dentro de las cuales la regla 4.a señala que la indemnización por mora consistirá en ‘[...] el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100’.

Pues bien, en su regulación normativa, la regla 8.a de dicho precepto dispone que: ‘No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable’.

En pronunciamiento no impugnado y, por lo tanto, firme, la sentencia de la Audiencia concluye que existía causa justificada para no asumir la obligación de indemnizar, al haber sido necesario el proceso para determinar la cobertura del siniestro por la entidad demandada, como así claramente resulta del fundamento de derecho séptimo de la resolución recurrida, cuando literalmente transcrito señala que: ‘[...] hasta la fecha de la presente sentencia la insatisfacción de cualquier indemnización por Mapfre estaba amparada por una causa justificada que no le era imputable ( art. 20, regla octava, de la Ley de Contrato de Seguro’.

En congruencia con dicho razonamiento se señala que, a partir de la fecha de esta sentencia, lógicamente la dictada por la Audiencia, se excluye la duda de la responsabilidad, y, por consiguiente, deviene indiscutible el deber de la compañía de seguros de hacer honor al compromiso asumido de indemnizar el daño causado al perjudicado. En consecuencia con ello, se acordó que, a partir de tal fecha, se devenguen los intereses del art. 20 de la LCS, pronunciamiento tampoco cuestionado.

Ahora bien, si el *dies a quo* (día de inicio del cómputo) se ha fijado en tal data, la forma de devengo de los intereses se debe llevar a efecto de la manera reseñada en la sentencia del Pleno de esta Sala 1a, 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras muchas, por las SSTs 632/2011, de 20 de septiembre; 165/2012, de 12 de marzo; 736/2016, de 21 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 562/2018, de 10 de octubre y 140/2020, de 2 de marzo; esto es, calculados, durante los dos primeros años de mora, al tipo legal más un 50% y a partir de ese momento al tipo del 20%, si el pactado no resultase superior, que no es el caso que nos ocupa.

En consecuencia, si la mora nace a partir de la fecha de la sentencia de la Audiencia, al existir causa justificada para no asumir la obligación de indemnizar hasta que fue judicialmente proclamada, la forma de devengo del interés nacerá desde la fecha de la resolución del tribunal provincial, sin que, en lógica consecuencia, quepa considerar que, dado que el siniestro acaeció más de dos años antes, tal circunstancia deba ser tenida en cuenta para fijar, desde el primer momento, el interés moratorio al más alto tipo del 20%, lo que consideramos no es de recibo. Por ello, proclamada la obligación de indemnizar desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, el tipo inicial será el legal del dinero más el 50% durante los dos primeros años, transcurridos los cuales se aplicarán los del 20%, según consolidada jurisprudencia de este tribunal”. (F. D. 2º) [P.G.P.]

*Seguro de vida. Interpretación condiciones generales. Cláusula sorpresiva y limitativa de los derechos del asegurado.*

STS (Sala 1ª) de 23 de junio de 2020, rec. nº 5048/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7ebb9e19aef76718/20200710>

“(…) Diferenciación y distinto régimen jurídico de las condiciones delimitadoras y limitativas del contrato de seguro.

En no pocas ocasiones, este tribunal ha tenido que abordar la cuestión controvertida sobre la naturaleza de las condiciones generales de los contratos de tal clase, con las consecuencias derivadas del sometimiento a distinto régimen jurídico, en tanto en cuanto para el juego contractual de las condiciones delimitadoras basta la aceptación genérica, sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas (STS 366/2001, de 17 de abril; 303/2003, de 20 de marzo; 14 de mayo 2004, en recurso 1734/1998;

1033/2005, de 30 de diciembre), las cuales deben de estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 de la LCS, para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (SSTS 516/2009, de 15 de julio; 268/2011, de 20 de abril; 541/2016, de 14 de septiembre; 234/2018, de 23 de abril; 58/2019, de 29 de enero; 418/2019, de 15 de julio), requisitos ambos que, además, han de concurrir conjuntamente (SSTS 676/2008, de 15 de julio; 402/2015, de 14 de julio, 76/2017, de 9 de febrero y 661/2019, de 12 de diciembre).

Igualmente hemos destacado que si bien, desde un punto de vista estrictamente teórico, la diferencia entre ambos tipos de condiciones no es complicada de establecer, las dificultades provienen de su aplicación práctica según las particularidades concurrentes de cada litigio.

(...) Pues bien, en el caso que nos ocupa, la condición general 2.1 del seguro colectivo suscrito, si bien define lo que se entiende por invalidez permanente absoluta introduce un requisito cual es exigir su naturaleza irreversible, es decir que no sea susceptible de volver al estado o situación anterior, y lo hace sin concreción alguna, lo que determina que deba ser considerada como limitativa, requiriendo los requisitos de aceptación antes expuestos, en tanto en cuanto restringe, condiciona o modifica el derecho de resarcimiento del asegurado y sus legítimas expectativas de cobertura, una vez afecto a una situación de invalidez permanente absoluta.

(...) Pues bien, en casos como el presente, interpretando condiciones generales de contratos de seguro, que definen el riesgo de invalidez permanente absoluta exigiendo la ‘situación física irreversible’, la STS 68/2020, de 28 de enero, del Pleno de la Sala de lo Social, establece, analizando la doctrina de las SSTS 646/2000, de 28 de diciembre y 76/2016, de 4 de febrero, que la jurisprudencia de dicha sala puede resumirse, con claridad, de la forma siguiente:

‘a) Tras la vigencia del artículo 48.2 ET existe un tipo de incapacidad permanente que, pese a su denominación, posee efectos suspensivos del contrato de trabajo.

‘b) Cuando la póliza que asegura el cumplimiento de la mejora voluntaria prevista en el convenio colectivo especifica que cubre las situaciones irreversibles, la incapacidad permanente condicionada a los términos del artículo 48.2 ET no permite lucrar la mejora voluntaria.

‘c) En estos casos, si la revisión por mejoría no se produce dentro del plazo máximo de dos años contemplado en el artículo 48.2 ET el trabajador sí puede reclamar la indemnización. Pero si la mejoría se produce habrá quedado demostrado que no existía una situación irreversible de las que dan derecho a la indemnización pactada’.

La aseguradora niega la cobertura dado que la invalidez reconocida a la actora por el INSS no es definitiva sino provisional y, por lo tanto, no es objeto de cobertura por la póliza. En este caso, el riesgo de un asegurado declarado como afecto a una

invalidez permanente absoluta bajo las previsiones de revisión del art. 143 de la LGSS de 1994 (actual art. 200 de la Ley de 2015), carecería de cobertura *sine die*, incluso transcurridos los dos años de suspensión de la relación laboral, que sin embargo quedaría extinguida, y pese a que, en tal caso, la jurisdicción social, con respecto a los seguros afectos a los convenios colectivos, considerase a la misma jurídicamente irreversible.

Nada impide que se pacte la cobertura de la invalidez permanente absoluta con la condición de irreversible, pero con las garantías de la suscripción de las condiciones limitativas, toda vez que está excluyendo casos de indeterminación de la evolución de un cuadro clínico, de manera tal que un asegurado afecto a una invalidez permanente absoluta, que persista desde su declaración hasta su jubilación, sería excluido de la póliza, ante la eventualidad de su mejoría.

De mantenerse tal interpretación posible, avalada por la compañía y compartida por la Audiencia, a tenor de la redacción de la condición general 2.1, el contrato se alejaría de forma inadmisiblemente de la finalidad pretendida con su suscripción y de las razonables expectativas de cobertura del asegurado, al que le sería legítimo pensar que declarada su invalidez permanente absoluta y extinguido su contrato de trabajo, por el transcurso del plazo de dos años, al que se refiere el art. 48.2 ET, estaba cubierto por la cobertura pactada, como viene entendiéndose por ejemplo la jurisdicción social con respecto a los seguros afectos a los convenios colectivos.

Es por ello que la condición redactada, al exigir el carácter irreversible de la invalidez permanente absoluta, sin precisión, ni matiz de clase alguna, determinaría que casos, como el presente, en que los trastornos depresivos y de la alimentación sufridos por la actora, que motivaron su declaración de invalidez, en el año 2009, siguiesen sin cobertura transcurridos ya al menos más de seis años, desde la última revisión, llevada a efecto en el año 2011 por el INSS, como resulta del expediente administrativo remitido al Juzgado, sin que conste que la actora haya mejorado de su patología.

En definitiva, se restringe de esta manera la cobertura, descartando casos como el litigioso, con declaración de invalidez permanente absoluta y sin mejoría ulterior durante un dilatado periodo de tiempo, vulnerando las legítimas expectativas de un asegurado, que no podía esperar que una situación como la descrita quedara al margen del seguro pactado, sin la consiguiente suscripción por su parte de una condición debidamente destacada en el condicionado de la póliza, que avalase su conocimiento sobre el carácter irreversible y, por lo tanto, definitivo de la situación física provocada por el accidente o enfermedad, descartando absolutamente situaciones de posible mejoría frustradas manifestadas por un significativo periodo de tiempo evidenciador de la consolidación de la invalidez declarada.

La sentencia recurrida, ateniéndose al tenor de la condición, no admite que una invalidez permanente absoluta, sin mejoría en los dos años posteriores, que extingue la relación laboral, y prolongada durante varios años más, sea objeto de

cobertura, y ello atribuye a la misma su carácter limitativo que determina la estimación del recurso de casación”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Seguro de vida para casos de fallecimiento. Cuestionario de salud y deber de declaración del riesgo.*

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. nº 94/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d4474329d37755b3/20200710>

“(…) 1.- La sentencia 7/2020, de 8 de enero, con cita de la 572/2019, de 4 de noviembre (y las que esta menciona), sintetiza la jurisprudencia de la sala en esta materia, al declarar:

‘De la doctrina de esta sala sobre el art. 10 LCS (sentencias 572/2019, de 4 de noviembre, 106/2019, de 19 de febrero, 81/2019, de 7 de febrero, 53/2019, de 24 de enero, 37/2019, de 21 de enero, 621/2018, de 8 de noviembre, 562/2018, de 10 de octubre, 563/2018, de 10 de octubre, 528/2018, de 26 de septiembre, 426/2018, de 4 de julio, 323/2018 de 30 de mayo, 273/2018, de 10 de mayo, 542/2017, de 4 de octubre, 222/2017, de 5 de abril, 726/2016, de 12 de diciembre, 157/2016, de 16 de marzo, y 72/2016, de 17 de febrero, entre otras) se desprende, en síntesis: (i) que el deber de declaración del riesgo ha de ser entendido como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de su no presentación o de la presentación de un cuestionario incompleto, demasiado genérico o ambiguo con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que no permitan al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro; (ii) que el asegurado no puede justificar el incumplimiento de su deber de respuesta por la sola circunstancia de que el cuestionario sea rellenado o cumplimentado materialmente por el personal de la aseguradora o de la entidad que actúe por cuenta de aquella si está probado que fue el asegurado quien proporcionó las contestaciones a las preguntas sobre su salud formuladas por dicho personal; (iii) que el cuestionario no ha de revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, admitiéndose también como cuestionario las ‘declaraciones de salud’ que a veces se incorporan a la documentación integrante de la póliza; y (iv) que lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro’.

2.- En consecuencia, la eficacia del cuestionario de salud a los efectos del art. 10 LCS no depende, ni de la forma que revista, ni de quien lo cumplimente

materialmente (tomador o un empleado de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de ella -como ocurre normalmente con seguros vinculados a prestamos, con el personal de la entidad bancaria, a veces del mismo grupo), sino de que el cuestionario se redacte con las respuestas facilitadas por el tomador/asegurado. De manera que lo verdaderamente relevante para descartar la infracción del deber de declarar el riesgo por parte del tomador es que, ‘por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante’ (sentencias 72/2016, de 17 de febrero; 726/2016, de 12 de diciembre; 562/2018, de 10 de octubre; y 222/2017, de 5 de abril).

3.- Asimismo, en relación con el respeto en casación a los hechos declarados probados en la instancia, debe tenerse presente que aunque ‘la controversia sobre la validez material del cuestionario en atención a su contenido es una cuestión jurídica sustantiva que únicamente puede ser examinada en casación’ (sentencia 7/2020), por el contrario, no pueden ser objeto de examen en casación, ni la cuestión de si existió o no cuestionario o declaración de salud, ni la de si fue o no cumplimentado con las respuestas del tomador/ asegurado, cuando ambas cuestiones hayan quedado acreditadas, en sentido afirmativo, para la sentencia recurrida. Pues, como cuestiones fácticas que son, deben respetarse las conclusiones probatorias alcanzadas a ese respecto por el tribunal de instancia.

4.- En cuanto a la validez material del cuestionario en atención a su contenido, para apreciar la existencia de ocultación dolosa o, cuanto menos, gravemente negligente, se ha de comprobar si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían. En este caso, por la similitud de circunstancias concurrentes, debe estarse particularmente a la doctrina contenida en las citadas sentencias 37/2019, 621/2018, 563/2018, 273/2018, 542/2017, 726/2016, y 72/2016, que, como recuerda la 7/2020:

‘declararon la existencia de ocultación dolosa o, cuando menos, gravemente negligente ( sentencia 542/2017), atendiendo no solo al hecho de que en algunos de esos casos el cuestionario no era impreciso (porque se preguntó al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas) sino también a que en otros casos, pese a la generalidad del cuestionario, existían ‘suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes para que la aseguradora pudiera valorar’ ( sentencia 621/2018, con cita de la 542/2017)’.

Ello es así porque se ocultaron patologías previas por las que el asegurado fue expresamente preguntado a través de preguntas concretas, en ningún caso genéricas o ambiguas, objetivamente influyentes para el riesgo que la aseguradora quería contratar (cuyo conocimiento y valoración podría haber determinado que no suscribiera el contrato o que lo hiciera en otras condiciones más onerosas para el tomador).

5.- En suma, en aplicación de dicha jurisprudencia, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones: (i) Las alegaciones relativas a la ilegitimidad del cuestionario, a que no fue firmado por el asegurado y que no

fue cumplimentado con sus respuestas contradicen la base fáctica de la sentencia recurrida.

(ii) De las respuestas del asegurado resulta acreditado que, tras ser expresamente preguntado al respecto, negó padecer diabetes ni hipertensión, haber padecido enfermedad cerebrovascular, haber sido intervenido quirúrgicamente y consumir algún tipo de medicación; así como que afirmó estar bien de salud. Por el contrario, según resulta de su historial médico, al tiempo de suscribir la póliza tenía antecedentes clínicos, que no podía razonablemente desconocer, por diabetes, hipertensión e isquemia cerebral (accidente isquémico transitorio o AIT en 2005), había sido intervenido quirúrgicamente en varias ocasiones, recibía tratamiento crónico contra la hipertensión y la diabetes. Además, cuando fue ingresado por última vez en abril de 2009, presentaba ‘clínica de debilidad en hemicuerpo derecho de meses de evolución’, lo cual, dado que la póliza se firmó en marzo, permite deducir que ya existía cuando se firmó el cuestionario.

(iii) Todas estas patologías o antecedentes de salud (algunas de tipo cardiovascular que fueron objeto de tratamiento médico y farmacológico), se ocultaron a la compañía, pese a que se preguntó de forma específica al asegurado a ese respecto.

(iv) En fin, por la variedad e importancia de sus problemas de salud, y el citado seguimiento médico y farmacológico continuado a que estaba sujeto y que fue negado, existían suficientes elementos significativos que el asegurado debía representarse como objetivamente influyentes del concreto riesgo que la aseguradora quería y debía conocer y valorar antes de suscribir el seguro. Y, sin embargo, fueron conscientemente ocultados”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Seguro de grandes riesgos. Cláusula ‘claim made’. Delimitación temporal de la cobertura.*

STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. nº 1691/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/407889172b43d1c1/20200720>

“(…) Para analizar ambos motivos de casación, debemos partir de la base fáctica establecida en la instancia. En particular: (i) que la póliza de responsabilidad civil-patrimonial suscrita por la administración sanitaria recurrente con la compañía Zurich mantuvo su vigencia durante el año 2005; (ii) que fue en ese año cuando tuvo lugar el siniestro (intervención quirúrgica) origen de la indemnización asumida por aquella, objeto de reclamación en este litigio; (iii) que ambas partes acordaron de mutuo acuerdo delimitar temporalmente la cobertura mediante una cláusula que solo cubría las reclamaciones que se hicieran durante la vigencia de la póliza, si bien esta limitación se compensaba con la cobertura retroactiva de los

hechos origen de la reclamación ocurridos con anterioridad superior a un año; y (iv), con relación a esto último, que antes de que expirase la póliza (el 31 de diciembre de 2005) solo consta la existencia del escrito del director del centro hospitalario dirigido, no a la aseguradora, sino a la propia Conselleria, proponiendo la iniciación de oficio de procedimiento de responsabilidad patrimonial.

2.- Las partes calificaron el contrato de seguro como de grandes riesgos, sujeto a lo pactado y solo supletoriamente a la LCS. Por ello, la razón decisoria de la sentencia recurrida tiene su fundamento en el alcance que cabía dar a la cláusula *claim made* según los términos libremente pactados y no en lo dispuesto en el art. 73 LCS. Y según la Audiencia Provincial, el siniestro no estaba cubierto por Zurich, porque la reclamación no se le hizo durante la vigencia de la póliza sino con posterioridad, por lo que considera que el mencionado escrito del director del hospital no tenía valor jurídico de reclamación. Que es, precisamente, el núcleo de lo discutido en casación.

3.- Por tales razones, carecen de fundamento las alegaciones contenidas en el primer motivo de casación, que cuestionan la validez de la cláusula *claim made* litigiosa por incumplimiento de las exigencias del art. 3 LCS.

En primer lugar, porque, en atención al gran riesgo que era objeto de aseguramiento ( art. 44.2 LCS, en relación con el art. 2 LCS), fueron ambas partes las que decidieron libremente incluir dicha cláusula en la póliza inicial, definir su alcance dentro de los límites de la autonomía de la voluntad (sentencias 780/2009, de 2 de diciembre, y 78/2014, de 3 de marzo) y mantenerla en las sucesivas prórrogas; la última de ellas, con la concreta redacción que resulta de aplicación a este caso, propia de las cláusulas *claim made* retrospectivas o de pasado.

En segundo lugar, por las contradicciones en las que incurre la demandante desde un principio, al sostener simultáneamente, por un lado, que la deuda de indemnización nace en todo caso con el siniestro y no con la reclamación (sin atender a que las cláusulas *claim made* desplazan la cobertura del siniestro desde el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero a la reclamación de este tercero contra el asegurado), y por otro, que la cláusula *claim made* era de aplicación, pero en su redacción inicial (por ser más favorable para la asegurada, ya que era del tipo de las de futuro y cubría las reclamaciones que se hicieran en el año siguiente a la expiración de la póliza por hechos ocurridos durante la vigencia de esta).

4.- Incluso aunque se considerase aplicable la LCS, no podrían prosperar los argumentos de la recurrente, porque, más allá de la calificación de la cláusula como delimitadora del riesgo o limitativa, la sentencia recurrida respeta esencialmente la jurisprudencia de esta sala sobre la validez de las cláusulas de delimitación temporal de cobertura en general, y en particular, de las del tipo o modalidad retrospectiva o de pasado, en la que encaja la cláusula objeto de controversia. Como explica la sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril (aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018), cuya doctrina ha sido luego

aplicada por las sentencias 170/2019, de 20 de marzo, 185/2019, de 26 de marzo, y 555/2019, de 22 de octubre, cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas de los derechos del asegurado (y no delimitadoras del riesgo, como entiende la sentencia recurrida).

En aplicación de esa doctrina, la mencionada sentencia de pleno estimó entonces el recurso de casación porque, siendo la cláusula litigiosa ‘de las retrospectivas o de pasado’, la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara ‘durante la vigencia de la póliza’ se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía, pese a que así lo hubiera entendido la sentencia recurrida, del cumplimiento además del requisito exigido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS para las de cobertura posterior o de futuro.

Criterio que también siguieron las sentencias 170/2019 y 555/2019 y que es también aplicable al caso, porque al seguro de Zurich le siguió, sin solución de continuidad, la póliza de HDI Seguros, y la delimitación temporal respecto de las reclamaciones hechas a Zurich únicamente durante la vigencia de su póliza (es decir, antes de 31 de diciembre de 2005, pues las posteriores estarían cubiertas por HDI Seguros) se compensaba (de forma razonable, como dice la sentencia recurrida) con la cobertura retroactiva de los hechos origen de la reclamación, al comprender todos los daños cuyo hecho generador hubiera tenido lugar a partir del 1 de enero de 2000, de manera que, incluso desde la perspectiva del art. 73 LCS, se trata de una cláusula válida y oponible.

5.- Sobre esta base, queda por resolver qué debe considerarse reclamación a los efectos de dicha delimitación temporal de cobertura incluida en la póliza litigiosa (que es la cuestión a la que se refiere el motivo segundo).

La sentencia recurrida ha interpretado la póliza en el sentido de considerar que el escrito que envió el director del hospital a la Conselleria no tenía valor de tal reclamación. Y esta interpretación contractual de la Audiencia no puede ser revisada por la sala.

En primer lugar, porque ninguno de los preceptos que se invocan como infringidos es idóneo para fundar tal pretensión revisora, ya que se cita el art. 1281 sin distinción de párrafos, cuya vulneración no es posible de forma simultánea en la medida que cada uno contiene reglas de interpretación diferentes (entre otras, sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015, y 385/2013, de 18 de junio, ambas citadas por la 615/2016, de 10 de octubre) y una serie de normas administrativas que nada aclaran sobre lo que quisieron las partes que se tuviera por reclamación a los efectos de la cláusula *claim made* pactada.

En segundo lugar, y como argumento fundamental, porque constituye jurisprudencia constante de esta sala (sentencias 390/2019, de 3 de julio, y 127/2017, de 24 de febrero, con cita de las sentencias 615/2016, 71/2016, de 17

de febrero, y 563/2013, de 12 de septiembre) que corresponde al tribunal de instancia la función de interpretar los contratos y sus cláusulas, hasta el extremo de que pueda optar entre varias interpretaciones defendibles, pues el objeto de discusión no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, prevaleciendo el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud, estando por ello restringida su revisión en casación a los casos en que se acredite debidamente que la realizada por la audiencia provincial resulta ilógica, arbitraria o contraria a las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil.

Nada de esto ocurre en este caso. A la luz de la falta de definición en la póliza de lo que debía considerarse reclamación, no resulta ilógica ni ilegal la conclusión a la que llegó la sentencia recurrida de entender que el escrito del director del centro hospitalario no constituía una verdadera reclamación, ni del tercero perjudicado directamente al asegurador, ni del tercero al propio asegurado. Como el comienzo del procedimiento administrativo y la reclamación de los familiares del paciente tuvieron lugar en 2006, también era razonable entender, por más que fueran posibles otras interpretaciones alternativas, que la reclamación se hizo estando ya vigente la póliza de HDI Seguros y una vez que había expirado la de Zurich.

6.- Como consecuencia de lo expuesto, debe desestimarse el recurso de casación”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Seguro multirriesgo hogar. Cláusula limitativa de derechos. Art. 3 LCS.*

STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 2020, rec. nº 4343/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b990ba451db1ee0c/20200720>

“(…) En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un seguro multirriesgo del hogar que, como se desprende de su propia denominación, cubre un abanico plural de riesgos, que coinciden en dar cobertura a los siniestros que tengan conexión con un inmueble y los bienes que se encuentran en su interior, que comprende, como acontece en el caso presente, tanto al continente como al contenido. No sólo se contrata para hogares, sino incluso para comunidades de propietarios. Y dentro de los riesgos cubiertos son habitualmente concertados daños en continente y contenido, incendio, filtraciones de agua, robo, responsabilidad civil del asegurado y personas que con él conviven, entre otros riesgos accidentales.

Es una modalidad de seguro comúnmente contratada, en la que confluyen, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, de forma principal o complementaria,

distintos tipos de seguro, de responsabilidad civil, de defensa jurídica, de robo, incendio entre otros.

En la póliza litigiosa se cubren una pluralidad de riesgos abarcando daños en continente y contenido, incendios, daños eléctricos, fenómenos atmosféricos y otros daños materiales, daños por agua (daños y responsabilidad civil), robo, expoliación y hurto, responsabilidad civil familiar (no derivada de agua), roturas, animales domésticos, asistencia informática on line, asistencia jurídica o incluso orientación médica telefónica.

En las Condiciones Particulares se hace expresa referencia a las partes contratantes, a la descripción del riesgo y ubicación, a la fecha de efecto y condiciones de pago, al cuadro de coberturas y límites cuantitativos, así como a las declaraciones del tomador del seguro. Abarcan las siete primeras páginas de la póliza. Su carácter delimitador del riesgo deviene indiscutible.

En otro apartado se define, en la página 11, en qué consiste la cobertura de ‘contenido’ suscrita, que comprende los daños en mobiliario y ajuar doméstico. Las partes no discuten que las prendas de vestir eran objeto del contrato. No se señala que la cobertura se recondujera a valor real.

Igualmente en las condiciones especiales, en esta ocasión, en la página 9, se hace referencia, bajo el epígrafe ‘suma asegurada’, que:

‘Tanto para el Continente, excepto que se asegure bajo la fórmula de primer riesgo, como para el Contenido corresponderá valor de nuevo con las limitaciones que se establecen en la Condición Especial ‘Siniestros: Determinación de las causas, tasación y liquidación de los daños’ en su apartado 1.2 ‘Tasación’, incluida en el título Generalidades de estas Condiciones Especiales’.

Es, por ello, que razonablemente podía pensar el asegurado que dentro de la suma total de 63.000 euros de la cobertura ‘contenido’ quedarían cubiertos los siniestros a valor nuevo. No obstante, la póliza, en el apartado suma asegurada, con la expresión ‘limitaciones’, hace referencia a las contenidas en el epígrafe 1.2, intitulado: ‘Tasación’, que se encuentra en la página 41 de las condiciones especiales, en donde la anunciada cobertura a valor nuevo se encuentra manifiestamente limitada, y así de su lectura resulta que:

‘Contenido. Se tasar<sup>á</sup> a su valor de nuevo excepto en las situaciones y elementos que siguen: ‘a) Todos los bienes asegurados cuya depreciación alcance el 75% se justipreciarán según el valor real. ‘b) Ropa, vestidos y complementos personales y ropa de casa, se justipreciará a valor real. ‘c) El metálico, billetes de banco, valores y, en general, toda clase de objetos raros o preciosos, muebles e inmuebles, aunque estén asegurados por cantidades concretas, deben ser valorados por el importe real y verdadero que tengan en el momento anterior al siniestro. ‘d) Los objetos especiales (según se definen en la Condición Especial de ‘Contenido’) y joyas, objetos de oro y platino y monedas de oro, cuyo valor se corresponde al especificado en la referida Condición Especial de ‘Contenido’, que no hayan sido

expresamente detallados, descritos y valorados por el Asegurado, tendrán como límite de su valoración la cantidad indicada en dicha Condición Especial’.

Es por ello, que consideramos que la condición general litigiosa tiene un carácter limitativo, en tanto en cuanto restringe y condiciona el acceso a la indemnización correspondiente por el daño sufrido en las prendas de vestir, que han devenido inútiles, y que queda de esta forma limitado al valor real del objeto asegurado, frente a la proclamación general de resarcimiento del contenido a valor nuevo, en una condición, que se encuentra además en la página 41 de la póliza, sin los condicionantes del art. 3 de la LCS, pese a su indiscutible trascendencia convencional, dado que colisiona con la proclamación general de valor nuevo, no se trata de una simple remisión a que el daño se tasará de la forma indicada, sino que primero se proclama que se indemnizará a tal valor para posteriormente con la expresión se limitará realizar una remisión a un condicionado general.

En definitiva, es perfectamente lícito limitar el derecho indemnizatorio de la forma reseñada en la póliza, pero siempre que se cumplan las previsiones del mentado precepto, para que quede constancia de la oportuna cobertura dispensada por el seguro suscrito, no a la compañía que la redacta e impone y para la cual la mentada condición general es sobradamente conocida, sino para el adherente a la póliza, que celebra el contrato multirriesgo del hogar ofertado por la demandada en su contratación en masa, en que con carácter general, para la cobertura suscrita, se proclama valor nuevo, que posteriormente se limita, sin que a tal efecto sea suficiente entregar un cuaderno con las condiciones generales”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Seguro de accidentes. Concepto legal de accidente.*

STS (Pleno) de 15 de julio de 2020, rec. nº 3462/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/921d690638fa6eb3/20200804>

“(…) El contrato de seguro, objeto de este proceso, pivota sobre el concepto de accidente, definido por la RAE, en su acepción segunda, como ‘suceso eventual o acción de la que resulta daño involuntario para las personas o las cosas’.

El art. 100 de la LCS contiene los elementos jurídicos definidores del concepto de accidente, sin perjuicio de las facultades configuradoras de las partes, al regir en la materia el principio de la libre autonomía de la voluntad. En el caso que nos ocupa, coincide el riesgo contractualmente cubierto, según es definido en la póliza, con el concepto legal.

(…) 2.- Conforme a esta definición legal, para que se produzca el siniestro típico es necesario la confluencia de una cadena o sucesión de hechos con relevancia jurídica, íntimamente conectados entre sí, que la doctrina denomina ‘desgracia accidental’, consistentes en la concurrencia de: (i) un evento violento, súbito,

externo e involuntario (causa inicial, originadora o eficiente); (ii) que genere una lesión corporal (efecto de la causa inicial y causa secundaria del resultado final); (iii) que, a su vez, produzca invalidez temporal, permanente o la muerte (resultado final).

3.- Por tanto, no cabe confundir la lesión con el accidente. Aquélla es la consecuencia de la concurrencia de una causa violenta súbita, externa y ajena a la voluntad del asegurado. De manera tal que, desde la perspectiva del seguro, no puede haber accidente sin la existencia de una lesión corporal; quedando también al margen de la cobertura las lesiones que no respondan a un evento causante que reúna los requisitos del art. 100 de la LCS. Es igualmente preciso que la lesión sufrida produzca la muerte, la invalidez temporal o permanente.

Sólo la concurrencia de todos estos factores determinará la obligación de la compañía de hacerse cargo del siniestro asegurado, por conformar conjuntamente los elementos constitutivos del accidente objeto de cobertura. Por tanto, resulta preciso su examen individualizado, a fin de permitir delimitar con precisión el concepto de ‘accidente’ que se requiere para poder dar respuesta al recurso interpuesto.

4.- *Los elementos constitutivos del concepto legal de accidente.* Conforme a lo dispuesto en el art. 100 de la LCS, las notas constitutivas o caracterizadoras del evento o causa originadora o eficiente del concepto legal de accidente son las siguientes: ‘violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado’. Analizaremos cada uno de estos caracteres separadamente.

5.- *Evento involuntario.* Es necesario que el accidente sea ajeno a la intención del asegurado; es decir, que no haya sido buscado de propósito; o, dicho de otra manera, que se produzca independientemente de la voluntad del asegurado.

En este sentido, el art. 102 de la LCS señala que ‘si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación’. Igualmente, en el supuesto de que el beneficiario ‘cause dolosamente el siniestro quedará nula la designación hecha a su favor’, caso en el cual ‘la indemnización corresponderá al tomador o, en su caso, a la de los herederos de éste’. En definitiva, quien se lesiona voluntariamente no sufre un accidente.

(...) Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca ( SSTS de 9 de junio de 2006 y 1029/2008, de 22 de diciembre).

6.- En el caso enjuiciado, no podemos hablar, bajo ningún concepto, de evento intencionado, ni de lesión corporal causada o fingida, ni tan siquiera se sugiere por parte de la compañía aseguradora.

7.- *Evento externo*. La exterioridad se predica en este caso del cuerpo de la víctima, es decir que la lesión corporal no responda a un proceso patológico interno o endógeno. Es preciso que se desencadene por la acción de fuerzas o causas exteriores al sujeto que sufre el accidente. El carácter externo se refiere a la causa, no a los efectos, que pueden ser trastornos o daños corporales internos.

(...) La jurisprudencia es constante cuando exige que la lesión ha de tener su origen en una causa diversa a un padecimiento orgánico, de manera tal que no sea desencadenada, de forma exclusiva, o, fundamentalmente, por una enfermedad ( SSTS de 13 de febrero de 1968, 29 de junio de 1968, 23 de febrero de 1978, 7 de junio de 2006, 10 de diciembre de 2007 y 118/2008, de 21 de mayo).

Lo que excluye esta jurisprudencia es que la lesión corporal asegurada sea desencadenada ‘de forma exclusiva, o, fundamentalmente’ por una enfermedad. No excluye que a la lesión haya podido contribuir como concausa de carácter secundario una determinada patología previa (por ejemplo, la rotura de huesos por una caída fortuita de una persona que sufra osteoporosis). Dicho en otros términos: la existencia de dicha patología previa no constituye causa de exoneración de la obligación resarcitoria del asegurador (vid. sentencia de esta Sala núm. 1067/2003, de 11 de noviembre, en un caso de infarto de miocardio causado por causa externa en una persona que padecía hipertensión arterial).

8.- Consideramos concurrente igualmente este requisito en el supuesto de hecho enjuiciado. La existencia de un diagnóstico por estrés postraumático exige un trauma psíquico desencadenante que responda a una causa exterior, de la misma manera que las depresiones pueden ser endógenas o exógenas, éstas últimas de naturaleza reactiva a un evento desencadenante mal resuelto o no superado.

(...) La jurisprudencia ha admitido que un hecho externo pueda causar una lesión corporal interna, como acontece con la doctrina del tratamiento jurídico del infarto de miocardio como accidente derivado de una situación previa de presión y estrés, consecuencia del aumento del trabajo ( STS de 14 de junio de 1994), del esfuerzo físico en el desarrollo de la actividad laboral ( STS de 27 de diciembre de 2001), del esfuerzo y tensiones en el desempeño del trabajo ( STS de 27 de febrero de 2003), todas ellas citadas por la sentencia 709/2015, de 18 de diciembre, o incluso proveniente del ejercicio físico de especial intensidad en la práctica deportiva ( STS 23 de octubre de 1997).

Las definiciones médicas reseñadas, en conjunción con la jurisprudencia citada (que diferencia claramente entre el carácter externo del hecho o evento lesivo y el carácter interno de la lesión corporal), permiten concluir que los trágicos acontecimientos descritos y acreditados en la instancia determinan la concurrencia en el presente caso del requisito de la cualidad externa del evento enjuiciado.

9.- *Evento violento súbito*. Significa que opera con ímpetu y fuerza contra el cuerpo humano. La violencia se predica de la intensidad del resultado producido y su capacidad lesiva, en este caso, evidente, al provocar la invalidez del actor.

Además, el hecho desencadenante ha de ser imprevisto, como acontece en el caso que nos ocupa. Es cierto que el hijo del actor era objeto de tratamiento y atención médica previa. Ahora bien, de haberse apreciado de forma clínica y objetiva riesgo autolítico grave e inmediato, dentro de la imprevisibilidad del comportamiento humano, hubiera sido objeto de medidas de internamiento psiquiátrico. El padre no podía prever que, al llegar a su casa, se encontrase a su hijo colgado en el cuarto de baño.

10.- El accidente es un evento que ha de operar con rapidez e intensidad sobre la persona que lo sufra, causándole una lesión corporal. Un hecho no deja de ser súbito cuando las consecuencias últimas de las lesiones inicialmente sufridas se revelen o agravan con el tiempo.

Es decir, el carácter súbito se predica del evento lesivo, de la causa originadora o eficiente de la lesión. Este carácter implica también una inmediatez temporal entre dicho evento y su impacto sobre la persona que lo sufre, pero no requiere que el resultado o efecto lesivo, que ya *in fieri* debe estar presente en el primer momento, inmediato a la aparición del evento causante, haya desplegado toda su eficacia dañosa en esa primera fase temporal. Es decir, no es preciso que el daño asegurado (muerte o invalidez derivada de la lesión corporal) sea también coetáneo a la aparición del evento causante de la lesión, sino que puede aparecer en una fase posterior como consecuencia de la evolución propia de la patología interna generada por el accidente, siempre que el nexo causal entre éste y aquella quede claramente establecido.

(...)

Pues bien, con tal base argumental hemos de resolver el supuesto litigioso que nos ocupa, y con ello concluir que debemos desestimar este motivo del recurso y confirmar la sentencia recurrida en la medida en que extiende el concepto de accidente, a los efectos del seguro de tal clase, a los hechos descritos y acreditados en la instancia, y cuya relación causal con la patología y la posterior invalidez sufrida por el actor es declarada probada por la sentencia recurrida, al concurrir todos los requisitos legales para ello, según hemos analizado ampliamente ‘supra’.

(...) VOTO PARTICULAR formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Seoane Spiegelberg, al que se ADHIEREN los Excmos. Sres. Magistrados D. Antonio Salas Carceller y D. Eduardo Baena Ruiz.

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria de la sala expresada en la sentencia. Expongo, a continuación, las razones por las que creo que el recurso de casación debería de ser estimado.

(...) No considero que quepa extender el concepto de accidente, a los efectos del seguro de tal clase, a un hecho traumático de naturaleza psíquica, que experimente el asegurado a lo largo de su existencia, que le resulte intolerable para su psiquismo, de manera tal que dé lugar a una respuesta patológica, si no va unido a una lesión corporal directamente sufrida por el asegurado, o excepcionalmente

psíquica, pero derivada de un suceso en el que haya sido protagonista principal y directo.

En este sentido, no considero que se pueda incardinar como accidente del art. 100 de la LCS, la vivencia de un hecho súbito y violento padecido por un familiar cercano, que sufra un siniestro de etiología traumática, realizando una tarea doméstica. Por supuesto, que sería accidente para quien personalmente es víctima del mismo, padeciendo a consecuencia de ello una invalidez o incluso la muerte; pero no para quien simplemente es testigo presencial de lo sucedido, aunque conforme un shock psíquico, que genere un trastorno por estrés postraumático, como respuesta a la negativa experiencia vivida, siendo indiferente a tales efectos que se tengan conocimientos médicos para auxiliar al familiar o que este muera en sus brazos.

No considero tampoco que constituya un accidente, con los requisitos del art. 100 de la LCS, el hecho de contemplar la precipitación accidental o intencionada de una persona, o la colisión de dos vehículos de motor con lesionados o muertos, incluso cuando uno de ellos sea hijo del asegurado. Ni naturalmente el impacto psicológico que pueda producir el conocimiento de un hecho trágico padecido por un familiar cercano. De la misma manera, que no es accidente, bajo mi criterio, el impacto psicológico que le puede producir a un psiquiatra el suicidio de un enfermo depresivo al que trata, aunque se produzca en su hospital y al que infructuosamente intente reanimar.

Es cierto que, en todos estos ejemplos, nos hallamos ante hechos violentos, súbitos, externos e imprevistos, pero no sufridos directamente por el asegurado, sino por otras personas, como es el caso que enjuiciamos, en el que el padre no era el destinatario de la conducta autolítica de su hijo, sino que fue éste el que, en su trágica decisión, puso fin a su existencia, sufriendo el padre el trauma emocional, del descubrimiento de lo acontecido, todo ello unido a los vínculos afectivos incuestionables derivados de las relaciones paterno filiales.

No identifico, por lo tanto, en contra del criterio mayoritario, y el enorme respeto que me merece, que la situación de estrés sufrida por el asegurado, al descubrir lo acontecido, sea un hecho violento, súbito, externo subsumible en la condición de accidente en los términos del art. 100 de la LCS, como si lo es el proceso causal elegido por su hijo para el suicidio. De la misma forma que no estimo que, al tiempo de concertación del seguro, las partes contratantes contemplasen un riesgo de tal clase como objeto de la cobertura suscrita; siendo el riesgo el alma y nervio del contrato, la causa de su concertación.

(...) Tampoco puedo compartir el argumento de la sentencia recurrida de que contribuyó al resultado producido el ‘importante esfuerzo físico, fácilmente representable, requerido para proceder a descolgar el cuerpo del propio hijo, de veinte años de edad, y la aplicación de su pericia técnica como médico para asistir al hijo’, pues no veo relación entre un esfuerzo físico de tal clase y el trastorno mental padecido, otra cosa es el impacto emocional.

(...) La situación descrita no guarda, de nuevo, identidad de razón con el caso que nos ocupa, pues el actor no sufrió, directamente, sobre su persona, una lesión física de la que se desencadenase un padecimiento psíquico ulterior en clara relación causal”. (F.D. 5º, 6º, 7º y voto particular) [P.G.P.]

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

*Responsabilidad del socio único frente a la sociedad unipersonal de las ventajas que, directa o indirectamente, haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de contratos concluidos del socio con la propia sociedad. Desestimación del recurso.*

STS (Sección 1ª) de 28 de mayo de 2020, rec. nº 3124/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bfb48c37c2f8299c/20200615>

“(…) Al margen de los intereses que indirectamente puedan resultar tutelados, de los acreedores de la sociedad o de sus socios actuales, la legitimación originaria para ejercitar esta acción corresponde a la sociedad y el interés tutelado es el suyo propio, representado por la reparación o compensación del perjuicio sufrido como consecuencia de la ventaja patrimonial obtenida por el socio único de esos contratos. Se entiende que los términos o condiciones en general del contrato habrían sido previstos e impuestos por el socio único, y la acción pretende reaccionar frente a eventuales abusos de esa posición del socio único. El interés tutelado, propiamente, es el de la sociedad, sin perjuicio de que haya intereses de terceros (acreedores o socios posteriores) que se vean afectados y que justifiquen el ejercicio de la acción. En el caso de los acreedores, a través de una acción subrogatoria. Y en el caso de los socios posteriores, cuando aquel socio único deja de controlar la sociedad, como es el presente caso, mediante una acción instada por la sociedad. Pero, en cualquier caso, la compensación que pudiera obtenerse iría a parar a la sociedad.

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

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

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

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

La sociedad (Nueva Pescanova) se acababa de crear para ser receptora, mediante una segregación, de todo el negocio de Pescanova y sus filiales afectadas. Pescanova, tras las operaciones estructurales, pasaba a ser tenedora del capital social de Nueva Pescanova, en un primer momento como socia única y después como socia minoritaria. En este contexto, la sentencia recurrida entiende que tenía sentido establecer unas medidas de apoyo de Nueva Pescanova a favor de Pescanova, para garantizar la continuidad y estabilidad de esta última, durante el periodo de cumplimiento del convenio, en la medida en que se había quedado nominalmente en su balance con una deuda frente a acreedores concursales.

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

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

cumplimiento por Nueva Pescanova de sus obligaciones, y por la magnitud del pasivo concursal y los activos, no se aprecia desproporcionada”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Responsabilidad por no promover la disolución de la sociedad. La falta de depósito de cuentas anuales en el Registro mercantil no es por sí sola suficiente para incurrir en causa legal de disolución.*

STS (Sala 1ª) de 28 de mayo de 2020, rec. nº 3365/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/56486cd71f496c99/20200615>

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

4.1. El art. 34 del Código de comercio impone a los empresarios el deber de formular las cuentas anuales de la empresa al cierre del ejercicio, cuentas que comprenderán ‘el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria’. Estas cuentas, según el mismo precepto, ‘deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales. A tal efecto, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica’.

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

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

4.2. Ni en la regulación legal y reglamentaria de la obligación del depósito de las cuentas anuales, ni en la regulación de las causas legales de disolución de las

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

4.3. Lo que sucede es que la prueba de la existencia del déficit patrimonial o de la inactividad social puede verse favorecida por ‘hechos periféricos’, entre los que una parte de la denominada jurisprudencia menor viene considerando la omisión del depósito de cuentas. De manera que la falta de presentación de las cuentas anuales provocaría, al menos, según dicha tesis, una inversión de la carga probatoria, de suerte que sería el demandado el que soportaría la necesidad de acreditar la ausencia de concurrencia de la situación de desbalance.

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

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

En el presente caso resulta, además, ocioso entrar en el debate sobre si concurren adicionalmente otros indicios, como el impago de las deudas reclamadas, que pudieran servir para abonar una conclusión probatoria distinta sobre tal extremo, o para imponer una inversión de la carga de la prueba, pues aunque las cuentas de la sociedad deudora correspondientes al ejercicio del año 2007 no se depositaron dentro del plazo legal, lo cierto es que, aunque extemporáneamente, dichas cuentas se depositaron el 8 de enero de 2009. Por tanto, antes de la fecha de interposición de la demanda rectora del presente pleito, momento en el que aquellas cuentas estaban ya publicadas en el Registro Mercantil (art. 281 LSC),

decaendo con ello la base argumental del demandante, apoyada en la imposibilidad de conocimiento de la situación contable y patrimonial de la sociedad deudora. A ello se añade, finalmente, el hecho de que la sociedad fue disuelta en 2012 por causa distinta a la prevista en el art. 363.1, e) LSC.

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

En consecuencia, la Audiencia Provincial infringió el precepto cuya vulneración se denuncia y, por consiguiente, debemos estimar el recurso de casación y, al hacerlo, revocar la sentencia de apelación y asumir la instancia”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Responsabilidad de los administradores por no disolución. Momento de nacimiento de la obligación social incumplida como causa de disolución.*

STS (Sala 1ª) de 29 de mayo de 2020, rec. nº 4544/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb6b24ec92928df7/20200615>

“(…) Lo esencial para determinar si la deuda social queda cubierta por la responsabilidad del administrador es, pues, que hubiera nacido después de la causa de disolución.

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

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

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

‘cada período de utilización o disfrute del bien arrendado genera una obligación de pago independiente y con autonomía suficiente para considerar que ese

período marca el nacimiento de la obligación, al objeto de establecer si se puede hacer o no responsables solidarios de su cumplimiento a los administradores, en aplicación del art. 367 LSC’.

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

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

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

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

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

‘2. En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior’.

De este modo, con los reseñados antecedentes, procede presumir que la obligación social, que conocemos surgió el 31 de julio de 2008, fue posterior a la causa de disolución. Por lo que los administradores Erasmo, Eugenio y Claudio deben responder solidariamente del pago de esa deuda social. Lo que supone desestimar el recurso de apelación de estos administradores y confirmar la sentencia de primera instancia”. (F.D. 3º) [P.G.P.]

*Responsabilidad por no disolución de la sociedad estando incurso en causa de disolución. Delimitación del alcance de la causa de disolución del art. 363.1 letra e (reducción del patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social)*

STS (Sala 1ª) de 1 de junio de 2020, rec. nº 2849/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb6b24ec92928df7/20200615>

“(…) Esta causa de disolución, como dijimos en la sentencia 363/2016, de 1 de junio, está íntimamente conectada con la función del capital social en las sociedades de capital. La regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, dada la limitación de la responsabilidad de los socios.

2.3 Dentro de esta disciplina se encuadra también la obligación de los administradores societarios de realizar los actos precisos para la disolución de la sociedad (o, en caso de insolvencia, su declaración en concurso) en un plazo breve desde que se constate que las deudas han dejado reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, a fin de evitar que una sociedad descapitalizada siga funcionando en el tráfico, endeudándose frente a unos acreedores que confían en la apariencia de suficiencia patrimonial que resulta de la cifra del capital social inscrita en el Registro Mercantil.

Así, en caso de concurrir la causa legal de disolución previstas en el art. 363.1,e) LSC, surgen a cargo de los administradores sociales los deberes legales previstos en los arts. 365 y 366 LSC: i) en primer lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución; ii) en el caso en que no se hubiera podido constituir la junta, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta; y iii) si se hubiese celebrado la junta, pero no se hubiera adoptado el acuerdo de disolución o el acuerdo hubiese sido contrario, solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde el día de la junta.

Y es por ello que la normativa societaria prevé la responsabilidad solidaria de los administradores respecto de las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución si no cumplen sus obligaciones respecto a la disolución o la declaración de concurso de la sociedad cuando concurre tal causa de disolución.

Así lo prevé el art. art. 367 LSC, conforme al cual en tal caso los administradores ‘responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución’. Como dijimos en la sentencia 601/2019, de 8 de noviembre:

‘La Ley en esos casos, estando la sociedad incurso en una de las causas legales de disolución, constituye al administrador en garante solidario de las deudas surgidas a partir de entonces, si incumple el deber legal de disolver dentro del plazo legal. La justificación de esta responsabilidad radica en el riesgo que se ha generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago’.

3.- Valoración del patrimonio social. Normas contables aplicables. Concepto legal de ‘patrimonio neto’.

3.1. Como dijimos en la sentencia 363/2016, de 1 de junio, la valoración del patrimonio de la sociedad, a efectos de compararlo con la cifra del capital social y determinar si concurre la causa legal de disolución, no puede quedar al libre arbitrio de los administradores sociales, sino que ha de realizarse conforme a unas determinadas reglas y principios, de carácter homogéneo, que son los de la contabilidad tal como viene determinada por las normas que la regulan.

Solo la situación patrimonial fijada en base a estos criterios contables puede tomarse en consideración para decidir si concurre la causa legal de disolución por pérdidas agravadas.

Al tiempo de producirse los hechos relevantes de este pleito, estaban ya en vigor las modificaciones introducidas en el Derecho contable por la Ley 16/2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

Entre las normas modificadas por la Ley 16/2007, se encuentran los preceptos relativos a las cuentas anuales del Código de Comercio. En concreto, tras establecer el art. 35.1, párrafo primero CCom que ‘En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto’, el art. 36.1 CCom, al regular los elementos del balance, se refiere en la letra c) al ‘Patrimonio neto’:

‘c) Patrimonio neto: constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

‘A los efectos de la distribución de beneficios, de la reducción obligatoria del capital social y de la disolución obligatoria por pérdidas de acuerdo con lo dispuesto en la regulación legal de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales

incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión o asunción del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo’.

Por su parte, la disposición adicional primera de esta Ley autorizaba al gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara:

‘a) El Plan General de Contabilidad, así como sus modificaciones y normas complementarias; en concreto, las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, al objeto de desarrollar los aspectos contenidos en la presente Ley. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en las Directivas Comunitarias y teniendo en consideración las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea. Las normas reglamentarias podrán adaptar el contenido de los documentos integrantes de las cuentas anuales, a fin de conseguir la necesaria armonía con los que presenten los grupos de sociedades que apliquen las normas internacionales de información financiera adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea...’.

En cumplimiento de esta habilitación legal, se dictó el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Plan General de Contabilidad, que en su art. 4.3 recoge una definición de ‘patrimonio neto’ coincidente con la que figura en el art. 36.1,c) CCom.

Junto al patrimonio neto, como concepto contable claramente diferenciado, figura en el apartado b) de este último precepto el de los ‘pasivos’, que se definen así:

‘b) Pasivos: obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos. A estos efectos, se entienden incluidas las provisiones’.

En términos similares se pronuncia el art. 4.2 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, antes citado.

3.2. De acuerdo con esta normativa, para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución prevista en el art. 363.1.e) LSC, hemos de atender a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social. A estos efectos, los elementos del ‘pasivo’ no pueden sumarse a la cifra del patrimonio neto.

Un ejemplo de esta necesidad de separar el pasivo del patrimonio neto a los efectos ahora examinados, lo proporciona la sentencia 696/2016, de 24 de noviembre, referida a los préstamos participativos de los socios, y a las aportaciones de los socios que se incluirán en el patrimonio neto. Pero puntualizábamos entonces que ‘estas aportaciones de los socios son aportaciones a fondo perdido o, de forma más específica, para compensación de pérdidas, sin que los socios tengan un derecho de crédito para su devolución. Como se

desprende del reseñado art. 36.1.c) CCom, es preciso que no formen parte del pasivo’.

De otro modo, se trataría de préstamos de los socios, que tendrían derecho a ser restituidos, razón por la cual, salvo que tengan la consideración de préstamos participativos, forman parte del pasivo exigible. Al respecto, resulta irrelevante que el préstamo fuera a corto o a largo plazo, pues mientras tenga esta consideración de préstamo, supone que la sociedad está obligada a su devolución, y por ello es pasivo exigible, y como tal no forma parte del ‘patrimonio neto’.

En definitiva, ‘patrimonio neto’ y ‘pasivo’ son masas patrimoniales claramente diferenciadas. El primero, integrado por capital, reservas y resultado del ejercicio, constituyen fuentes de financiación propias de la sociedad, externas en unos casos (capital) e internas en otros (reservas, resultado ejercicio). Refleja el valor de los bienes y derechos aportados por los socios a la compañía. El ‘pasivo’ está integrado por obligaciones de pago a terceros y, como tales, sus elementos constituyen fuentes de financiación ajena de la sociedad. Ambas masas patrimoniales constituyen conjuntamente la estructura financiera de la sociedad cuyo valor monetario conjunto se corresponde con el valor de la masa patrimonial que integra el activo (estructura económica de la empresa) - con arreglo a la ecuación  $\text{activo} = \text{patrimonio neto} + \text{pasivo}$  -. Lo que vale tanto como decir que el ‘patrimonio neto’ tiene un valor monetario equivalente a la diferencia entre el valor del activo y el valor del pasivo. Dicho en otros términos, el patrimonio neto constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. En términos de legalidad contable, el patrimonio neto constituye el valor o ‘riqueza’ de los propietarios de la sociedad, es decir, la parte que correspondería a los socios una vez realizados los activos y liquidados los pasivos de la empresa.

Lo que genera la causa legal de disolución de la sociedad prevista en el art. 363.1,e) LSC es que el ‘patrimonio neto’, por pérdidas acumuladas, vea reducido su valor total por debajo de la mitad de uno de sus componentes (el capital). En el caso de la presente litis esta situación se produjo al finalizar el ejercicio 2010, cuyas cuentas anuales presentaban una cifra de patrimonio neto de 455,62 euros, inferior a la mitad del capital social ( art. 4.1 LSC); situación que se agravó durante los años sucesivos 2011, 2012, 2013 y 2014 en que el balance presenta cifras de patrimonio neto negativos y crecientes (en 2.011 - 42.063,88 euros) en 2.012 - 52.775,83 euros; en 2.013 - 65.215,46 euros; y en 2014 - 72.461,99 euros).

Al no haberlo entendido así la Audiencia Provincial infringió el art. 363.1,e) LSC, y en consecuencia debemos estimar el recurso de casación revocar la sentencia de apelación y asumir la instancia”. (F.D. 5º) [P.G.P.]

*Negativa a inscribir la declaración de unipersonalidad. La designación del ejercicio de los derechos de socio no implica unipersonalidad sobrevenida.*

Resolución DGRN de 20 de diciembre de 2019 (BOE núm. 66, de 14 de marzo de 2020, pp. 25247-25256)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3655](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3655)

“(…) De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.
- b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.
- c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).
- d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (vid. sentencia número 727/2012, de 8 noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (vid. sentencia número 286/2013, de 11 diciembre, de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. En el supuesto de hecho, resulta del contenido del registro de la sociedad que la condición de socio la ostentan dos personas, marido y mujer, cada uno titular de un número determinado de participaciones sociales. En consecuencia, para que la condición de socio inherente a dicha titularidad se transmita de un titular a otro se aplican las reglas generales de nuestro ordenamiento sobre transmisión de acciones o de participaciones sociales (vid. Capítulos III y IV del Título IV de la Ley de Sociedades de Capital).

Este esquema de cosas no se altera, según ha quedado fundamentado, por el hecho de que uno o los dos titulares de las participaciones sociales se encuentren casados en régimen de gananciales ni por el hecho de que las participaciones ostenten carácter ganancial de acuerdo a las reglas de atribución de nuestro ordenamiento (artículos 1347 y siguientes del Código Civil), como no se modifica por el hecho de que los dos socios estén casados entre sí en dicho régimen. Para transmitir la condición de socio de uno de los titulares al otro se aplican las reglas generales sobre transmisión de participaciones sociales y, en consecuencia, las previsiones que al respecto contiene nuestro Código Civil y la Ley de Sociedades de Capital.

La mera atribución del ejercicio de los derechos de socio de una persona a otra debe enmarcarse en la regulación relativa al mandato y a la representación pero no transmite per se la condición de socio.

Es cierto que en sede de sociedad de gananciales esta Dirección General ha admitido generosamente los denominados negocios jurídicos de comunicación o de atribución amparados en el principio de libertad de contratación entre los cónyuges (artículo 1323 del Código Civil), pero no lo es menos que como ha señalado este Centro Directivo (por todas, Resolución de 11 de mayo de 2016): ‘(...) el régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil, siendo preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3.º y 1274 y siguientes del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible. Y todo ello sin perjuicio de que dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos, siendo suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de ganancialidad tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica -la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial- (...)’.

En definitiva, para que se produzca un desplazamiento patrimonial de las participaciones sociales de un cónyuge a otro, aun cuando esta circunstancia no afecte al carácter ganancial de aquellas, será preciso que, de acuerdo a la doctrina expresada, se apliquen las reglas generales o las especiales de los negocios de comunicación entre cónyuges, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho en el que los cónyuges se limitan a afirmar que el ‘ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentada desde este momento por el otro miembro de la sociedad de gananciales’, declaración de voluntad que por sí sola no revela la existencia de un desplazamiento patrimonial de un cónyuge a otro y que por sí misma no permite entender que la condición de socio ha sido objeto de transmisión.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir acuerdo estatutario que vulnera el derecho de preferencia de los socios. La subsanación de acuerdos puede realizarse por motivos formales, pero no sustantivos o de orden material.*

Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (BOE núm. 66, de 14 de marzo de 2020, pp. 25226-25246)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3654](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3654)

“(…) En esencia, la registradora fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en que los acuerdos adoptados, relativos a la situación del capital social existente el 15 de septiembre de 2014, tienen que contener necesariamente un pronunciamiento en cuanto a los efectos que la nulidad declarada tiene sobre determinados asientos posteriores; en que aun cuando existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, este mecanismo sanatorio encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, mientras que cuando los defectos son de orden material o sustantivo, como ocurre en este caso, lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia; y ese nuevo acuerdo social debe ajustarse a los requisitos que la ley establece para adoptarlo (entre ellos el relativo al balance que sirva de base a la reducción del capital) atendiendo a la situación del momento en que se apruebe en este momento la reducción de capital.

(…) El problema radica, en nuestro Derecho, en un extendido y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o ‘ex tunc’ de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados. Frente a lo que algunos presuponen, la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u ‘ope legis’ una especie de radical ‘restitutio in integrum’ societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En definitiva: no es posible la aplicación poco meditada del brocardo ‘quod nullum est nullum effectum producit’.

(…) Sentado lo anterior y reiterando que no cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato, debe tenerse en cuenta que la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de la seguridad jurídica, que trata de hacerse efectivo mediante el sometimiento de los actos de nacimiento de las sociedades y sus modificaciones al control notarial y registral, ejercido en el ámbito respectivo por profesionales cualificados en el conocimiento del ordenamiento jurídico; y el de la seguridad del tráfico, que trata de hacerse realidad mediante la regulación de determinados supuestos de apariencia en la que pueden confiar los terceros por cuanto que el ordenamiento los protege (caso, p. ej. de la sociedad irregular o de la sociedad nula).

Precisamente, la protección del tercero, muy conectada con la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, es la que exige que el perfil de la nulidad en el Derecho de sociedades sea diferente del que le confirió el legislador decimonónico en el

Código Civil (de radicales perfiles como es bien sabido); ideas, por lo demás, claramente asentadas en trabajos prelegislativos de tanto calado como el proyectado artículo 214-16 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014), que establece, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia o del laudo estimatorio lo siguiente: ‘(...) 2. Cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia o el laudo que estime la acción determinará, además, la cancelación de la inscripción, así como la de todos los asientos posteriores que resulten manifiestamente contradictorios con ella’.

5. Admitida una posible convalidación de acuerdos sociales en línea con lo declarado por este Centro Directivo en su citada Resolución de 2013 (vid., en la misma línea, la Resolución de 4 de julio de 2016) y en las decisiones jurisprudenciales anteriores, debe afirmarse que tal convalidación tiene efectos ‘ex tunc’ con independencia de la conducta procesal de las partes, y por esa línea discurren las importantes novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben.

6. En la teoría del contrato, la anulabilidad hace referencia a un tipo especial de nulidad por vicio del consentimiento o falta de capacidad que se distingue de la nulidad por la persona legitimada para hacerla valer, y tradicionalmente en el Derecho de sociedades la distinción entre acuerdos nulos y anulables se basó exclusivamente en las reglas infringidas por el acuerdo y las consecuencias de la infracción, algo que se reflejaba en la legitimación para impugnar los acuerdos y el plazo para hacerlo. La reforma, como se ha indicado anteriormente, acaba con la distinción y unifica los plazos para la impugnación y la legitimación para impugnar, generalizando el plazo de un año para todos los acuerdos impugnables que se establece en el nuevo artículo 205.1, según el cual la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá.

Cuestión diferente es la relativa a los que, tradicionalmente caracterizados como inexistentes, no pueden sobrevivir con el paso del tiempo, toda vez que nunca se ha dudado que un acuerdo inexistente, por ejemplo un acuerdo ‘inventado’ o simulado absolutamente, es un acuerdo cuya impugnación no caduca (piénsese en acuerdos adoptados en sedicentes juntas universales).

El nuevo artículo 204.2 establece que cuando la revocación o sustitución hubiere tenido lugar después de la interposición de la demanda, ‘el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto’, rectificándose así, en relación con el segundo de los supuestos (la impugnación de acuerdos sociales una vez iniciado un proceso judicial), el criterio jurisprudencial anterior, que se oponía a la admisión de la revocación o sustitución del acuerdo en tales casos por aplicación del principio ‘ut lite pendente nihil innovetur’, conforme al cual carecen de eficacia las innovaciones introducidas después de iniciado el juicio en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda. Este supuesto es ahora compatible con la posibilidad de subsanar (siempre que sea posible) la causa de impugnación, prevista tradicionalmente en la legislación societaria (vid. artículo 115.3, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas) y que el artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene inalterada. De esta forma -se ha dicho- la norma considera el supuesto de la subsanación diferente al de la sustitución del acuerdo impugnado por otro (artículo 204.2) y lo hace porque conceptualmente son diferentes, ya que la subsanación no supone necesariamente la desaparición del acto impugnado, sino de la causa de impugnación, aunque el efecto será el mismo: subsanada la causa de impugnación (por ejemplo, un requisito de forma) el proceso termina.

7. Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid. Resoluciones de 26 de julio y 26 de octubre de 2016) ‘la Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 204.2 la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, mecanismo sanatorio que encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, pues cuando los defectos sean de orden material o sustantiva, la decisión corporativa idónea para enervar su eventual impugnación habrá de ser de sentido inverso a la característica de la sustitución, es decir, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que debe producirse es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de una acuerdo de contenido objetivamente incompatible, fórmula que se encuentra igualmente contemplada en el artículo 204.2. La eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación. Dicha eficacia retroactiva deberá entenderse sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (cfr. artículo 20 del Código de Comercio)’.

8. En el presente caso, los defectos que dieron lugar a la nulidad de los acuerdos eran de orden material o sustantiva. Y, en cuanto a la motivación de los acuerdos expresada en los títulos calificados y las alegaciones de la recurrente en el sentido de que los acuerdos cuya inscripción se solicita se han adoptado para dar cumplimiento a lo declarado en las sentencias referidas, debe tenerse en cuenta que en las mismas, propiamente, no se impone la adopción de tal acuerdo sino que determina las condiciones que tendrían que haber cumplido el acuerdo impugnado para que no tuviera tacha de nulidad alguna. Por ello, cobra sentido las consideraciones expresadas respecto del mismo caso por la Resolución de esta Dirección General de 6 de junio de 2019: ‘Y si como consecuencia de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos (previa a la cancelación de los asientos posteriores contradictorios) resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados. De este modo los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída (vid. Resoluciones de 30 de mayo de 2013 y 30 de junio de 2014)’.

Debe, por tanto, confirmarse el criterio de la registradora al exigir que el acuerdo de reducción de capital con simultáneo aumento del mismo cumpla con los requisitos legalmente establecidos a los que se refiere en su calificación y se regularice la situación de la sociedad respecto de otros actos y relaciones afectados, especialmente el relativo a la reducción por pérdidas y simultáneo aumento del capital social hasta la cifra de 650.500 euros (acuerdo aprobado el 30 de abril de 2015, después de los acuerdos impugnados y declarados nulos), así como la reducción del capital en 278.530 euros -por condonación de dividendos pasivos- acordada el 24 de agosto de 2017, que constan en los asientos registrales (inscripciones 23.<sup>a</sup> y 26.<sup>a</sup>), en los que la sociedad favorecida por la nulidad declarada no pudo ejercer los derechos que le habrían correspondido como consecuencia de las acciones privilegiadas que en los acuerdos que ahora se pretende inscribir se le atribuyen. De lo contrario, como afirma la registradora en su calificación se vería frustrada la tutela judicialmente concedida a la sociedad ‘Sadim Inversiones S.A.’. Por lo demás, esa regularización pendiente no podrá llevarse a cabo desconociendo los derechos de titulares de las acciones creadas mediante el aumento de capital anulado y el posteriormente realizado podían actuar con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una reserva de denominación social por identidad sustancial. La DGRN estima el recurso y admite la inscripción.*

Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24794-24798)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3549](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3549)

“(…) Solicitada del Registro Mercantil Central por un interesado certificación negativa respecto a la denominación ‘Clorawfila, Sociedad Limitada’, recibe certificación positiva por considerar el registrador que resulta sustancialmente idéntica a otra previamente registrada ‘Clorofila, Sociedad Anónima Laboral’.

(…) La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. A tal propósito se debe el contenido del artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil, que sienta las bases de lo que constituye esa ‘cuasi identidad’ en los términos siguientes: ‘1. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número. 2.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación. 3.<sup>a</sup> La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética (...)’.

Ahora bien, esa posibilidad de ampliar la noción de identidad para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente ‘cuasi identidad’ o ‘identidad sustancial’ no puede impedir que se tenga en cuenta el fin último que la prohibición de identidad tiene: identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. De este modo puede decirse que nuestro sistema prohíbe la identidad, sea esta absoluta o sustancial, de denominaciones, pero no la simple semejanza (cuya prohibición, que se desarrolla principalmente en el marco del derecho de la propiedad industrial y del derecho de la competencia, se proyecta más que sobre las denominaciones sociales sobre los nombres comerciales y los marcas, para evitar en el mercado la confusión de productos o servicios). A esta finalidad responde una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central.

6. Detectar la identidad de denominaciones es una tarea eminentemente fáctica, por lo que exige una especial atención a las circunstancias de cada caso. No cabe olvidar que se trata de valorar cuándo el nombre identifica, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que

incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones ‘genéricas o accesorias’, a signos o partículas ‘de escasa significación’ o a palabras de ‘notoria semejanza fonética’ no tiene por qué realizarse de forma restrictiva, tampoco cabe en ella una gran laxitud, o la consideración de que no sea posible la aplicación simultánea de dos o más de esos criterios que se incluyen en el citado artículo 408 (por ejemplo, la adición de un término o palabra genérica, añadida a la existencia o no de un mero parecido fonético, o esté unido a la alteración del orden de las palabras, etc.), de suerte que puedan llevar a considerar como distintas determinadas denominaciones a pesar de la semejanza que presenten si ésta no es suficiente para dar lugar a errores de identidad. En ese difícil equilibrio se ha de desenvolver la tarea de calificar la identidad de las denominaciones, de modo que la interpretación y aplicación de tales normas, conforme al criterio teleológico apuntado, ha de atemperarse a las circunstancias de cada caso.

7. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto no puede confirmarse la calificación impugnada, toda vez que aun cuando existe una cierta semejanza gráfica (y también fonética si el primero se pronuncia en idioma inglés), entre los términos ‘Clorawfila’ y ‘Clorofila’, y aunque, según el artículo 408.3 del Reglamento del Registro Mercantil, para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social, lo cierto es que esa mínima diferencia gramatical tiene como resultado que se trate de denominaciones claramente distinguibles a los efectos de la exigencia legal de identificación, según ha quedado anteriormente expuesto.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación del registrador”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir acuerdos sociales relativos a cambios en el órgano de administración de sociedad profesional, de mancomunados o solidarios, y nombramiento de nuevos.*

Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2019, pp. 24799-24805)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3550](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3550)

“(…) 1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de aceptación de dimisión de administrador mancomunado, cambio de estructura del órgano de administración y nombramiento de administradores solidarios de la sociedad ‘R.B.R. Abogados, S.L.’.

Según el único defecto que es objeto de impugnación, el registrador fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada en que, conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, la sociedad ha quedado disuelta de pleno derecho, por tener objeto el ejercicio en

común de una actividad profesional de obligada colegiación profesional y no haberse adaptado en plazo a las previsiones de dicha ley.

Según los estatutos de dicha sociedad, se incluye en el objeto social, como primera actividad, 'la prestación de servicios consistentes en el asesoramiento y defensa jurídica integral relativa a todas las ramas del derecho, incluido el asesoramiento fiscal, contable y financiero, y cualquier otra actividad relacionada con el asesoramiento jurídico'. Y en el Registro consta por nota al margen de la inscripción 1.<sup>a</sup> la disolución de la sociedad y la cancelación de los asientos registrales.

Los recurrentes alegan que, a pesar de su nombre, la sociedad se dedica a otras actividades no profesionales que representan más del setenta y cinco por ciento de la facturación de la empresa y el cincuenta y uno por ciento del capital social pertenece a un inversor capitalista no profesional, por lo que la sociedad no tiene la obligación de revestir la forma societaria de sociedad profesional.

2. Dado que consta en el Registro la disolución de pleno derecho de la sociedad y la cancelación de los asientos registrales, debe tenerse en cuenta que el recurso como el interpuesto en este expediente es el cauce legalmente arbitrado para combatir las calificaciones registrales que se opongan a la práctica del asiento solicitado (cfr. artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria), de modo que sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias, y nunca frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, cualquiera que sea la clase de éste; ni siquiera cuando lo que se ha practicado es una cancelación.

Por el contrario, una vez practicado el asiento, y aun cuando se discrepe de la forma en que el hecho, el acto o contrato de que se trate ha sido objeto de reflejo tabular y pese a las repercusiones que ello tenga en la forma en que se publica el derecho inscrito -o la extinción del mismo-, de indudable trascendencia a la vista de que la legitimación registral opera sobre la base de ese contenido del asiento (cfr. artículos 38 y 97 de la Ley Hipotecaria y 20 del Código de Comercio), el asiento queda bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos previstos en la misma Ley Hipotecaria (cfr. los artículos 1.3.º, 40 y 82). A lo que se puede llegar es a la rectificación del eventual error padecido y el procedimiento y requisitos para lograrlo, que regulados en la legislación hipotecaria -artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 314 a 331 del Reglamento Hipotecario- se trasladan al ámbito mercantil (cfr. artículo 40.2 del Reglamento del Registro Mercantil), son especialmente rigurosos cuando aquéllos son de los calificables como de concepto, los que afecten al sentido o alcance de lo inscrito, pues en este caso las cautelas y exigencias se acentúan con la necesaria intervención y consentimiento de todos aquellos a quienes la rectificación afecte y el consentimiento del registrador (cfr. artículos 217 y 218 de la citada Ley Hipotecaria) cuya oposición tan sólo puede suplirse por resolución judicial.

Frente a un posible contenido del asiento pretendido que pudiera no acomodarse al del acto o negocio por inscribir o a los condicionamientos y limitaciones que puedan derivarse del contenido del propio Registro tienen los interesados la posibilidad de solicitar minuta previa del mismo (artículo 258.3 de la Ley Hipotecaria) y, de considerar que ésta no es adecuada, plantear la cuestión ante el juez competente. Pero tampoco la omisión de una prevención como esa deja inerte a los interesados ante el contenido de un asiento que entiendan que no es correcto. El procedimiento para rectificar los eventuales errores aparece minuciosamente regulado en la legislación hipotecaria, y frente a la negativa del registrador o de algún interesado a atender la solicitud de rectificación de los de concepto, los realmente relevantes, habrá de acudir al juicio ordinario correspondiente (cfr. artículo 218 de la Ley Hipotecaria), sin que pueda lograrse por la vía de un recurso como el presente.

Por cuanto antecede, no cabe en este expediente entrar a decidir sobre el criterio que expresa el registrador acerca de la procedencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad, prevista en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, con su consiguiente reflejo en la hoja registral. Por ello, en el presente caso no cabe decidir sobre el asiento ya practicado, sino sobre las consecuencias que del mismo se derivan.

Por lo demás, cabe recordar que, a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 2012, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016, 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017, 9 de enero, 28 de mayo, 19 de junio, 18 de julio, 9 de octubre y 5 de diciembre de 2018 y 12 de junio de 2019) ha sentado una consolidada doctrina sobre los casos en que, ante las dudas que puedan suscitarse cuando en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar ‘certidumbre jurídica’ la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. No obstante, si tal exigencia está plenamente justificada en el momento de constitución de la sociedad -o modificación del objeto social- debe actuarse con mayor cautela por el registrador mercantil a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, sólo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el registrador apreciar tales circunstancias deberá practicar el correspondiente asiento de cancelación de la hoja registral. Pero, como ha quedado expuesto, una vez cancelados tales asientos, no puede decidirse sobre tal cancelación en un recurso como el presente.

Hechas las aclaraciones precedentes, en relación con las consecuencias que del asiento de cancelación practicado se derivan, únicamente cabe recordar que con ocasión de la declaración de disolución de pleno derecho de las sociedades anónimas incursas en la previsión de la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, esta Dirección General tuvo ocasión de elaborar una doctrina expresada en un gran número de Resoluciones. Según la citada doctrina, la expresión ‘disolución de pleno derecho’, expresión procedente del artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que se incorporó al texto refundido de 1989 por medio del artículo 261 de la Ley de Sociedades Anónimas y que hoy se recoge en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital, hace referencia a la mera circunstancia de que la sociedad entra en disolución por la concurrencia del supuesto previsto en la ley sin que sea preciso una previa declaración social al respecto. De este modo se distingue la disolución de la sociedad derivada de un acuerdo societario (meramente voluntario, artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, o provocado por la concurrencia de causa de disolución, ex artículo 362 de la propia ley), de aquellos otros supuestos en que la disolución se produce ‘ipso iure’ al concurrir el supuesto previsto legalmente (por ejemplo, disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

Esta operatividad automática no implica empero que el período de liquidación que se abre con la disolución revista características distintas de aquellos supuestos en que la disolución se produce a consecuencia de un acuerdo social (vid. Resolución de 11 de diciembre de 1996). Por ello este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones que la apertura de la fase de liquidación a consecuencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad respeta la persistencia de su personalidad jurídica hasta que se produzca la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes de acuerdo al régimen jurídico que hoy recogen los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (vid., por todas, Resolución de 12 de marzo de 2013).

La identidad de efectos de la disolución en estos supuestos añadidos, unida al hecho de que la sociedad disuelta pueda reanudar su operatividad ordinaria mediante una reforma estructural como la transformación, la fusión o la cesión global (vid. artículos 5, 28 y 83 de la Ley 3/2009), llevó a esta Dirección General a la conclusión de que la disolución de pleno derecho no impide la reactivación de la sociedad (vid. Resoluciones de 29 y 31 de mayo y 11 de diciembre de 1996 y 12 de marzo de 2013), a pesar de la dicción literal del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital, incluso en aquellos supuestos en que, por aplicación de la previsión legal, el registrador hubiera procedido a la cancelación de asientos. Así lo confirma la disposición transitoria octava del vigente Reglamento del Registro Mercantil, al establecer que la cancelación de los asientos correspondientes a la sociedad disuelta por falta de adecuación a las previsiones de las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1564/1989 tendrá lugar ‘sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación, en su caso, acordada’.

No existe problema conceptual que imponga que una sociedad de capital disuelta de pleno derecho no pueda ser reactivada siempre que se respeten los límites establecidos legalmente en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital. Imponer la liquidación forzosa de la sociedad cuando existe una voluntad de continuar su actividad no sólo resulta económicamente irracional, sino que carece de un fundamento jurídico que lo justifique. Según la literalidad del texto del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital (y de su precedente, el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), para las sociedades disueltas de pleno derecho ‘no podrá acordarse la reactivación (...)’; afirmación que viene precedida por la que establece que la junta de la sociedad disuelta podrá acordar el retorno a la vida activa de la sociedad. Y es que cuando la sociedad está disuelta ‘ipso iure’ por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. No otra cosa resulta del artículo 223 del Código de Comercio cuando afirma: ‘Las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, después que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119’. Cobra así sentido la afirmación del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital que, lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual de quien ostente aquella condición.

Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al presente expediente. Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de los acuerdos de cese y nombramiento de administradores, previo cambio de estructura del órgano de administración, prescindiendo de dicha situación. Es necesario proceder con carácter previo a la reactivación de la sociedad en los términos que resultan de las consideraciones anteriores y su adecuación al ordenamiento jurídico. De este modo, una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo los cambios en el órgano de administración que estime oportunos y obtener la inscripción de los mismos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir la disolución de una sociedad.*

Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130219-130232)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17061](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17061)

“(…) Al margen de la mayor o menor precisión de los términos expresados en el escrito de recurso a los que se refiere el registrador accidental en su informe, es indudable que lo único que debe decidirse en este expediente (y a ello limita el mismo recurrente su impugnación) es si son o no inscribibles los acuerdos de disolución de la sociedad ‘Gran Tibidabo, S.A.’ –conforme a los artículos 363.1.a) y 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital– y nombramiento de liquidadores adoptados en la junta general de accionistas de 27 de mayo de 2019.

La registradora Mercantil se opone a dicha inscripción porque, a su juicio, al resultar inscritas la declaración de quiebra de la sociedad y la aprobación del convenio de acreedores, deberán inscribirse previa o simultáneamente a la referida escritura de disolución y nombramiento de liquidadores de la sociedad las resoluciones judiciales firmes dictadas en el procedimiento relativas al cumplimiento (en la que se ordene la cancelación de los asientos registrales correspondientes al procedimiento de quiebra por el íntegro cumplimiento del convenio) o incumplimiento del convenio que fue aprobado con los acreedores (que comporta la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo), así como, en su caso, todas las resoluciones judiciales previas de trascendencia registral.

El recurrente alega, en síntesis, que la subsistencia de la inscripción de quiebra mientras esté pendiente el cumplimiento del convenio no impide que la sociedad pueda entrar en causa voluntaria o legal de disolución e inscribir los documentos correspondientes en el Registro Mercantil; que la aprobación judicial del convenio conlleva el cese todos los efectos de la declaración de quiebra o concurso y por tanto cesa el régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado que recupera su capacidad de disponer y administrar sus bienes, sin perjuicio de que el convenio pudiese establecer alguna limitación –que no es el caso–, de modo que la sociedad recupera la plena libertad de actuación, incluso en aspectos patrimoniales, de sus órganos sociales: la junta general y los administradores, hasta entonces limitados en sus facultades por la situación concursal; y por ello puede la junta general tomar cualquier decisión que esté dentro de su ámbito como lo es, saliendo del proceso concursal, declarar a la sociedad en estado legal de disolución e inicio del período de liquidación convirtiendo a sus administradores en liquidadores, máxime si su decisión se apoya en un motivo legal y estatutariamente previsto cual es la inactividad de la sociedad de forma prolongada –más de 1 año–, en este caso durante casi 20 años, y la decisión libérrima de los socios de, tras el largo proceso concursal, no continuar con la actividad de la sociedad correspondientes a su objeto social sino, tras el pago a los acreedores, devolver a los socios cuanto se hubiese recuperado y se pueda recuperar durante el proceso de liquidación societario. Añade que el convenio aprobado entraña prácticamente el pago al contado de los créditos con los fondos que ya dispone la sociedad, dejando consignados en el propio Juzgado el importe de determinados créditos contingentes en discusión para que, tras las

resoluciones judiciales oportunas, se atribuyan al ganador de los procedimientos, todo ello según se expresa con pleno detalle en el convenio.

2. Como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, la disolución de la sociedad (como presupuesto para su extinción mediante la liquidación de su patrimonio una vez agotadas todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma, tanto con terceros, especialmente con los acreedores, como con los socios) puede tener lugar aun cuando dicha persona jurídica esté incurso en un procedimiento para la satisfacción de los derechos de los acreedores por insolvencia de la misma, el cual tiene por finalidad esencial la satisfacción de los acreedores además de facilitar la conservación de la empresa –mediante el convenio entre la sociedad deudora y los acreedores–, de modo que únicamente en caso de que se abra la fase de liquidación dicha satisfacción de los acreedores se llevará a cabo mediante la extinción de la sociedad, pues la apertura de dicha fase necesariamente tiene como consecuencia la disolución de la sociedad, con la consiguiente liquidación de la misma que habrá de realizar la administración concursal (cfr. artículo 145.3 y disposición transitoria primera de la Ley Concursal y artículos 371.1 y 376.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Durante la tramitación del concurso, se mantienen los órganos de la sociedad deudora (vid. artículo 48.1 de la Ley Concursal, que deja a salvo los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición; y el mismo artículo en su apartado 2, párrafo segundo, i.f., dispone que los acuerdos de la junta general que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal). Por ello, la declaración de concurso no impide a la sociedad realizar modificaciones estatutarias o estructurales compatibles con la finalidad del concurso; y aunque dicha declaración no comporta necesariamente la disolución de la sociedad es indudable que –al margen de las causas de disolución de pleno derecho– la junta general pueda acordarla. Así resulta del mismo artículo 145.3 de la Ley Concursal al disponer que ‘la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada’. Y también en el derecho anterior a la Ley Concursal la sociedad declarada en quiebra podía acordar si se disolvía o no (cfr. artículo 260.2 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas: ‘La quiebra de la Sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare’); además, el artículo 929 del Código de Comercio se refería a la representación de la sociedad durante el procedimiento de quiebra.

3. Ciertamente, de la regulación legal vigente resulta que la existencia de un convenio debidamente aprobado por el juez no pone fin al procedimiento concursal que sólo finalizará cuando así lo declare el propio juez de lo Mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (artículo 176 de la Ley Concursal). Vigente el convenio cualquier acreedor puede instar la acción de incumplimiento y solicitar del juez que así lo declare (artículo 140), lo que conllevará su rescisión y la apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143). Pero es también cierto

que en cualquier supuesto y desde la aprobación judicial del convenio cesan los efectos de la declaración del concurso que quedan sustituidos en su caso por los previstos en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (artículo 133.2) que puede establecer medidas limitativas y prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor, medidas que ‘serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite’ (artículo 137 de la Ley Concursal).

De esta regulación y de la establecida en la Ley de Sociedades de Capital resulta inequívocamente que durante la fase de ejecución o cumplimiento del convenio la sociedad puede disolverse si concurre alguna causa legal o estatutaria –salvo la establecida por pérdidas en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, como resulta de los artículos 365.1, párrafo primero, y 367 de la misma ley, que exime a los administradores de la obligación de promover la disolución si se insta el concurso—. Y también en la misma fase puede disolverse la sociedad porque así lo acuerde la mayoría de los socios ex artículo 368. Esta disolución y la liquidación societaria no afectan al concurso y deberá seguir cumpliéndose el convenio.

Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia número 590/2013, 15 de octubre, según la cual ‘(...) tras la declaración de concurso, cesa el deber legal de los administradores de instar la disolución, que se acordará finalmente, como un efecto legal de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), cuando se opte por esta solución concursal. Que cese este deber legal de promover la disolución de la sociedad, mediante la convocatoria de la junta de accionistas para que adopte el preceptivo acuerdo, no significa que la junta de accionistas no pueda acordarlo, pues está perfectamente legitimada para hacerlo sin que deba necesariamente concurrir una causa legal para ello (art. 260.1.1.º TRLSA [actual artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital]’. Y añade que ‘tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria (en nuestro caso, los arts. 260.1.4.º y 262.2 y 5 TRLSA [artículos 363.1.e), 365.1, párrafo primero, y 367 de la vigente Ley de Sociedades de Capital]), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC)’.

4. De las consideraciones anteriores resulta que, respecto de la única cuestión en que el recurrente centra la cuestión debatida, y en cuanto la registradora se refiere a un eventual incumplimiento del convenio como obstáculo que impide la inscripción de la disolución de la sociedad –incumplimiento que no consta–, la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado estimar recurso y revocar la calificación impugnada. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una escritura de constitución de una SL. Sobre si la descripción como know-how en la escritura corresponde a un trabajo o prestación de servicios como obligación de hacer o a un derecho de contenido patrimonial. Estimación del recurso por la DGRN, defendiendo el segundo supuesto.*

Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2019 (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2020, pp. 5955-5959)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-873](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-873)

“(…) Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada a la que se aporta, entre otros bienes, el denominado ‘know how’ que se describe en la forma expresada en los antecedentes de hecho de esta resolución.

El registrador se opone a la inscripción solicitada porque, a su juicio, tal como está descrita dicha aportación parece que se trata de un trabajo o prestación de servicios.

Los recurrentes alegan que el objeto de aportación son conocimientos técnicos, secretos, identificables de los que derivan un beneficio económico, y son imprescindibles para la actividad social.

2. Para determinar qué debe entenderse por ‘know how’ (o ‘saber hacer’, en terminología del Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, así como del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero) es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones del Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de octubre de 2005:

“(…) cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los ‘conocimientos secretos de orden industrial’, se extendió posteriormente a los de ‘orden comercial’, es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa – secreto empresarial–. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico,

en el sentido de conectar el ‘know how’ con la experiencia –conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)–, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como ‘conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación’. Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciario), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está ínsito en la utilidad). El art. 1.3,f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el ‘Know how’ como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1. En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1.979 recoge un concepto descriptivo diciendo que ‘lo que doctrinalmente se denomina ‘Know How’, es decir, ‘el saber hacer’, puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial’. Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a ‘metodología de trabajo’; ‘técnicas operativas’; ‘técnicas comerciales ya experimentadas’; ‘conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico’; ‘conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad (...)’.

Esta Dirección General ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aportación de otros bienes inmateriales, como por ejemplo, el denominado fondo de comercio. Así, en Resolución de 31 de octubre de 1986, puso de relieve ‘que la existencia del llamado fondo de comercio de las empresas mercantiles, es un concepto que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio

de 1985, si bien es de límites difusos, no por ello es menos atendible en cuanto detonador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la Empresa como negocio, o de que hay Empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, o por último, casos en que además de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción, y todos estos conceptos y otros similares son susceptibles de ser valorados en el Balance'; y añade que 'como declara la referida sentencia, no obsta a su valoración, 'el que muchas veces se atenga ésta a patrones fijos, sino que vaya subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración, vicisitudes todas ellas, que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan', por todo lo cual hay que entender posible una aportación de tal género, frecuente en la práctica española, y como comprendida dentro del término genérico del artículo 31-3.º de la Ley, y con ello se sigue un criterio semejante al adoptado por las legislaciones francesa e italiana, que autorizan esta clase de aportación'.

Según el artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 'en las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica'. Y el objeto de aportación cuestionado en la calificación registral, aun cuando sea un bien inmaterial, tiene carácter patrimonial, es susceptible de valoración económica y de apropiación por lo que puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. Además, es diferente de la mera obligación de hacer, por lo que no se infringe la norma que impide que sean objeto de aportación el trabajo o los servicios (artículo 58.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, el defecto no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada". [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una modificación en la mayoría para adoptar acuerdos en el consejo de administración por no dejarse a salvo la mayoría para el nombramiento de consejeros delegados.*

Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130180-130184)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17057](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17057)

“(..). En este expediente debe decidirse si es o no inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión.

A juicio del registrador, dicha disposición -y, por ende, todo el artículo de los estatutos dedicado al consejo de administración- no es inscribible porque no deja a salvo la mayoría establecida en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital para el nombramiento de consejeros delegados.

El recurrente alega que no es necesaria dicha salvedad porque el citado precepto legal es imperativo.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. las Resoluciones citadas en los ‘Vistos’ de la presente). Como ya expresara la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, uno de los postulados generales que han servido de base al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada hace referencia al carácter híbrido de la misma, de modo que en la forma legal de este tipo social deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas. Asimismo, otro de los postulados basilares de dicha disciplina legal es el de la flexibilidad del régimen jurídico, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Por ello, al imprescindible mínimo imperativo se añade un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias.

Concretamente, en supuestos análogos al presente este centro Directivo, en Resoluciones de 8 y 9 de junio de 2000, ya puso de relieve que la cláusula por la que se dispone que el consejo de administración adoptará sus acuerdos por mayoría de votos válidamente emitidos que representen al menos la mitad más uno de los miembros concurrentes, en cuanto no contiene salvedad alguna, contradice directamente una norma legal imperativa que impone una mayoría cualificada para determinado acuerdo como el de nombramiento de consejeros delegados, por lo que no se trata de uno de los supuestos en que una regulación estatutaria incompleta puede ser integrada directamente por la norma imperativa no recogida en los estatutos sociales.

En consecuencia, dado el carácter inderogable de la previsión del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital así como la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales (y también del correspondiente instrumento público en que los mismos se basan -cfr. artículos 147 y 148 del Reglamento Notarial), en función del alcance ‘erga omnes’ de sus pronunciamientos, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida que, al no exceptuar la hipótesis apuntada, generaría en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), la duda sobre cuál sería la efectiva mayoría exigida para el nombramiento de consejero delegado. Por ello, no puede entenderse cumplida la norma del artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual: ‘En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría’.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir un representante persona física de una sociedad de responsabilidad limitada por dos motivos: primero, falta de aceptación del representante y, segundo, falta de manifestación de la ausencia de incompatibilidades. Desestimación del recurso en la primera casusa y estimación en la segunda.*

Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 2019 (BOE núm. 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 124573-124577)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281)

“(…) Mediante la escritura cuya calificación es objeto de impugnación, otorgada únicamente por el consejero delegado de la ‘Sociedad Española de Radiodifusión, S.L.’, sociedad unipersonal, el mismo designa una persona física representante de dicha sociedad para ejercer el cargo de administrador –como consejero– de la sociedad ‘Radio Jaén, S.A.’, ‘(…) otorgándole poder expreso para el ejercicio del mismo, haciendo constar expresamente el señor compareciente, según interviene, que el nombrado no está incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad de las previstas en la legislación vigente’.

La registradora suspende la inscripción solicitada por entender que, debido al carácter permanente de la designación de la persona física representante y de su régimen de responsabilidad, es necesario que dicha persona física acepte la designación, conforme a los artículos 212 bis, 214, 215 y 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital y 58.2, 141, 143 y 192 del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de septiembre de 2010 y 18 de mayo de 2016. Además, considera que es a la persona física designada representante a la que corresponde realizar la manifestación sobre la ausencia de incompatibilidades a que se refiere el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital.

(…) Ciertamente, debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento –artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital–) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (como requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora en el Registro Mercantil –cfr. artículos 212 bis, apartado 2, de la Ley de Sociedades de Capital y 143 del Reglamento del Registro Mercantil–).

Es también cierto que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, pues en todo apoderamiento, al ser un acto unilateral que no comporta obligación alguna para el apoderado sino únicamente facultades por ejercitar, es de esencia que no sea necesaria dicha aceptación expresa y sea suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades. Por ello, en vía de principios, no sería necesaria la aceptación del designado cuando la designación de la persona natural representante de la sociedad nombrada administradora se realiza mediante apoderamiento. Pero no puede desconocerse que, con independencia del origen del vínculo representativo

entre la sociedad administradora y su representante persona física –representación voluntaria–, por disposición legal, los efectos de esa designación exceden del ámbito propio del mero apoderamiento para asimilarse –al menos en algunos aspectos, como son los relativos a requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador, así como deberes y responsabilidades del mismo– a los propios de la relación orgánica de administración, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer. Muestra de ello es que, a diferencia de los demás poderes (cfr. artículo 94.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil), la referida designación de persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora sino en la hoja de la administrada. Y, aunque se trata de una cuestión que, durante mucho tiempo, no ha sido objeto de regulación normativa expresa, debe entenderse que en la legislación vigente existen normas que, si bien podrían ser más claras, establecen específicamente, siquiera sea por asimilación y remisión al régimen del nombramiento de administradores, la necesidad de aceptación por la persona natural designada para ejercer las funciones propias del cargo de administrador para el que ha sido nombrada la sociedad.

Así resulta del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, que en su apartado 5 (introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que en este punto sigue una orientación análoga a la de legislaciones como la francesa –artículos L225-20 y L225-76 del ‘Code de Commerce’– y belga –artículo 2:55 del ‘Code des Sociétés’–, en cuanto disponen que el representante designado queda sometido a las mismas condiciones e incurrirá en las mismas responsabilidades que si ejercieran el cargo de administrador en nombre propio), establece que: ‘La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador’. Y si esta asimilación puede presentar problemas de interpretación, en cuanto podría dudarse si abarca únicamente los requisitos subjetivos para ser administrador así como los deberes de diligencia, lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses, así como las responsabilidades inherentes al cargo pero no los requisitos formales como es la aceptación, lo cierto es que del artículo 212 bis, apartado 2 ‘in fine’, de la misma ley se desprende inequívocamente la necesidad de aceptación por el representante persona física designado como requisito para su inscripción en el Registro, toda vez que del artículo 215 al que se remite resulta que sólo una vez aceptada se podrá presentar a inscripción esa designación y, además, ésta deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación. Por lo demás, esta previsión normativa es lógica si se tiene en cuenta la dificultad o imposibilidad que existiría para exigir la responsabilidad al designado representante persona física de la sociedad administradora mientras no constare la aceptación de aquél, especialmente por ejemplo en caso incumplimiento del deber de diligencia, no ya por los actos que pudiera realizar –de la que resultaría la aceptación tácita de la designación– sino como consecuencia de la omisión de actuaciones debidas.

4. Por último, las consideraciones anteriores no son trasladables a la manifestación de ausencia de incompatibilidades referidas en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital, que según sostiene en su calificación la registradora debe realizar la persona física designada representante. A falta de norma que expresamente imponga esa manifestación por el designado para la inscripción de la designación, ningún obstáculo existe para considerar suficiente la manifestación sobre tal extremo que realizada por el poderdante contiene la escritura calificada. Y es que en ninguna de las leyes aplicables en este caso, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos, se impone dicha manifestación por el designado. Por ello, debe revocarse el defecto invocado por la registradora en este punto.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, en cuanto al defecto relativo a la manifestación sobre ausencia de incompatibilidades, y desestimarlo en cuanto a la necesidad de aceptación expresa por la persona física designada representante, todo ello en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir los acuerdos de escisión parcial de una sociedad por ausencia de dos presupuestos esenciales (alteración patrimonial en la sociedad beneficiada, falta de la condición de unidad económica a las participaciones transmitidas). Estimación del recurso por la DGRN.*

Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2019, pp. 123300-123310)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281)

“(…) Mediante los acuerdos sociales que se formalizan en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso determinada sociedad de responsabilidad limitada se escinde parcialmente con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otra, del mismo tipo e íntegramente participada por aquélla, de una unidad económica consistente en la totalidad de las participaciones del capital de la propia sociedad beneficiaria. Asimismo, se reduce el capital social -y las reservas- de la sociedad beneficiaria y se adjudican a los socios de la sociedad escindida -en la proporción correspondiente- las mismas participaciones objeto de transmisión.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la operación formalizada carece de dos presupuestos esenciales para que exista el tipo jurídico regulado bajo el nombre de escisión en los artículos 68 a 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; primero, porque no se produce ninguna alteración en el patrimonio de la sociedad supuestamente beneficiada, pues la transmisión a ésta de todas sus participaciones

es nula por disposición del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, y efímera, ya que en la misma operación son entregadas a los socios de la sociedad supuestamente escindida; y, segundo, porque el objeto de toda escisión es un conjunto patrimonial que constituye una unidad económica de la sociedad escindida, pero difícilmente puede tener tal consideración el conjunto de participaciones de otra sociedad; además, el carácter causal de nuestro sistema exige la existencia de una causa en los negocios patrimoniales sujetos a inscripción, y en el presente caso, la única modificación económica producida respecto de la sociedad supuestamente escindida es el reparto de un activo (las mencionadas participaciones objeto de un curioso viaje de ida y vuelta) entre sus socios; y por lo que respecta a la sociedad supuestamente beneficiaria, el único efecto es la pérdida del carácter unipersonal, al estar ahora participada por los socios de su antiguo socio único.

(...) Según el artículo 70.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la escisión parcial consiste en ‘el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria’. A esta definición legal debe añadirse, y aun cuando en este recurso no se plantee cuestión sobre tal extremo, que es comúnmente admitido que la reducción del capital social de la sociedad escindida no es imprescindible si el traspaso se realiza, total o parcialmente, con cargo a reservas.

Lo esencial en la escisión parcial es que produzca una reestructuración de la sociedad para conseguir un mejor aprovechamiento de sus elementos, materiales, inmateriales y personales. Como expresa el Preámbulo de la Ley 3/2009, ésta disciplina ‘el régimen jurídico de las denominadas ‘modificaciones estructurales’, entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad’. Y esta Dirección General, en Resolución de 4 de octubre de 1994, ya puso de relieve que ‘institucionalmente, la escisión se caracteriza por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial correspondiente a la cuota de tales socios’.

Indudablemente, en el presente caso, las participaciones sociales que son objeto de la escisión cambian de sujeto de derecho, de la sociedad escindida a la beneficiaria, sin que -en contra de lo que afirma el registrador en su calificación- pueda entenderse que sea una adquisición nula por el hecho de que la sociedad beneficiaria adquiera sus propias participaciones, pues precisamente, el artículo 140.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital admite la licitud de la adquisición derivativa de sus propias participaciones por la sociedad cuando ‘formen parte de un patrimonio adquirido a título universal’, y, como ha quedado expuesto, en toda

escisión parcial el traspaso patrimonial que comporta se produce por sucesión universal. Esta licitud del negocio de adquisición de las propias participaciones se justifica porque la misma es instrumental respecto del fin perseguido con la operación jurídica de reestructuración societaria.

Tampoco puede compartirse el criterio que manifiesta el registrador cuando niega que las participaciones objeto de traspaso mediante la escisión constituyan una unidad económica de la sociedad escindida. El propio legislador lo admite en la figura de la denominada escisión financiera a la que se refiere el artículo 76.2.1.ºc) de la 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, según el cual tiene la consideración de escisión la operación por la cual ‘una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero (...)’.

Como resulta del proyecto de escisión la justificación económica de la misma es la reestructuración del grupo societario familiar con separación del negocio inmobiliario que se desarrolla mediante la sociedad beneficiaria respecto del negocio de prestación de servicios de ingeniería y otras actividades que se desarrollan por otras dos sociedades del mismo grupo. Se trata de separar los riesgos propios de cada actividad, con racionalización de recursos y de la toma de decisiones y gestión separada de cada negocio del grupo; de este modo, el negocio inmobiliario que desarrolla la sociedad beneficiaria deja de estar participado por la sociedad escindida para estar participado directamente por la familia y poder llevar a cabo así el relevo generacional en dicho negocio separadamente de las demás actividades del grupo societario. Y es que, como expresa en relación con una escisión financiera el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de diciembre de 2017 (Sala Tercera) ‘(...) en principio, nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que se asegure la continuidad familiar, al permitir que sean los hijos de los socios que llevaban la dirección de aquéllas los que continúen al frente de la actividad en el futuro’.

En definitiva, debe admitirse que una operación de reestructuración societaria como la analizada en el presente caso pueda llevarse a cabo como escisión parcial con las fundamentales ventajas de simplificación y con los efectos que se derivan de la disciplina establecida en la Ley 3/2009 respecto de la protección de socios y terceros, protección que, como afirma el recurrente, en el presente caso queda asegurada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una sociedad civil profesional de notarios.*

Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2019, pp. 123275-123283)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281)

“(…) Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la escritura de constitución de una sociedad profesional –‘stricto sensu’– de notarios.

(…) Es, por lo tanto, ese centro subjetivo de imputación del negocio jurídico en la propia sociedad profesional, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, lo que diferencia, en su naturaleza, la sociedad profesional, de las sociedades de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación.

(…) Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio y 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar ‘certidumbre jurídica’ la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo.

3. Interesa en el presente recurso hacer especial referencia a determinadas frases de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, ya antes transcritas, y que sin duda deben servir de guía en la resolución final de aquél, y que –cabe adelantar– ha de ser necesariamente de confirmación de la calificación recurrida: ‘(…) la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación (...)’. Pero,

previamente, deben dedicarse unas líneas descriptivas a la función notarial; más bien al estatuto jurídico del notario, del que es predicable, como es bien sabido, su inclusión dentro de las llamadas ‘relaciones de sujeción especial’, y del que cabe apuntar, siquiera someramente, algunos aspectos:

a) Esta Dirección General, en Resolución de 27 de febrero de 2018 (Sistema Notarial), ha indicado lo siguiente:

‘Primero.–En primer lugar, hay que partir de la base de que los Notarios tienen una doble condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho. Así lo señala el artículo 1 del Reglamento Notarial al establecer que los Notarios ‘...son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho (...). Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar’. Y en el mismo sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial añade que ‘el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado’.

Segundo.–De los dos artículos anteriores se deduce que es consustancial a la figura del Notario la labor de asesoramiento que en el desempeño de su función éste debe prestar, la cual no queda limitada, por tanto, a la mera dación de fe, pues ésta última sólo obedece a su condición de funcionario público. De esta doble condición, este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado que se deriva la distinción de dos tipos de responsabilidad: la disciplinaria, consustancial a su condición de funcionarios públicos, y la civil, como profesional de derecho.

La actuación del notario en materia de gestión correspondiente a la liquidación de impuestos, aun constituyendo una actividad desarrollada en el ámbito del asesoramiento notarial que se inicia antes de la autorización del documento y puede concluir con la liquidación tributaria del negocio contenido en el instrumento público y su inscripción en ciertos Registros públicos, singularmente el de la Propiedad o el Mercantil, constituye una actividad de naturaleza profesional y no funcionarial, cuya retribución no está regida por el arancel notarial –será la que libremente pacten notario y usuario–, y, por tanto, no sujeta al Reglamento Notarial; las controversias que puedan surgir en esta materia, sin perjuicio de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, corresponden a los Tribunales de Justicia ordinarios.

Tercero.–Por lo que respecta a la responsabilidad civil de la Notaria por los daños y perjuicios que su actuación pudiera causar, tanto en relación con la autorización del documento, como en lo que se refiere a la gestión del mismo, si bien el artículo 146 del Reglamento Notarial establece en su primer párrafo la responsabilidad civil del notario por los daños y perjuicios ocasionados en su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable (relación causal que ha de ser probada), es doctrina reiterada de la Dirección General de los

Registros y del Notariado que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en que haya podido incurrir un notario en el ejercicio de sus funciones, son materia cuyo conocimiento compete con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, (...)’.

b) Como se expresa correctamente en la calificación impugnada, la actividad –o actuación– del notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por el mismo ‘uti singuli’, y a él sólo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, pues la supuesta sociedad profesional no podría directamente, en modo alguno, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni se pueden atribuir a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal ámbito de la actividad notarial. Estando ésta –cabe añadir– rigurosamente regulada por ley y por entero sustraída a la autonomía de la voluntad, de modo que si la autorización de los documentos públicos por imperativo legal ha de realizarse bajo el sello, signo, firma y rúbrica del notario, tales exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de sociedades profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social.

c) Respecto de la condición del notario como profesional del Derecho hay que diferenciar, de una parte, el asesoramiento profesional ínsito en el ejercicio de su función pública e inescindible de la misma, toda vez que en el desempeño de su función de control de legalidad ha de asesorar siempre acerca de los medios lícitos para alcanzar las finalidades pretendidas por quienes reclamen su ministerio. Y, de otra, aquellas actuaciones que el notario puede también desarrollar pero que no se incardinan en su faceta de funcionario público, sino estrictamente en la de profesional del derecho, concurriendo con otros profesionales sin constituir función pública (vid. la citada Resolución –Sistema Notarial– de 27 de febrero de 2018). Actuaciones estas últimas –profesionales ‘stricto sensu’– que no aparecen, ni pueden aparecer reguladas, por el Reglamento Notarial ni por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, que son las normas definidoras del hacer del notario como funcionario público, pues esas relaciones entre el notario y el cliente escapan del ámbito funcional y, por tanto, de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales y de esta Dirección General, correspondiendo, en su caso, a los tribunales de Justicia ordinarios.

4. En definitiva, atendiendo –en tanto que nudo de la cuestión planteada– a la vertiente funcional del estatuto jurídico del notario (ordenado en la Ley y Reglamento notariales), ‘de lege lata’ es de todo punto imposible que esa función pueda ser ejercitada por una sociedad profesional en los términos que taxativamente prefigura la citada Ley 2/2007, y sin que el argumento expuesto en el recurso con base en una sesgada interpretación del artículo 5 de la misma sea admisible y desvirtúe el aserto principal, pues tal precepto pone el acento en la responsabilidad individual y ésta, en materia propia de la relación de sujeción especial predicable del notario, no puede ser más que individual: individual es su

responsabilidad disciplinaria, e individual es el seguro de responsabilidad civil que obligatoriamente tiene que tener concertado. Nada más.

Sin duda alguna, también es absolutamente cierto que al acuerdo de colaboración profesional, o convenio de notarios, a que hace referencia la escritura y para el que los otorgantes solicitaron y obtuvieron la preceptiva y reglamentaria autorización de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, es sólo eso; y nada tiene que ver con una sociedad profesional de las reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Todo ello al margen de consideraciones o repercusiones fiscales derivadas de tales convenios de colaboración, ajenas por completo a este recurso y en las que este Centro Directivo no puede entrar, si bien no es ocioso reseñar que para algún destacado mercantilista las sociedades civiles de notarios no son más que sociedades de comunicación de ganancias. Aspecto, este último, por completo ajeno al ámbito de este recurso y a las competencias de este Centro Directivo, y sobre el que nada procede indicar, pues la presente resolución solo ha de ceñirse a la cuestión que se suscita en la calificación que se recurre.

Por todo ello, y por las razones expresadas en el defecto segundo de la calificación impugnada, debe concluirse confirmando la negativa del registrador a la inscripción de la sedicente sociedad civil profesional de notarios objeto de la escritura calificada, lo que hace superfluo el análisis del primero de los defectos, que, por lo demás, según su informe habría quedado reducido a la cuestión relativa a la acreditación del número de colegiados de los notarios fundadores de la sociedad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir la escritura de constitución de una sociedad civil profesional de notarios.*

Resolución de la DGSJFP de 18 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2019, pp. 123275-123283)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16036](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16036)

“(…) Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la escritura de constitución de una sociedad profesional –‘stricto sensu’– de notarios.

(…) Es, por lo tanto, ese centro subjetivo de imputación del negocio jurídico en la propia sociedad profesional, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, desarrollados directamente bajo la razón o denominación social, lo que diferencia, en su naturaleza, la sociedad profesional, de las sociedades de medios, las de comunicación de ganancias y las de intermediación.

(…) Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo

y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio y 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar ‘certidumbre jurídica’ la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo.

3. Interesa en el presente recurso hacer especial referencia a determinadas frases de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2007, ya antes transcritas, y que sin duda deben servir de guía en la resolución final de aquél, y que –cabe adelantar– ha de ser necesariamente de confirmación de la calificación recurrida: ‘(...) la sociedad profesional objeto de esta Ley es aquella que se constituye en centro subjetivo de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, y, además, los actos propios de la actividad profesional de que se trate son ejecutados o desarrollados directamente bajo la razón o denominación social. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Ley las sociedades de medios, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; las sociedades de comunicación de ganancias; y las sociedades de intermediación (...)’. Pero, previamente, deben dedicarse unas líneas descriptivas a la función notarial; más bien al estatuto jurídico del notario, del que es predicable, como es bien sabido, su inclusión dentro de las llamadas ‘relaciones de sujeción especial’, y del que cabe apuntar, siquiera someramente, algunos aspectos:

a) Esta Dirección General, en Resolución de 27 de febrero de 2018 (Sistema Notarial), ha indicado lo siguiente:

‘Primero.–En primer lugar, hay que partir de la base de que los Notarios tienen una doble condición de funcionarios públicos y profesionales del Derecho. Así lo señala el artículo 1 del Reglamento Notarial al establecer que los Notarios ‘...son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho (...). Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar’. Y en el mismo sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial añade que ‘el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado’.

Segundo.–De los dos artículos anteriores se deduce que es consustancial a la figura del Notario la labor de asesoramiento que en el desempeño de su función

éste debe prestar, la cual no queda limitada, por tanto, a la mera dación de fe, pues ésta última sólo obedece a su condición de funcionario público. De esta doble condición, este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado que se deriva la distinción de dos tipos de responsabilidad: la disciplinaria, consustancial a su condición de funcionarios públicos, y la civil, como profesional de derecho.

La actuación del notario en materia de gestión correspondiente a la liquidación de impuestos, aun constituyendo una actividad desarrollada en el ámbito del asesoramiento notarial que se inicia antes de la autorización del documento y puede concluir con la liquidación tributaria del negocio contenido en el instrumento público y su inscripción en ciertos Registros públicos, singularmente el de la Propiedad o el Mercantil, constituye una actividad de naturaleza profesional y no funcionarial, cuya retribución no está regida por el arancel notarial –será la que libremente pacten notario y usuario–, y, por tanto, no sujeta al Reglamento Notarial; las controversias que puedan surgir en esta materia, sin perjuicio de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, corresponden a los Tribunales de Justicia ordinarios.

Tercero.–Por lo que respecta a la responsabilidad civil de la Notaria por los daños y perjuicios que su actuación pudiera causar, tanto en relación con la autorización del documento, como en lo que se refiere a la gestión del mismo, si bien el artículo 146 del Reglamento Notarial establece en su primer párrafo la responsabilidad civil del notario por los daños y perjuicios ocasionados en su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable (relación causal que ha de ser probada), es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que las cuestiones relativas a la responsabilidad civil en que haya podido incurrir un notario en el ejercicio de sus funciones, son materia cuyo conocimiento compete con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, (...)?

b) Como se expresa correctamente en la calificación impugnada, la actividad –o actuación– del notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por el mismo ‘uti singuli’, y a él sólo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, pues la supuesta sociedad profesional no podría directamente, en modo alguno, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni se pueden atribuir a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal ámbito de la actividad notarial. Estando ésta –cabe añadir– rigurosamente regulada por ley y por entero sustraída a la autonomía de la voluntad, de modo que si la autorización de los documentos públicos por imperativo legal ha de realizarse bajo el sello, signo, firma y rúbrica del notario, tales exigencias son inequívocamente incompatibles con la exigencia de la Ley de sociedades profesionales de que tales actos sean realizados directamente bajo la razón o denominación social.

c) Respecto de la condición del notario como profesional del Derecho hay que diferenciar, de una parte, el asesoramiento profesional ínsito en el ejercicio de su función pública e inescindible de la misma, toda vez que en el desempeño de su función de control de legalidad ha de asesorar siempre acerca de los medios lícitos

para alcanzar las finalidades pretendidas por quienes reclamen su ministerio. Y, de otra, aquellas actuaciones que el notario puede también desarrollar pero que no se incardinan en su faceta de funcionario público, sino estrictamente en la de profesional del derecho, concurriendo con otros profesionales sin constituir función pública (vid. la citada Resolución –Sistema Notarial– de 27 de febrero de 2018). Actuaciones estas últimas –profesionales ‘stricto sensu’– que no aparecen, ni pueden aparecer reguladas, por el Reglamento Notarial ni por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los notarios, que son las normas definidoras del hacer del notario como funcionario público, pues esas relaciones entre el notario y el cliente escapan del ámbito funcional y, por tanto, de las competencias de supervisión propias de las Juntas Directivas de los Colegios Notariales y de esta Dirección General, correspondiendo, en su caso, a los tribunales de Justicia ordinarios.

4. En definitiva, atendiendo –en tanto que nudo de la cuestión planteada– a la vertiente funcional del estatuto jurídico del notario (ordenado en la Ley y Reglamento notariales), ‘de lege lata’ es de todo punto imposible que esa función pueda ser ejercitada por una sociedad profesional en los términos que taxativamente prefigura la citada Ley 2/2007, y sin que el argumento expuesto en el recurso con base en una sesgada interpretación del artículo 5 de la misma sea admisible y desvirtúe el aserto principal, pues tal precepto pone el acento en la responsabilidad individual y ésta, en materia propia de la relación de sujeción especial predicable del notario, no puede ser más que individual: individual es su responsabilidad disciplinaria, e individual es el seguro de responsabilidad civil que obligatoriamente tiene que tener concertado. Nada más.

Sin duda alguna, también es absolutamente cierto que al acuerdo de colaboración profesional, o convenio de notarios, a que hace referencia la escritura y para el que los otorgantes solicitaron y obtuvieron la preceptiva y reglamentaria autorización de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, es sólo eso; y nada tiene que ver con una sociedad profesional de las reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Todo ello al margen de consideraciones o repercusiones fiscales derivadas de tales convenios de colaboración, ajenas por completo a este recurso y en las que este Centro Directivo no puede entrar, si bien no es ocioso reseñar que para algún destacado mercantilista las sociedades civiles de notarios no son más que sociedades de comunicación de ganancias. Aspecto, este último, por completo ajeno al ámbito de este recurso y a las competencias de este Centro Directivo, y sobre el que nada procede indicar, pues la presente resolución solo ha de ceñirse a la cuestión que se suscita en la calificación que se recurre.

Por todo ello, y por las razones expresadas en el defecto segundo de la calificación impugnada, debe concluirse confirmando la negativa del registrador a la inscripción de la sedicente sociedad civil profesional de notarios objeto de la escritura calificada, lo que hace superfluo el análisis del primero de los defectos, que, por lo demás, según su informe habría quedado reducido a la cuestión relativa a la acreditación del número de colegiados de los notarios fundadores de la sociedad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir los acuerdos de escisión parcial de una sociedad por ausencia de dos presupuestos esenciales (alteración patrimonial en la sociedad beneficiada, falta de la condición de unidad económica a las participaciones transmitidas). Estimación del recurso por la DGSJFP.*

Resolución de la DGSJFP de 19 de septiembre de 2019 (BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2019, pp. 123300-123310)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16038](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16038)

“(…) Mediante los acuerdos sociales que se formalizan en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso determinada sociedad de responsabilidad limitada se escinde parcialmente con transmisión en bloque y por sucesión universal en favor de otra, del mismo tipo e íntegramente participada por aquélla, de una unidad económica consistente en la totalidad de las participaciones del capital de la propia sociedad beneficiaria. Asimismo, se reduce el capital social -y las reservas- de la sociedad beneficiaria y se adjudican a los socios de la sociedad escindida -en la proporción correspondiente- las mismas participaciones objeto de transmisión.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, la operación formalizada carece de dos presupuestos esenciales para que exista el tipo jurídico regulado bajo el nombre de escisión en los artículos 68 a 80 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; primero, porque no se produce ninguna alteración en el patrimonio de la sociedad supuestamente beneficiada, pues la transmisión a ésta de todas sus participaciones es nula por disposición del artículo 140 de la Ley de Sociedades de Capital, y efímera, ya que en la misma operación son entregadas a los socios de la sociedad supuestamente escindida; y, segundo, porque el objeto de toda escisión es un conjunto patrimonial que constituye una unidad económica de la sociedad escindida, pero difícilmente puede tener tal consideración el conjunto de participaciones de otra sociedad; además, el carácter causal de nuestro sistema exige la existencia de una causa en los negocios patrimoniales sujetos a inscripción, y en el presente caso, la única modificación económica producida respecto de la sociedad supuestamente escindida es el reparto de un activo (las mencionadas participaciones objeto de un curioso viaje de ida y vuelta) entre sus socios; y por lo que respecta a la sociedad supuestamente beneficiaria, el único efecto es la pérdida del carácter unipersonal, al estar ahora participada por los socios de su antiguo socio único.

(…) Según el artículo 70.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la escisión parcial consiste en ‘el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva

creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria'. A esta definición legal debe añadirse, y aun cuando en este recurso no se plantee cuestión sobre tal extremo, que es comúnmente admitido que la reducción del capital social de la sociedad escindida no es imprescindible si el traspaso se realiza, total o parcialmente, con cargo a reservas.

Lo esencial en la escisión parcial es que produzca una reestructuración de la sociedad para conseguir un mejor aprovechamiento de sus elementos, materiales, inmateriales y personales. Como expresa el Preámbulo de la Ley 3/2009, ésta disciplina 'el régimen jurídico de las denominadas 'modificaciones estructurales', entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad'. Y esta Dirección General, en Resolución de 4 de octubre de 1994, ya puso de relieve que 'institucionalmente, la escisión se caracteriza por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial correspondiente a la cuota de tales socios'.

Indudablemente, en el presente caso, las participaciones sociales que son objeto de la escisión cambian de sujeto de derecho, de la sociedad escindida a la beneficiaria, sin que -en contra de lo que afirma el registrador en su calificación- pueda entenderse que sea una adquisición nula por el hecho de que la sociedad beneficiaria adquiera sus propias participaciones, pues precisamente, el artículo 140.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital admite la licitud de la adquisición derivativa de sus propias participaciones por la sociedad cuando 'formen parte de un patrimonio adquirido a título universal', y, como ha quedado expuesto, en toda escisión parcial el traspaso patrimonial que comporta se produce por sucesión universal. Esta licitud del negocio de adquisición de las propias participaciones se justifica porque la misma es instrumental respecto del fin perseguido con la operación jurídica de reestructuración societaria.

Tampoco puede compartirse el criterio que manifiesta el registrador cuando niega que las participaciones objeto de traspaso mediante la escisión constituyan una unidad económica de la sociedad escindida. El propio legislador lo admite en la figura de la denominada escisión financiera a la que se refiere el artículo 76.2.1.ºc) de la 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, según el cual tiene la consideración de escisión la operación por la cual 'una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniendo en su patrimonio, al menos, participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital

social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero (...)?

Como resulta del proyecto de escisión la justificación económica de la misma es la reestructuración del grupo societario familiar con separación del negocio inmobiliario que se desarrolla mediante la sociedad beneficiaria respecto del negocio de prestación de servicios de ingeniería y otras actividades que se desarrollan por otras dos sociedades del mismo grupo. Se trata de separar los riesgos propios de cada actividad, con racionalización de recursos y de la toma de decisiones y gestión separada de cada negocio del grupo; de este modo, el negocio inmobiliario que desarrolla la sociedad beneficiaria deja de estar participado por la sociedad escindida para estar participado directamente por la familia y poder llevar a cabo así el relevo generacional en dicho negocio separadamente de las demás actividades del grupo societario. Y es que, como expresa en relación con una escisión financiera el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de diciembre de 2017 (Sala Tercera) ‘(...) en principio, nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que se asegure la continuidad familiar, al permitir que sean los hijos de los socios que llevaban la dirección de aquéllas los que continúen al frente de la actividad en el futuro’.

En definitiva, debe admitirse que una operación de reestructuración societaria como la analizada en el presente caso pueda llevarse a cabo como escisión parcial con las fundamentales ventajas de simplificación y con los efectos que se derivan de la disciplina establecida en la Ley 3/2009 respecto de la protección de socios y terceros, protección que, como afirma el recurrente, en el presente caso queda asegurada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir un representante persona física de una sociedad de responsabilidad limitada por dos motivos: primero, falta de aceptación del representante y, segundo, falta de manifestación de la ausencia de incompatibilidades. Desestimación del recurso en la primera casusa y estimación en la segunda.*

Resolución de la DGSJFP de 20 de septiembre de 2019 (BOE núm. 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 124573-124577)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16281)

“(…) Mediante la escritura cuya calificación es objeto de impugnación, otorgada únicamente por el consejero delegado de la ‘Sociedad Española de Radiodifusión, S.L.’, sociedad unipersonal, el mismo designa una persona física representante de dicha sociedad para ejercer el cargo de administrador –como consejero– de la

sociedad ‘Radio Jaén, S.A.’, ‘(...) otorgándole poder expreso para el ejercicio del mismo, haciendo constar expresamente el señor compareciente, según interviene, que el nombrado no está incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad de las previstas en la legislación vigente’.

La registradora suspende la inscripción solicitada por entender que, debido al carácter permanente de la designación de la persona física representante y de su régimen de responsabilidad, es necesario que dicha persona física acepte la designación, conforme a los artículos 212 bis, 214, 215 y 236.5 de la Ley de Sociedades de Capital y 58.2, 141, 143 y 192 del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones de esta Dirección General de 22 de septiembre de 2010 y 18 de mayo de 2016. Además, considera que es a la persona física designada representante a la que corresponde realizar la manifestación sobre la ausencia de incompatibilidades a que se refiere el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital.

(...) Ciertamente, debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento –artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital–) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (como requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora en el Registro Mercantil –cfr. artículos 212 bis, apartado 2, de la Ley de Sociedades de Capital y 143 del Reglamento del Registro Mercantil–).

Es también cierto que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, pues en todo apoderamiento, al ser un acto unilateral que no comporta obligación alguna para el apoderado sino únicamente facultades por ejercitar, es de esencia que no sea necesaria dicha aceptación expresa y sea suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades. Por ello, en vía de principios, no sería necesaria la aceptación del designado cuando la designación de la persona natural representante de la sociedad nombrada administradora se realiza mediante apoderamiento. Pero no puede desconocerse que, con independencia del origen del vínculo representativo entre la sociedad administradora y su representante persona física –representación voluntaria–, por disposición legal, los efectos de esa designación exceden del ámbito propio del mero apoderamiento para asimilarse –al menos en algunos aspectos, como son los relativos a requisitos legales establecidos para acceder al cargo de administrador, así como deberes y responsabilidades del mismo– a los propios de la relación orgánica de administración, dada la naturaleza de las funciones propias del cargo de administrador que la persona física designada debe ejercer. Muestra de ello es que, a diferencia de los demás poderes (cfr. artículo 94.1.5.º del Reglamento del Registro Mercantil), la referida designación de persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora sino en la hoja de la administrada. Y, aunque se trata de una cuestión que, durante mucho tiempo, no ha sido objeto de regulación normativa expresa, debe entenderse que en la legislación vigente existen normas que, si bien

podrían ser más claras, establecen específicamente, siquiera sea por asimilación y remisión al régimen del nombramiento de administradores, la necesidad de aceptación por la persona natural designada para ejercer las funciones propias del cargo de administrador para el que ha sido nombrada la sociedad.

Así resulta del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, que en su apartado 5 (introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que en este punto sigue una orientación análoga a la de legislaciones como la francesa –artículos L225-20 y L225-76 del ‘Code de Commerce’– y belga – artículo 2:55 del ‘Code des Sociétés’–, en cuanto disponen que el representante designado queda sometido a las mismas condiciones e incurrirá en las mismas responsabilidades que si ejercieran el cargo de administrador en nombre propio), establece que: ‘La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador’. Y si esta asimilación puede presentar problemas de interpretación, en cuanto podría dudarse si abarca únicamente los requisitos subjetivos para ser administrador así como los deberes de diligencia, lealtad y de evitar situaciones de conflicto de intereses, así como las responsabilidades inherentes al cargo pero no los requisitos formales como es la aceptación, lo cierto es que del artículo 212 bis, apartado 2 ‘in fine’, de la misma ley se desprende inequívocamente la necesidad de aceptación por el representante persona física designado como requisito para su inscripción en el Registro, toda vez que del artículo 215 al que se remite resulta que sólo una vez aceptada se podrá presentar a inscripción esa designación y, además, ésta deberá presentarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación. Por lo demás, esta previsión normativa es lógica si se tiene en cuenta la dificultad o imposibilidad que existiría para exigir la responsabilidad al designado representante persona física de la sociedad administradora mientras no constare la aceptación de aquél, especialmente por ejemplo en caso incumplimiento del deber de diligencia, no ya por los actos que pudiera realizar – de la que resultaría la aceptación tácita de la designación- sino como consecuencia de la omisión de actuaciones debidas.

4. Por último, las consideraciones anteriores no son trasladables a la manifestación de ausencia de incompatibilidades referidas en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital, que según sostiene en su calificación la registradora debe realizar la persona física designada representante. A falta de norma que expresamente imponga esa manifestación por el designado para la inscripción de la designación, ningún obstáculo existe para considerar suficiente la manifestación sobre tal extremo que realizada por el poderdante contiene la escritura calificada. Y es que en ninguna de las leyes aplicables en este caso, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, y la Ley 3/2005, de 8 de abril, de incompatibilidades de altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de declaración de actividades, bienes e intereses de altos cargos y otros cargos públicos, se impone dicha manifestación

por el designado. Por ello, debe revocarse el defecto invocado por la registradora en este punto.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, en cuanto al defecto relativo a la manifestación sobre ausencia de incompatibilidades, y desestimarle en cuanto a la necesidad de aceptación expresa por la persona física designada representante, todo ello en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [P.G.P.]

*Negativa al depósito de cuentas de una sociedad por la forma de convocatoria de la Junta General que ha adoptado los acuerdos objeto de calificación.*

Resolución de la DGSJFP de 2 de octubre de 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2019, pp. 125809-125813)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16375](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16375)

“(…) En este expediente debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa del registrador Mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la junta general que ha adoptado los acuerdos objeto de la certificación calificada (‘mediante burofax de fecha 17 de mayo de 2019’, según afirma el certificante) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales (‘por medio de carta certificada con aviso de recibo’).

2. Según doctrina reiterada de esta Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (...), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral.

Estas afirmaciones se apoyan en el hecho de que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad (...).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001).

No obstante, en Resolución de 24 de noviembre de 1999 este Centro Directivo, con evidente pragmatismo, también ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una junta general convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente, por cuanto, en definitiva, se notificó por el Juzgado al socio no asistente con una eficacia equivalente a la que hubiera tenido el traslado que le hubieran hecho los administradores por correo certificado, que era el procedimiento previsto en los estatutos. En tal decisión se puso de relieve la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales (...).

3. Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de carta certificada con aviso de recibo determinan las características concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación (vid., por todas, las Resoluciones de 31 de octubre de 2001, 1 de octubre de 2013 y 21 de octubre de 2015). Es así porque los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados (...).

Según los razonamientos anteriores, podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (habida cuenta de la rápida recepción del burofax por los destinatarios, sin que ello pueda predicarse de la misma forma de la comunicación por carta certificada con aviso de recibo; diferencia que adquiere importancia, dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción -artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital-). Lo que ocurre en el presente caso es que en la certificación de los acuerdos sociales se expresa únicamente que la convocatoria se realizó ‘mediante burofax’, sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [M.V.S.]

*Negativa al depósito de cuentas de una sociedad por la forma de convocatoria de la Junta General que ha adoptado los acuerdos objeto de calificación.*

Resolución de la DGSJFP de 3 de octubre de 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2019, pp. 125853-125857)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16381](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16381)

“(…) En este expediente debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa del registrador Mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la junta general que ha adoptado los acuerdos objeto de la certificación calificada (‘mediante burofax de fecha 17 de mayo de 2019’, según afirma el certificador) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales (‘por medio de carta certificada con aviso de recibo’).

2. Según doctrina reiterada de esta Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (...), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral.

Estas afirmaciones se apoyan en el hecho de que, como ha puesto de relieve este Centro Directivo, los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad (...).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001).

No obstante, en Resolución de 24 de noviembre de 1999 este Centro Directivo, con evidente pragmatismo, también ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una junta general convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente, por cuanto, en definitiva, se notificó por el Juzgado al socio no asistente con una eficacia equivalente a la que hubiera tenido el traslado que le hubieran hecho los administradores por correo certificado, que era el procedimiento previsto en los estatutos. En tal decisión se puso de relieve la indudable conveniencia del mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo, así como la necesidad de facilitar la fluidez del tráfico jurídico, evitando la reiteración de trámites y costes innecesarios, que no proporcionen garantías adicionales (...).

3. Cuando los estatutos concretan como forma de convocatoria de la junta general el envío de carta certificada con aviso de recibo determinan las características

concretas de la comunicación de la convocatoria, sin que sea competencia del órgano de administración su modificación (vid., por todas, las Resoluciones de 31 de octubre de 2001, 1 de octubre de 2013 y 21 de octubre de 2015). Es así porque los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados (...).

Según los razonamientos anteriores, podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (habida cuenta de la rápida recepción del burofax por los destinatarios, sin que ello pueda predicarse de la misma forma de la comunicación por carta certificada con aviso de recibo; diferencia que adquiere importancia, dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción -artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital-). Lo que ocurre en el presente caso es que en la certificación de los acuerdos sociales se expresa únicamente que la convocatoria se realizó ‘mediante burofax’, sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [M.V.S.]

*Negativa al depósito de cuentas de una sociedad por la forma de convocatoria de la Junta General que ha adoptado los acuerdos objeto de calificación.*

Resolución de la DGSJFP de 4 de octubre de 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2019, pp. 125897-125901)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16385](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16385)

“(…) En este expediente debe decidirse si es o no fundada la calificación negativa del registrador Mercantil por la que considera que la forma de convocatoria de la junta general que ha adoptado los acuerdos objeto de la certificación calificada (‘mediante burofax de fecha 17 de mayo de 2019’, según afirma el certificador) no se ajusta a lo establecido en los estatutos sociales (‘por medio de carta certificada con aviso de recibo’).

2. Según doctrina reiterada de esta Dirección General, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta general de socios dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (...), de suerte que la forma que

para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral (...).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001).

No obstante, en Resolución de 24 de noviembre de 1999 este Centro Directivo, con evidente pragmatismo, también ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una junta general convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente, por cuanto, en definitiva, se notificó por el Juzgado al socio no asistente con una eficacia equivalente a la que hubiera tenido el traslado que le hubieran hecho los administradores por correo certificado, que era el procedimiento previsto en los estatutos (...).

(...) Según los razonamientos anteriores, podría admitirse que la convocatoria se hubiera realizado mediante burofax con certificación del acuse de recibo, por ser un sistema equivalente a la remisión de carta certificada con aviso de recibo y que permite al socio disponer de más plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (habida cuenta de la rápida recepción del burofax por los destinatarios, sin que ello pueda predicarse de la misma forma de la comunicación por carta certificada con aviso de recibo; diferencia que adquiere importancia, dado que la antelación con que debe ser convocada la junta se computa desde la fecha en que se remite el anuncio, y no desde su recepción –artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital–). Lo que ocurre en el presente caso es que en la certificación de los acuerdos sociales se expresa únicamente que la convocatoria se realizó ‘mediante burofax’, sin que nada se acredite ni se exprese sobre el acuse de recibo de dicha comunicación. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [M.V.S.]

*Denegación de la anotación de embargo sobre la propiedad de un vehículo.*

Resolución de la DGSJFP de 7 de octubre de 2019 (BOE núm. 274, de 14 de noviembre de 2019, pp. 125942-125946)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16389](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16389)

“(…) Se debate en el presente recurso si puede practicarse anotación de embargo administrativo contra el vehículo del comprador existiendo reserva de dominio

inscrita en el Registro de Bienes Muebles y no cancelada. El recurrente alega que el procedimiento ejecutivo de recaudación se dirige contra el titular real del vehículo, dado que la presunción de propiedad del bien a favor de ‘Santander Consumer Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S.A.’ queda resuelta con la manifestación expresa de la interesada de fecha 22 de febrero de 2019 al haber vendido la operación de financiación a ‘Luna Iberian Investymts, LTD’, gestionado por la sociedad ‘Paratus Ame España, S.A.’ y aquella a su vez vendió la cartera de créditos a la entidad ‘Lindorff Holding Spain, S.L.U.’ el día 12 de junio de 2014, quien comunicó la renuncia a la reserva de dominio del vehículo. La registradora entiende que constando inscrita una reserva de dominio a favor de ‘Santander Consumer Finance, Establecimiento Financiero de Crédito, S.A.’, no se practica la anotación preventiva de embargo ordenada por no dirigirse el procedimiento contra el titular de dicha reserva (...).

2. En relación con la primera cuestión, dispone el artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles lo siguiente: ‘1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer (...), será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente. La inscripción se practicará sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa sobre su situación fiscal (...). 2. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo’.

A su vez, en desarrollo de este precepto dispone el artículo 24 de la Ordenanza del Registro (verdadero reglamento del Registro de Bienes Muebles) que ‘a todos los efectos legales se presumirá que los derechos y garantías inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma que resulte del Registro. Igualmente, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos calificados e inscritos son válidos. Como consecuencia de ello no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de bienes muebles o de derechos inscritos sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (...).

A su vez el artículo 27 de la Ordenanza dispone que ‘recibido en el Registro un mandamiento de embargo o de demanda sobre bienes muebles inscritos, el Registrador tomará anotación preventiva en la hoja correspondiente. Si la demanda o embargo estuvieran dirigidos contra personas distintas de los titulares de derechos inscritos, el Registrador denegará la anotación y comunicará, mediante certificación al Juez, Tribunal o autoridad que hubiera decretado la anotación, que el bien o derecho figura inscrito a favor de persona distinta del deudor o demandado’ (...).

5. En el supuesto de hecho de este expediente se pretende embargar el vehículo, sin distinción (por tanto, el pleno dominio), existiendo reserva de dominio

inscrita, sin matizar el mandamiento de embargo que se embarga la posición jurídica del comprador (lo que facilitaría la anotación del embargo ordenado, al preservar la posición jurídica del financiador con reserva de dominio inscrita a su favor).

Tampoco consta fehacientemente la renuncia a la reserva de dominio del financiador, ni su cancelación en virtud de los modelos al efecto aprobados por esta Dirección General mediante resolución de 21 de febrero de 2017. No basta en este sentido la mera manifestación de la interesada ni la explicación no acreditada documentalmente de forma fehaciente de las transmisiones de carteras del crédito garantizado con la reserva de dominio. Para la cancelación de la reserva de dominio es preciso un documento suscrito por la financiera a cuyo favor figura la reserva de dominio debidamente firmado en nombre de la misma por persona facultada y con algún sistema añadido que garantice la autenticidad de su firma.

En consecuencia, estando vigente la reserva de dominio y no habiéndose limitado el mandamiento de embargo a la posición jurídica del comprador, procede confirmar la nota de calificación.

Por lo que esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir el nombramiento de auditor de cuentas de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 23 de octubre de 2019 (BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 2019, pp. 128877-128879)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16838](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16838)

“(…) En el supuesto del presente recurso el registrador suspende la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas porque, a su juicio, es necesario realizar para ello una provisión de fondos de conformidad con lo establecido por el artículo 426 del Reglamento del Registro Mercantil (...).

2. Según el artículo 426.1 del Reglamento del Registro Mercantil, ‘el coste de la publicación en la sección 1.ª del Boletín Oficial del Registro Mercantil será satisfecho por los interesados, quienes, a estos efectos, deberán anticipar los fondos necesarios al Registrador Mercantil a quien soliciten la inscripción’, añadiéndose en el segundo párrafo que ‘la falta de la oportuna provisión tendrá la consideración de defecto subsanable’. Aparte las indicaciones transcritas, la normativa registral no contiene excepción alguna respecto de la publicación de la inscripción del nombramiento de auditores de cuentas a solicitud de la minoría.

Esta Dirección General no puede compartir el criterio de las recurrentes según el cual los gastos registrales deben ser sufragados por la sociedad conforme al artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Ciertamente, según este precepto legal, en su apartado 2, ‘en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio (...)’. Pero, aun cuando los gastos de la auditoría sean de cuenta de la sociedad, debe tenerse en cuenta que entre tales gastos no están incluidos los honorarios del registrador Mercantil por dicho nombramiento, los cuales serán de cargo del socio solicitante (sin prejuzgar si es o no posible que sean repercutidos por éste a la sociedad), de modo que se puede exigir la correspondiente provisión de fondos para su preceptiva publicación en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de una entidad. Derecho de separación.*

Resolución de la DGSJFP de 24 de octubre de 2019 (BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 2019, pp. 128908-128918)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16842](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16842)

“(…) Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se eleva a público el acuerdo adoptado en junta general de una sociedad anónima por el que se modifican los estatutos sociales, de modo que se dispone que ‘no constituirá causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis (apartados 1 y 4) de la Ley de Sociedades de Capital’. Dado que el acuerdo no fue aprobado por todos los socios, a la socia que votó en contra de aquél se le reconoció el derecho a separarse de la sociedad, conforme al apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que podría ejercitar en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la comunicación sobre tal derecho. El reconocimiento de este derecho de separación del accionista que no votó a favor de la modificación estatutaria se sometió también a votación, con idéntico resultado. En la referida escritura se hace constar que el mismo día de la celebración de la junta general que adoptó tal acuerdo de modificación estatutaria se notificó a la accionista que no votó a favor del mismo el derecho de separación que se asiste, que no ha ejercitado.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que debe votarse tanto sobre la supresión de la causa de separación legal por falta de distribución de beneficios como –previamente– sobre si se reconoce o no a los socios discrepantes con tal modificación estatutaria un derecho de separación específico cuyo régimen concreto debe determinarse por la junta misma, y el reconocimiento de este último derecho de separación debe ser también incluido en el orden del día de la junta.

El recurrente alega, en síntesis, que el derecho de separación que se reconoce al socio que vota en contra de la supresión del derecho de separación por falta de reparto de dividendos constituye una causa legal y no estatutaria de separación, por lo que no es necesario que conste en el orden del día de la junta y su régimen es el establecido en general en el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital.

(...) Entre las modificaciones introducidas en el citado artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, interesa en este expediente la que determina expresamente el carácter dispositivo de la norma, al admitir que en los estatutos se suprima o modifique la causa legal de separación a que se refiere dicho precepto. Por lo demás, dicha supresión o modificación estatutaria requiere consentimiento de todos los socios, en consonancia con la exigencia respecto toda modificación estatutaria que afecte a los derechos individuales de los socios (cfr., entre otros, los artículos 89, 291, 292 –éste siquiera sea por analogía, por referirse únicamente a sociedades de responsabilidad limitada–, 347.2 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital). No obstante, para evitar el abuso de las minorías –que con su negativa a prestar su consentimiento podrían impedir la supresión o modificación de la referida causa de separación– se arbitra por el legislador un sistema de tutela alternativo como es el reconocimiento del derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo de modificación estatutaria (sistema que se enmarca en el más general que contempla el derecho de separación como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.–bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc.–, entre otros supuestos; y, en general, para evitar vinculaciones opresivas). Y la interpretación de esta última medida tuitiva es lo que constituye el objeto de controversia en el presente expediente.

Respecto de dicha interpretación, debe tenerse en cuenta como antecedente prelegislativo de la norma la Proposición de Ley para modificar el citado artículo 348 bis presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el 28 de noviembre de 2017, la cual –aun retirada posteriormente el 11 de septiembre de 2018– justificaba una disposición idéntica a la actualmente vigente del apartado 2 del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en los siguientes términos: ‘Se condiciona la aplicación del artículo a la ausencia de

disposiciones estatutarias en sentido contrario; así, será una norma dispositiva más que imperativa y se aplicaría el principio de autonomía de las partes que recoge el artículo 28 LSC. Simultáneamente, se exige unanimidad para la aprobación de dichas disposiciones estatutarias, reconociendo, en su defecto, el derecho de separación de los socios que hayan votado en contra (asimilándolo a otras causas de separación previstas en el artículo 346 LSC)’.

Si la norma objeto de debate en este recurso es entendida a la luz de tal precedente, así como atendiendo a los criterios hermenéuticos gramatical, lógico y teleológico no cabe sino confirmar el criterio mantenido por el recurrente. El reconocimiento explícito del derecho de separación que en la junta general se ha hecho en favor de la socia que ha votado en contra de la modificación estatutaria de supresión del ‘ius separationis’ por falta de distribución de dividendos tiene inequívoca base en la norma legal y esta circunstancia tiene como consecuencia que tal reconocimiento no requiera una mención específica en el orden del día de la junta (a mayor abundamiento, el complemento de la convocatoria solicitado por la misma socia minoritaria revela que no se le ha impedido que tuviera un cabal conocimiento de tal reconocimiento como uno de los asuntos sobre los fue llamada a pronunciarse). Y, por la misma razón, no puede entenderse que exista falta de determinación del derecho de separación reconocido por la mayoría en favor de la socia discrepante, pues se fija claramente el plazo de su ejercicio y –precisamente por tener base legal ese reconocimiento– los demás aspectos de su régimen jurídico tienen acomodo en las normas generales sobre el derecho de separación (cfr. artículos 348, 349 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad para fijar otros lugares alternativos al domicilio social para celebrar las juntas generales.*

Resolución de la DGSJFP de 30 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130129-130136)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17051](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17051)

“(…) Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se modifican los estatutos de una sociedad anónima para establecer que ‘las juntas generales se celebrarán en cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad tenga su domicilio (...)’.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, ‘la posibilidad establecida en el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital para fijar otros lugares alternativos de celebración de la junta distintos de aquel en que la sociedad

tenga su domicilio social, debe entenderse limitada a la fijación de otros términos municipales, o espacios menores, perfectamente determinados, sin posibilidad de que la sociedad pueda decidir libremente el lugar de celebración de la junta dentro de un ámbito geográfico mayor como puede ser una comunidad autónoma (...)'.

2. Según el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital, 'salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social' (...).

Es indudable que los estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la junta en otro término municipal distinto al del domicilio social. Pero, como puso de relieve esta Dirección General en las Resoluciones de 19 de marzo y 30 de septiembre de 2014 y 3 de octubre de 2016, dos son las circunstancias que limitan el ámbito de modificación de las previsiones legales: por un lado el lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar debidamente determinado; por otro, el lugar debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo (...).

3. A la luz de las anteriores consideraciones resulta con claridad que la cláusula estatutaria debatida excede de las limitaciones derivadas de la interpretación que del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene esta Dirección General (...).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada". [M.V.S.]

*Negativa a inscribir determinada disposición de los estatutos de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 31 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130180-130184)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17056](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17056)

“(…) En este expediente debe decidirse si es o no inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión.

A juicio del registrador, dicha disposición -y, por ende, todo el artículo de los estatutos dedicado al consejo de administración- no es inscribible porque no deja a salvo la mayoría establecida en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital para el nombramiento de consejeros delegados.

El recurrente alega que no es necesaria dicha salvedad porque el citado precepto legal es imperativo (...).

Concretamente, en supuestos análogos al presente este centro Directivo, en Resoluciones de 8 y 9 de junio de 2000, ya puso de relieve que la cláusula por la que se dispone que el consejo de administración adoptará sus acuerdos por mayoría de votos válidamente emitidos que representen al menos la mitad más uno de los miembros concurrentes, en cuanto no contiene salvedad alguna, contradice directamente una norma legal imperativa que impone una mayoría cualificada para determinado acuerdo como el de nombramiento de consejeros delegados, por lo que no se trata de uno de los supuestos en que una regulación estatutaria incompleta puede ser integrada directamente por la norma imperativa no recogida en los estatutos sociales.

En consecuencia, dado el carácter inderogable de la previsión del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital así como la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales (y también del correspondiente instrumento público en que los mismos se basan -cfr. artículos 147 y 148 del Reglamento Notarial), en función del alcance ‘erga omnes’ de sus pronunciamientos, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida que, al no exceptuar la hipótesis apuntada, generaría en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), la duda sobre cuál sería la efectiva mayoría exigida para el nombramiento de consejero delegado. Por ello, no puede entenderse cumplida la norma del artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual: ‘En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría’.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una modificación en la mayoría para adoptar acuerdos en el consejo de administración por no dejarse a salvo la mayoría para el nombramiento de consejeros delegados.*

Resolución de la DGSJFP de 31 de octubre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130185-130189)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17057](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17057)

“(…) En este expediente debe decidirse si es o no inscribible la disposición de los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada según la cual los acuerdos

del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión.

A juicio del registrador, dicha disposición -y, por ende, todo el artículo de los estatutos dedicado al consejo de administración- no es inscribible porque no deja a salvo la mayoría establecida en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital para el nombramiento de consejeros delegados.

El recurrente alega que no es necesaria dicha salvedad porque el citado precepto legal es imperativo.

2. La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. las Resoluciones citadas en los ‘Vistos’ de la presente). Como ya expresara la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, uno de los postulados generales que han servido de base al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada hace referencia al carácter híbrido de la misma, de modo que en la forma legal de este tipo social deben convivir en armonía elementos personalistas y elementos capitalistas. Asimismo, otro de los postulados basilares de dicha disciplina legal es el de la flexibilidad del régimen jurídico, a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias. Por ello, al imprescindible mínimo imperativo se añade un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada que los socios pueden derogar mediante las oportunas previsiones estatutarias.

Concretamente, en supuestos análogos al presente este centro Directivo, en Resoluciones de 8 y 9 de junio de 2000, ya puso de relieve que la cláusula por la que se dispone que el consejo de administración adoptará sus acuerdos por mayoría de votos válidamente emitidos que representen al menos la mitad más uno de los miembros concurrentes, en cuanto no contiene salvedad alguna, contradice directamente una norma legal imperativa que impone una mayoría cualificada para determinado acuerdo como el de nombramiento de consejeros delegados, por lo que no se trata de uno de los supuestos en que una regulación estatutaria incompleta puede ser integrada directamente por la norma imperativa no recogida en los estatutos sociales.

En consecuencia, dado el carácter inderogable de la previsión del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital así como la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales (y también del correspondiente instrumento público en que los mismos se basan -cfr. artículos 147 y 148 del Reglamento Notarial), en función del alcance ‘erga omnes’ de sus pronunciamientos, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida que, al no exceptuar la hipótesis apuntada, generaría en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), la duda sobre cuál sería la efectiva mayoría exigida para el nombramiento de consejero delegado. Por ello, no puede entenderse cumplida la norma del artículo 245.2 de la Ley de Sociedades de Capital, según el cual: ‘En la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo de

administración, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría’.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir la disolución de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 5 de noviembre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130219-130232)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17061](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17061)

“(…) Al margen de la mayor o menor precisión de los términos expresados en el escrito de recurso a los que se refiere el registrador accidental en su informe, es indudable que lo único que debe decidirse en este expediente (y a ello limita el mismo recurrente su impugnación) es si son o no inscribibles los acuerdos de disolución de la sociedad ‘Gran Tibidabo, S.A.’ –conforme a los artículos 363.1.a) y 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital– y nombramiento de liquidadores adoptados en la junta general de accionistas de 27 de mayo de 2019.

La registradora Mercantil se opone a dicha inscripción porque, a su juicio, al resultar inscritas la declaración de quiebra de la sociedad y la aprobación del convenio de acreedores, deberán inscribirse previa o simultáneamente a la referida escritura de disolución y nombramiento de liquidadores de la sociedad las resoluciones judiciales firmes dictadas en el procedimiento relativas al cumplimiento (en la que se ordene la cancelación de los asientos registrales correspondientes al procedimiento de quiebra por el íntegro cumplimiento del convenio) o incumplimiento del convenio que fue aprobado con los acreedores (que comporta la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo), así como, en su caso, todas las resoluciones judiciales previas de trascendencia registral.

El recurrente alega, en síntesis, que la subsistencia de la inscripción de quiebra mientras esté pendiente el cumplimiento del convenio no impide que la sociedad pueda entrar en causa voluntaria o legal de disolución e inscribir los documentos correspondientes en el Registro Mercantil; que la aprobación judicial del convenio conlleva el cese todos los efectos de la declaración de quiebra o concurso y por tanto cesa el régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado que recupera su capacidad de disponer y administrar sus bienes, sin perjuicio de que el convenio pudiese establecer alguna limitación –que no es el caso–, de modo que la sociedad recupera la plena libertad de actuación, incluso en aspectos patrimoniales, de sus órganos sociales: la junta general y los administradores, hasta entonces limitados en sus facultades por la situación concursal; y por ello puede la junta general tomar cualquier decisión que esté dentro de su ámbito como lo es, saliendo del proceso concursal, declarar a la

sociedad en estado legal de disolución e inicio del período de liquidación convirtiendo a sus administradores en liquidadores, máxime si su decisión se apoya en un motivo legal y estatutariamente previsto cual es la inactividad de la sociedad de forma prolongada –más de 1 año–, en este caso durante casi 20 años, y la decisión libérrima de los socios de, tras el largo proceso concursal, no continuar con la actividad de la sociedad correspondientes a su objeto social sino, tras el pago a los acreedores, devolver a los socios cuanto se hubiese recuperado y se pueda recuperar durante el proceso de liquidación societario. Añade que el convenio aprobado entraña prácticamente el pago al contado de los créditos con los fondos que ya dispone la sociedad, dejando consignados en el propio Juzgado el importe de determinados créditos contingentes en discusión para que, tras las resoluciones judiciales oportunas, se atribuyan al ganador de los procedimientos, todo ello según se expresa con pleno detalle en el convenio.

2. Como ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, la disolución de la sociedad (como presupuesto para su extinción mediante la liquidación de su patrimonio una vez agotadas todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma, tanto con terceros, especialmente con los acreedores, como con los socios) puede tener lugar aun cuando dicha persona jurídica esté incurso en un procedimiento para la satisfacción de los derechos de los acreedores por insolvencia de la misma, el cual tiene por finalidad esencial la satisfacción de los acreedores además de facilitar la conservación de la empresa –mediante el convenio entre la sociedad deudora y los acreedores–, de modo que únicamente en caso de que se abra la fase de liquidación dicha satisfacción de los acreedores se llevará a cabo mediante la extinción de la sociedad, pues la apertura de dicha fase necesariamente tiene como consecuencia la disolución de la sociedad, con la consiguiente liquidación de la misma que habrá de realizar la administración concursal (cfr. artículo 145.3 y disposición transitoria primera de la Ley Concursal y artículos 371.1 y 376.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Durante la tramitación del concurso, se mantienen los órganos de la sociedad deudora (vid. artículo 48.1 de la Ley Concursal, que deja a salvo los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición; y el mismo artículo en su apartado 2, párrafo segundo, i.f., dispone que los acuerdos de la junta general que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal). Por ello, la declaración de concurso no impide a la sociedad realizar modificaciones estatutarias o estructurales compatibles con la finalidad del concurso; y aunque dicha declaración no comporta necesariamente la disolución de la sociedad es indudable que –al margen de las causas de disolución de pleno derecho– la junta general pueda acordarla. Así resulta del mismo artículo 145.3 de la Ley Concursal al disponer que ‘la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviere acordada’. Y también en el derecho anterior a la Ley Concursal la sociedad declarada en quiebra podía acordar si se disolvía o no (cfr. artículo 260.2 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas: ‘La quiebra de la Sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente

como consecuencia de la resolución judicial que la declare<sup>3</sup>); además, el artículo 929 del Código de Comercio se refería a la representación de la sociedad durante el procedimiento de quiebra.

3. Ciertamente, de la regulación legal vigente resulta que la existencia de un convenio debidamente aprobado por el juez no pone fin al procedimiento concursal que sólo finalizará cuando así lo declare el propio juez de lo Mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (artículo 176 de la Ley Concursal). Vigente el convenio cualquier acreedor puede instar la acción de incumplimiento y solicitar del juez que así lo declare (artículo 140), lo que conllevará su rescisión y la apertura de oficio de la fase de liquidación (artículo 143). Pero es también cierto que en cualquier supuesto y desde la aprobación judicial del convenio cesan los efectos de la declaración del concurso que quedan sustituidos en su caso por los previstos en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (artículo 133.2) que puede establecer medidas limitativas y prohibitivas sobre las facultades de administración y disposición del deudor, medidas que ‘serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite’ (artículo 137 de la Ley Concursal).

De esta regulación y de la establecida en la Ley de Sociedades de Capital resulta inequívocamente que durante la fase de ejecución o cumplimiento del convenio la sociedad puede disolverse si concurre alguna causa legal o estatutaria –salvo la establecida por pérdidas en el artículo 363.1.e) de la Ley de Sociedades de Capital, como resulta de los artículos 365.1, párrafo primero, y 367 de la misma ley, que exime a los administradores de la obligación de promover la disolución si se insta el concurso—. Y también en la misma fase puede disolverse la sociedad porque así lo acuerde la mayoría de los socios ex artículo 368. Esta disolución y la liquidación societaria no afectan al concurso y deberá seguir cumpliéndose el convenio.

Así lo ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia número 590/2013, 15 de octubre, según la cual ‘(...) tras la declaración de concurso, cesa el deber legal de los administradores de instar la disolución, que se acordará finalmente, como un efecto legal de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), cuando se opte por esta solución concursal. Que cese este deber legal de promover la disolución de la sociedad, mediante la convocatoria de la junta de accionistas para que adopte el preceptivo acuerdo, no significa que la junta de accionistas no pueda acordarlo, pues está perfectamente legitimada para hacerlo sin que deba necesariamente concurrir una causa legal para ello (art. 260.1.1.º TRLSA [actual artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital]’. Y añade que ‘tampoco durante la fase de cumplimiento del convenio puede surgir el deber de promover la disolución y la consiguiente responsabilidad por no hacerlo dentro del plazo legal. Lo impide, no la vigencia de los efectos de la declaración de concurso, que cesan conforme al art. 133.2 LC, sino la propia normativa societaria

(en nuestro caso, los arts. 260.1.4 ° y 262.2 y 5 TRLSA [artículos 363.1.e), 365.1, párrafo primero, y 367 de la vigente Ley de Sociedades de Capital]), que establece el concurso de acreedores como un límite al deber de los administradores de promover la disolución, bajo la lógica de que la situación de concurso de la compañía se rige por una normativa propia, que expresamente prevé la disolución de la compañía, como consecuencia necesaria a la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), y que, en caso de aprobación de convenio, impone al deudor el deber de instar la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación (art. 142.2 LC)’.

4. De las consideraciones anteriores resulta que, respecto de la única cuestión en que el recurrente centra la cuestión debatida, y en cuanto la registradora se refiere a un eventual incumplimiento del convenio como obstáculo que impide la inscripción de la disolución de la sociedad –incumplimiento que no consta–, la calificación impugnada no puede ser mantenida.

Esta Dirección General ha acordado estimar recurso y revocar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 6 de noviembre de 2019 (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 2019, pp. 130246-130253)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17064](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17064)

“(…) La calificación negativa, respecto del único defecto que se ha impugnado, se basa en que, de acuerdo con el artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, únicamente las notificaciones de convocatoria de la junta general efectuadas por la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.’ gozan ‘de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos’; y esa fehaciencia es distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial, pero que se retorna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto notarios como registradores, pues resulta necesario que, sin necesidad de pruebas complementarias la declaración del notificador, baste para tener por constatados el rechazo o la imposibilidad de una determinada notificación o comunicación.

El recurrente alega: que desde el 31 de diciembre de 2010 el mercado postal comunitario se encuentra liberalizado, y más concretamente en España con la trasposición de la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de febrero de 2008 mediante la aprobación de la Ley 43/2010, 30 de

diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal; que, por ello, todas las comunicaciones postales, incluidas las notificaciones, que no tengan su origen en la Administración Pública y en los órganos judiciales, tienen la misma validez y fuerza probatoria de documento privado, como resulta del artículo 1 de dicha ley; y que el notario autorizante de la escritura dio validez a la notificación realizada a través de las compañías ‘Logalty/Seur’ (...).

3. En el presente caso, la convocatoria se ha realizado a través de determinado operador postal distinto de la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.’ (...).

Pero hay que resaltar, respecto del prestador del servicio postal universal (‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.’), que, como resulta del artículo 22.4 de la 43/2010, únicamente las notificaciones efectuadas por éste gozan de ‘la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (...), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos’.

(...)Admitir lo contrario en un caso como el presente, podría suponer una clara indefensión para el destinatario de la comunicación, dado el evidente riesgo de vulneración de los derechos que todo socio tiene a saber de qué forma va a ser convocado a una junta y por quién, permitiéndolo así conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto por emitir. Por ello, la expresión carta certificada con acuse de recibo que emplea el precepto estatutario no puede ser entendida en forma distinta a la que resulta de la calificación recurrida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir un traslado de domicilio social.*

Resolución de la DGSJFP de 20 de noviembre de 2019 (BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 2019, pp. 134292-134305)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17723](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17723)

“(...) En el presente recurso son relevantes los siguientes hechos:

Mediante la escritura calificada se formalizó el acuerdo de traslado de domicilio de la mercantil ‘Losada y Cazebonne, S.L.’, de Boada (Salamanca) a Madrid.

En dicha escritura el notario expresa lo siguiente:

(...) Advierto de la necesidad de acompañar a la presente escritura, certificación de todas sus inscripciones en el Registro Mercantil de origen, a fin de que se trasladen a la hoja que se le destine en el Registro Mercantil del nuevo domicilio, conforme al art. 19 del RRM.

Dicha certificación del Registro de origen deberá solicitarse mediante presentación de documento que acredite el acuerdo o decisión de traslado (copia de la presente escritura) o solicitud por el órgano de administración con las firmas debidamente legitimadas.

(...) Se deja expresamente solicitada por virtud de la presente la indicada certificación, en formato electrónico, si fuere posible, que se pondrá a disposición del infrascrito.

(...) Me requiere a mí, notario, para que, una vez sea recibida la certificación original del art. 19 del RRM: 1) proceda a la digitalización de la misma, amparada bajo mi firma electrónica reconocida (en caso de que dicha certificación sea emitida en soporte papel); 2) almacene dicha digitalización o el archivo electrónico remitido por el RM, bajo el nombre que estime oportuno –preferentemente en formato pdf– en el servidor de mi notaría, conforme al art.114.1 de la Ley 24/2001, y 3) para que efectúe su presentación telemática –o en el soporte que juzgue conveniente– en el Registro Mercantil de destino, mediante remisión de copia autorizada electrónica del presente instrumento público, reproduciendo en ella, además de la parte escrita de la matriz, una copia de lo contenido en el archivo informático relacionado y almacenado.

(...) El otorgante solicita que remita en forma telemática copia de la presente escritura a los registros mercantiles, de origen y destino (...).

(...) En su calificación, la registradora señala como obstáculo impeditivo de la práctica de la inscripción la necesidad de acompañar la certificación original para traslado del domicilio social del Registro de procedencia conforme al artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil.

(...) Como ha reiterado esta Dirección General (vid. Resoluciones de 21 de abril de 2012 y 17 de enero de 2017), el artículo 19 del Reglamento del Registro Mercantil es claro al establecer que cuando un sujeto inscrito traslade su domicilio a otra provincia se presentará, en el Registro Mercantil de ésta, certificación literal de todas sus inscripciones, a fin de que se trasladen a la hoja que se le destine en dicho Registro. El registrador de destino transcribirá literalmente el contenido de la certificación en la nueva hoja, reflejando en inscripción separada el cambio de

domicilio. A continuación, el registrador de destino comunicará de oficio al de origen haber practicado las inscripciones anteriores, indicando el número de la hoja, folio y libro en que conste. Este último extenderá una nota de referencia expresando dichos datos registrales. El cierre del Registro como consecuencia de la expedición de la certificación tendrá una vigencia de seis meses, transcurridos los cuales sin que se hubiese recibido el oficio del registrador de destino acreditativo de haberse practicado la inscripción en dicho Registro, el registrador de origen por medio de nueva diligencia procederá de oficio a la reapertura del Registro.

De acuerdo con el procedimiento descrito, el registrador de destino debe proceder a la práctica de dos inscripciones: una, de transcripción del contenido literal de la hoja de la sociedad en el Registro Mercantil de origen tal y como resulta de la certificación del registrador mercantil, y, dos, la inscripción de traslado de domicilio. Dichas actuaciones son simultáneas y no se puede llevar a cabo la una sin la otra, por evidentes razones de coherencia: sin la constancia en el Registro Mercantil de destino del historial jurídico de la hoja de origen no constaría en este a efectos de tracto sucesivo; si no se practica la inscripción de traslado de domicilio la anterior constancia se haría en vacío al no resultar el criterio de competencia que autoriza a la apertura de la hoja a la sociedad trasladada.

La práctica de la inscripción de traslado de domicilio exige además, en su caso, la aportación del resto de documentación necesaria para que la hoja de la sociedad trasladada mantenga la coherencia derivada del principio de tracto sucesivo. Así, por ejemplo, será preciso presentar la documentación que justifique que el órgano que ha adoptado la decisión de traslado ha sido regularmente designado o que su decisión es conforme con el contenido de los estatutos sociales (así lo afirma explícitamente la Resolución de 28 de mayo de 2018). De otro modo, no podría practicarse la inscripción de traslado en el registro de destino como tampoco podría practicarse en el registro de origen si el traslado de domicilio fuese dentro de su ámbito territorial de competencia.

Por el mismo motivo, si existe cierre del Registro, será preciso acompañar la documentación de la que resulte la apertura, exactamente igual que si la solicitud de inscripción se realizara en el Registro de origen (por ejemplo, acompañando la documentación por la que proceda la cancelación del cierre previsto en el artículo 96 o en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil).

En definitiva, y como si se tratase del Registro de origen, debe presentarse toda la documentación que permita la práctica de la inscripción de traslado en términos coherentes con el contenido del Registro, documentación que debe ser objeto de una calificación global y unitaria pues es la valoración del conjunto la que permite o no llevar a cabo la inscripción.

(...) En ese plano teórico se han apuntado los diversos problemas que, en el estado actual de la cuestión, podrían derivarse si el registrador de destino practicara la inscripción sin tener a la visita la certificación original expedida por el registrador de origen; como por ejemplo y por citar uno solo –pues pueden ser múltiples–, qué sucedería si tal certificación emitida hubiera sido devuelta al Registro de origen (emisor de la certificación) en el que estaba inicialmente inscrita la sociedad mercantil y el Registro de destino practicara el cambio con la digitalizada en la escritura; caso en el que podría darse como –indeseable– resultado final una duplicidad de hojas abiertas (de una misma sociedad) en dos registros diferentes.

Cuestiones todas ellas, por tanto, que han de ser valoradas a la hora de llevar a cabo reformas normativas en esta materia, sin duda necesitada de actualización; pero que no pueden servir de base a la resolución del presente recurso, que ha de limitarse a aplicar y cumplir la normativa actualmente en vigor.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de reducción de capital social de una sociedad de responsabilidad limitada.*

Resolución de la DGSJFP de 21 de noviembre de 2019 (BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 2019, pp. 139972-139977)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18458](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18458)

“(…) Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura en la cual los dos únicos socios de la sociedad ‘Kit Cash, S.L.’, previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales mediante exhibición de copias de las correspondientes escrituras de adquisición de aquellas, y juicio notarial de capacidad, dan a dicho acto el carácter de junta general universal y por unanimidad adoptan el acuerdo de reducir el capital social con restitución de aportaciones. A dicha junta no asistió la administradora única.

El registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, es necesario que dicho acuerdo se eleve a público por quien tiene facultades para ello –la administradora única–, pues los socios, a excepción del socio único, carecen de tal facultad conforme a los artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil.

(…) Debe recordarse que, según reiterada doctrina de esta Dirección General (...), para inscribir acuerdos sociales adoptados por la junta general no siempre es imprescindible que tales acuerdos consten en acta que sirva de base –directamente o mediante certificación sobre el contenido de la misma– a la correspondiente escritura pública.

(...) Y es que debe tenerse en cuenta: a) que el acta no constituye la forma ‘ad substantiam’ de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones– garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes; b) que si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura de la que resulte directa e inmediatamente la adopción de tales acuerdos sin que sea necesaria una previa acta o una previa certificación de la misma que sirva de base a dicho título público; y c) que, según la referida doctrina de este Centro Directivo, las especificaciones formales relativas a las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 97.1 y demás concordantes del Reglamento del Registro Mercantil para protección de los intereses de los socios ausentes y disidentes carecerían de sentido en los casos en que los acuerdos sean adoptados unánimemente por los dos únicos socios cuando ambos o alguno de ellos sean además los administradores de la sociedad, de modo que si la escritura otorgada expresa los requisitos que necesariamente debe contener la inscripción solicitada y cumple las exigencias establecidas por la legislación notarial para la validez formal del instrumento público, debe concluirse que no existiría inadecuación de la forma documental por el hecho de que los acuerdos adoptados en junta por los dos únicos socios y administradores de la sociedad se otorgaran directamente ante notario, ni es necesario que el proceso de formación de tales acuerdos (que aparece simplificado en tanto en cuanto por la unificación de las voluntades concordes de ambos socios se transforman éstas en voluntad social) quede reflejado en una previa acta –notarial o no notarial– de la junta que luego hubiera de servir de base de la correspondiente elevación a escritura pública, máxime si se tiene presente que la función de garantía que se atribuye a la constatación de los acuerdos sociales mediante acta de la junta queda cumplida (y con mayores garantías de autenticidad y legalidad) por el otorgamiento directo ante el notario; todo ello sin perjuicio de la obligación de trasladar dichos acuerdos a los libros de actas de la sociedad (*vid.* artículo 103.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el presente caso, a diferencia de los supuestos a que se refieren todas las citadas Resoluciones de este Centro Directivo, se da la circunstancia de que ninguno de los dos socios es administrador de la sociedad ni la administradora única de la misma concurre al acto del otorgamiento al que se da carácter de reunión de junta general de socios. Por ello, el recurso no puede ser estimado”.  
[M.V.S.]

*Negativa a inscribir la escritura de constitución de una sociedad civil profesional.*

Resolución de la DGSJFP de 27 de noviembre de 2019 (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2019, pp. 140814-140819)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18549](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18549)

“(…) Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la escritura de constitución de una sociedad profesional –‘stricto sensu’– de abogados, unipersonal, constituida por un notario en activo.

En contra de su inscripción la registradora argumenta que, mientras ostente la condición de notario en ejercicio, como funcionario público que es, no puede constituir una sociedad profesional para el ejercicio de la abogacía, ya que, conforme al artículo 27.1 de los Estatutos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, el ejercicio de la abogacía es incompatible con las funciones y cargos públicos del Estado.

El recurrente alega que no existe ningún tipo de incompatibilidad legal general para el ejercicio de ambas funciones (notariado y abogacía), según el artículo 22.2.a) del Estatuto General de la Abogacía Española, el artículo 27.1 de los Estatutos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y la legislación notarial, como argumenta en el escrito de impugnación.

(…) El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de julio de 2012, ha resaltado los principios fundamentales de la Ley de sociedades profesionales, destacando su carácter imperativo (artículo 1.1 ‘(...) deberán constituirse (...)’); el artículo 5.1 al imponer la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto (‘(...) únicamente (...)’); el artículo 8.4, párrafo tercero, obliga al registrador Mercantil a comunicar «de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, con el fin de que conste al Colegio la existencia de dicha sociedad»; el artículo 9 somete tanto a la sociedad profesional como a los profesionales que actúan en su seno al ‘régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional’; y, en fin, y sobre todo, el artículo 11 establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil, al tiempo que la disposición adicional segunda procura, de un lado, evitar que se eluda este régimen especial de responsabilidad extendiéndolo ‘a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a la Ley’.

Ahora bien, en esa misma Sentencia el Tribunal Supremo ha admitido las sociedades de intermediación, cuando afirma que ‘la calificación negativa del

registrador mercantil no comportaba aplicar la LSP a las sociedades de intermediación, como parece querer alegar la Administración recurrente, sino, muy al contrario, evitar que una sociedad plenamente encuadrable, por su objeto social, en el ámbito de dicha ley, quedara al margen de los requisitos exigidos por la misma'. Lo que exige la Sentencia es la 'certidumbre jurídica', afirmando expresamente que 'se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad'.

Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar 'certidumbre jurídica' la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo.

(...) En el presente recurso se debe tener en cuenta que, conforme al artículo 22.2.a) del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, el ejercicio de la abogacía es absolutamente incompatible con el desempeño, en cualquier concepto, de cargos, funciones o empleos públicos en el Estado y en cualquiera de las Administraciones Públicas, sean estatales, autonómicas, locales o institucionales, cuya propia normativa reguladora así lo especifique. En esa misma línea, el artículo 27.1 de los Estatutos del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona dispone que el ejercicio de la abogacía es incompatible con las funciones y los cargos públicos del Estado.

(...) Por todo ello, es absolutamente inviable la pretensión que en vano intenta sostenerse, tanto en la escritura calificada, como en el recurso interpuesto contra la acertada calificación, pues, por lo ya expuesto, no cabe en modo alguno que un notario en activo desempeñe el ejercicio de la actividad profesional propia del abogado, tal y como se pretende realizar según el objeto social de la sociedad a la que se refiere este recurso.

(...) Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada". [M.V.S.]

*Negativa a inscribir el cese de una administradora solidaria de una sociedad limitada.*

Resolución de la DGSJFP de 28 de noviembre de 2019 (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2019, pp. 140832-140835)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18552](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-18552)

“(…) Mediante el presente recurso se pretende únicamente que se haga constar en el Registro Mercantil el cese de una administradora solidaria de la sociedad ‘Geme Transacciones, S.L.’.

La registradora suspende la práctica del asiento solicitado porque la sociedad figura dada de baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

(…) La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que tiene el siguiente contenido: ‘El acuerdo de baja provisional será notificado al registro público correspondiente, que deberá proceder a extender en la hoja abierta a la entidad afectada una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse ninguna inscripción que a aquélla concierna sin presentación de certificación de alta en el índice de entidades’.

El contenido del precepto es idéntico al de su precedente por lo que la doctrina entonces aplicable lo sigue siendo hoy, a pesar del cambio de Ley aplicable.

(…) Dicha regulación se completa con la del artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil que establece lo siguiente: ‘Practicado en la hoja registral el cierre a que se refieren los artículos 276 y 277 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, sólo podrán extenderse los asientos ordenados por la autoridad judicial o aquellos que hayan de contener los actos que sean presupuesto necesario para la reapertura de la hoja, así como los relativos al depósito de las cuentas anuales’.

El contenido de estas normas, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, es concluyente para el registrador: vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo las excepciones citadas. Y producido tal cierre ni siquiera puede inscribirse –como pretende el recurrente– el cese de los administradores.

Por ello, el recurso no puede prosperar pues entre las excepciones a la norma de cierre que los preceptos transcritos contemplan no se encuentra el cese de administradores que, en consecuencia, no podrá acceder a los libros registrales mientras el cierre subsista.

Esta Dirección General ha insistido (*vid.*, por todas, la Resolución de 14 de noviembre de 2013), en que no pueden confundirse las consecuencias de este cierre registral provocado en el ámbito de las obligaciones de naturaleza fiscal con las del cierre que se deriva de la falta de depósito de cuentas anuales (artículo 282 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, así como el artículo 378 y la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil), respecto del cual se admite expresamente como excepción la inscripción del cese o la dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo. Por lo demás, la distinta solución normativa respecto de los efectos del cierre registral por falta de depósito de cuentas y por baja en el Índice de en relación con el cese y renuncia de administradores, está plenamente justificada, dado que en el segundo caso se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales por parte de la sociedad, acreditado por certificación de la Administración Tributaria, de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de constitución de una SL. Sobre si la descripción como know-how en la escritura corresponde a un trabajo o prestación de servicios como obligación de hacer o a un derecho de contenido patrimonial. Estimación del recurso por la DGRN, defendiendo el segundo supuesto.*

Resolución de la DGSJFP de 4 de diciembre de 2019 (BOE núm. 18, de 21 de enero de 2020, pp. 5955-5959)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-873](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-873)

“(…) Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada a la que se aporta, entre otros bienes, el denominado ‘know how’ que se describe en la forma expresada en los antecedentes de hecho de esta resolución.

El registrador se opone a la inscripción solicitada porque, a su juicio, tal como está descrita dicha aportación parece que se trata de un trabajo o prestación de servicios.

Los recurrentes alegan que el objeto de aportación son conocimientos técnicos, secretos, identificables de los que derivan un beneficio económico, y son imprescindibles para la actividad social.

2. Para determinar qué debe entenderse por ‘know how’ (o ‘saber hacer’, en terminología del Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, así como del Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero) es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones del Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de octubre de 2005:

‘(...) cabe adelantar que no hay un concepto preciso, y que además varía en relación con las distintas modalidades de franquicia y sector de mercado a que se refiere, o incluso cuando opera con autonomía. La doctrina pone de relieve la evolución de su ámbito, que circunscrito primero a los ‘conocimientos secretos de orden industrial’, se extendió posteriormente a los de ‘orden comercial’, es decir, pasó a identificarse con conocimientos secretos referidos indistintamente al campo industrial o comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa – secreto empresarial–. Se resalta también la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el ‘know how’ con la experiencia –conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)–, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad. En sentido amplio se le ha definido como ‘conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación’. Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor reside en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciario), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está ínsito en la utilidad). El art. 1.3,f) del Reglamento 4.087/88 (que es aplicable a las franquicias de distribución) define el ‘Know how’ como el conjunto de conocimientos prácticos no patentados, derivados de la experiencia del franquiciador y verificados por éste, que es secreto, sustancial e identificado, concretando estos conceptos en las letras g), h) e i) del propio apartado 3 del art. 1. En la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 24 de octubre de 1.979 recoge un concepto descriptivo diciendo que ‘lo que doctrinalmente se denomina ‘Know How’, es decir, ‘el saber hacer’, puede tener por objeto elementos materiales y elementos inmateriales, bien se considere que sea un bien en sentido jurídico, determinado por tratarse de una situación de hecho consistente en que las circunstancias de la empresa que constituye el objeto del secreto son desconocidas para terceros o que el aprendizaje o la adquisición de experiencias

por éstos puede resultar dificultoso, o ya que se trata de un bien en sentido técnico jurídico, por poseer las características propias de esta idea, como son el valor patrimonial y la entidad para ser objeto de negocios jurídicos, integrante de un auténtico bien inmaterial'. Y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, donde es objeto de numerosos pronunciamientos relacionados con contratos de franquicia, se manifiesta con una gran amplitud, y así se hace referencia a 'metodología de trabajo'; 'técnicas operativas'; 'técnicas comerciales ya experimentadas'; 'conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico'; 'conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad (...)':

Esta Dirección General ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aportación de otros bienes inmateriales, como por ejemplo, el denominado fondo de comercio. Así, en Resolución de 31 de octubre de 1986, puso de relieve 'que la existencia del llamado fondo de comercio de las empresas mercantiles, es un concepto que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985, si bien es de límites difusos, no por ello es menos atendible en cuanto detonador unas veces del lado espiritual o inmaterial de la Empresa como negocio, o de que hay Empresas que no requieren elementos patrimoniales para su perfecto funcionamiento, o por último, casos en que además de los valores patrimoniales hay otros que sobrepasan los mismos y que se plasman en la organización de los medios de producción, y todos estos conceptos y otros similares son susceptibles de ser valorados en el Balance'; y añade que 'como declara la referida sentencia, no obsta a su valoración, 'el que muchas veces se atenga ésta a patrones fijos, sino que vaya subordinada a multiplicidad de coeficientes, a los puntos de vista que se elijan o al momento de la valoración, vicisitudes todas ellas, que ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan', por todo lo cual hay que entender posible una aportación de tal género, frecuente en la práctica española, y como comprendida dentro del término genérico del artículo 31-3.º de la Ley, y con ello se sigue un criterio semejante al adoptado por las legislaciones francesa e italiana, que autorizan esta clase de aportación'.

Según el artículo 58.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 'en las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica'. Y el objeto de aportación cuestionado en la calificación registral, aun cuando sea un bien inmaterial, tiene carácter patrimonial, es susceptible de valoración económica y de apropiación por lo que puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. Además, es diferente de la mera obligación de hacer, por lo que no se infringe la norma que impide que sean objeto de aportación el trabajo o los servicios (artículo 58.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, el defecto no puede ser confirmado.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una escritura de cese y nombramiento de representante persona física de una sociedad anónima para el ejercicio del cargo de administradora de una sociedad de responsabilidad limitada.*

Resolución de la DGSJFP de 11 de diciembre de 2019 (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2020, pp. 23821-23827)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3398](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3398)

“(…) El registrador suspende la inscripción solicitada por entender que debe constar tanto el acuerdo del consejo de administración de ‘Puentes y Calzadas Grupo de Empresas, S.A.’, socio único de ‘Puentes y Calzadas Infraestructuras, S.L.’, sobre el cese y nombramiento de la persona física representante de la primera en el órgano de administración de la segunda, como la aceptación de la persona física designada.

El notario recurrente alega que la sociedad designada administradora puede determinar la persona física que ejerza las funciones propias del cargo de administrador a través de sus representantes legales o voluntarios, y en caso de representación voluntaria la determinación puede hacerla cualquier apoderado con facultades suficientes, de modo que para acreditar la suficiencia bastará la reseña del documento auténtico de representación y la expresión de suficiencia de facultades por parte del notario autorizante conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001. Y, respecto de la necesidad de aceptación de la persona física designada por el administrador persona jurídica, añade que la Ley de Sociedades de Capital no obliga a que la persona designada acepte el cargo ni a que se inscriba dicha aceptación en el Registro Mercantil, y, al estar más cerca del apoderado que del administrador, no considera necesario que acepte la designación (...).

3. La primera de las objeciones que opone el registrador a la inscripción solicitada, al entender que debe constar el acuerdo del consejo de administración de la sociedad nombrada administradora por el que se cesa y se designe a persona física que haya de ejercer las funciones propias del cargo de administrador, no puede mantenerse.

Como ya puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 11 de marzo de 1991, la designación de una persona física que la persona jurídica nombrada administradora debe realizar para que, en nombre de ésta y con carácter permanente, pueda desempeñar por sí sola todas las funciones inherentes al cargo conferido, no se trata de un acto social interno respecto de la sociedad administrada, sino de una decisión que compete exclusivamente a la persona

jurídica nombrada, y dado que ésta revestirá la naturaleza bien del apoderamiento, bien de la delegación de facultades, se precisará para su inscripción, respectivamente su formalización en documento público (artículos 18 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil) o la certificación del acuerdo delegatorio expedida por el órgano de la persona jurídica que sea competente al efecto. Y, según afirmó este Centro Directivo en Resolución de 22 de septiembre de 2010, no puede rechazarse la designación de la persona física que realiza, mediante un apoderado, la propia sociedad nombrada administradora para que ejerza las funciones propias del cargo si –como acontece en el caso del presente recurso– el notario autorizante de la escritura calificada ha reseñado la escritura de apoderamiento cuya copia autorizada se le ha exhibido y ha expresado su juicio de suficiencia sobre las facultades representativas acreditadas, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, sin que en la calificación se contenga objeción alguna respecto del juicio notarial de suficiencia formulado, en relación con el negocio jurídico documentado. Por ello, la objeción expresada por el registrador no en su calificación sino –intempestivamente– en su informe, según la cual el mencionado apoderado sólo está facultado para ejercer personalmente la representación de la sociedad poderdante en la administración de la sociedad ‘Puentes y Calzadas Infraestructuras, S.L.’, sociedad unipersonal, pero no para atribuir a un tercero dicha representación, no puede ser analizada en este expediente (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

4. Respecto de la segunda de las objeciones que el registrador opone a la inscripción, debe reiterarse el criterio expresado por esta Dirección General en Resolución de 20 de septiembre de 2019.

Ciertamente, debe distinguirse entre la aceptación del cargo de administradora por el representante de la sociedad nombrada (momento desde el cual surtirá efecto el nombramiento –artículo 214.3 de la Ley de Sociedades de Capital–) y la designación por ésta de la persona natural que haya de ejercer las funciones propias del cargo (como requisito para la inscripción del nombramiento de la sociedad administradora en el Registro Mercantil –cfr. artículos 212 bis, apartado 2, de la Ley de Sociedades de Capital, y 143 del Reglamento del Registro Mercantil–).

Es también cierto que la inscripción de los poderes en el Registro Mercantil no requiere la aceptación previa por parte del apoderado, pues en todo apoderamiento, al ser un acto unilateral que no comporta obligación alguna para el apoderado sino únicamente facultades por ejercitar, es de esencia que no sea necesaria dicha aceptación expresa y sea suficiente la aceptación tácita al ejercer tales facultades (...).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, en cuanto al defecto relativo a la necesidad de que conste el acuerdo del consejo de administración de la sociedad nombrada administradora, y desestimarle en cuanto

a la necesidad de aceptación expresa por la persona física designada representante, todo ello en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una reserva de denominación social por identidad sustancial. La DGRN estima el recurso y admite la inscripción.*

Resolución de la DGSJFP de 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24794-24798)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3549](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3549)

“(…) Solicitada del Registro Mercantil Central por un interesado certificación negativa respecto a la denominación ‘Clorawfila, Sociedad Limitada’, recibe certificación positiva por considerar el registrador que resulta sustancialmente idéntica a otra previamente registrada ‘Clorofila, Sociedad Anónima Laboral’.

(…) La afirmación anterior exige precisar qué se entiende por identidad más allá del supuesto de coincidencia plena o coincidencia textual, es decir qué se reputa como identidad sustancial, entendida como el nivel de aproximación objetiva, semántica, conceptual o fonética que conduzca objetivamente a confusión entre la denominación que se pretende inscribir y otra cuya sustancial proximidad impida a la primera ser un vehículo identificador. A tal propósito se debe el contenido del artículo 408 del Reglamento del Registro Mercantil, que sienta las bases de lo que constituye esa ‘cuasi identidad’ en los términos siguientes: ‘1. Se entiende que existe identidad no sólo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número. 2.<sup>a</sup> La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación. 3.<sup>a</sup> La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética (...)’.

Ahora bien, esa posibilidad de ampliar la noción de identidad para incluir en ella supuestos de lo que se ha llamado doctrinalmente ‘cuasi identidad’ o ‘identidad sustancial’ no puede impedir que se tenga en cuenta el fin último que la prohibición de identidad tiene: identificar con un cierto margen de seguridad al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. De este modo puede decirse que nuestro sistema prohíbe la identidad, sea esta absoluta o sustancial, de denominaciones, pero no la simple semejanza (cuya prohibición, que se desarrolla principalmente en el marco del derecho de la propiedad industrial y del derecho de la competencia, se proyecta más que sobre las denominaciones sociales sobre los nombres comerciales y los marcas, para evitar en el mercado la confusión de productos o servicios). A esta finalidad responde una de las funciones básicas del Registro Mercantil Central.

6. Detectar la identidad de denominaciones es una tarea eminentemente fáctica, por lo que exige una especial atención a las circunstancias de cada caso. No cabe olvidar que se trata de valorar cuándo el nombre identifica, con un cierto margen de seguridad, al sujeto responsable de determinadas relaciones jurídicas. Por ello, si la interpretación de los criterios normativos, sobre todo la de aquellos que incorporan conceptos revestidos de una mayor indeterminación, como los relativos a términos o expresiones ‘genéricas o accesorias’, a signos o partículas ‘de escasa significación’ o a palabras de ‘notoria semejanza fonética’ no tiene por qué realizarse de forma restrictiva, tampoco cabe en ella una gran laxitud, o la consideración de que no sea posible la aplicación simultánea de dos o más de esos criterios que se incluyen en el citado artículo 408 (por ejemplo, la adición de un término o palabra genérica, añadida a la existencia o no de un mero parecido fonético, o esté unido a la alteración del orden de las palabras, etc.), de suerte que puedan llevar a considerar como distintas determinadas denominaciones a pesar de la semejanza que presenten si ésta no es suficiente para dar lugar a errores de identidad. En ese difícil equilibrio se ha de desenvolver la tarea de calificar la identidad de las denominaciones, de modo que la interpretación y aplicación de tales normas, conforme al criterio teleológico apuntado, ha de atemperarse a las circunstancias de cada caso.

7. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente supuesto no puede confirmarse la calificación impugnada, toda vez que aun cuando existe una cierta semejanza gráfica (y también fonética si el primero se pronuncia en idioma inglés), entre los términos ‘Clorawfila’ y ‘Clorofila’, y aunque, según el artículo 408.3 del Reglamento del Registro Mercantil, para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social, lo cierto es que esa mínima diferencia gramatical tiene como resultado que se trate de denominaciones claramente distinguibles a los efectos de la exigencia legal de identificación, según ha quedado anteriormente expuesto.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación del registrador”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir acuerdos sociales relativos a cambios en el órgano de administración de sociedad profesional, de mancomunados o solidarios, y nombramiento de nuevos.*

Resolución de la DGSJFP de 18 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24799-24805)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3550](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3550)

“(…) Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso se elevan a público determinados acuerdos sociales de aceptación de dimisión de administrador mancomunado, cambio de estructura del órgano de administración y nombramiento de administradores solidarios de la sociedad ‘R.B.R. Abogados, S.L.’.

Según el único defecto que es objeto de impugnación, el registrador fundamenta su negativa a practicar la inscripción solicitada en que, conforme a la disposición transitoria tercera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, la sociedad ha quedado disuelta de pleno derecho, por tener objeto el ejercicio en común de una actividad profesional de obligada colegiación profesional y no haberse adaptado en plazo a las previsiones de dicha ley.

Según los estatutos de dicha sociedad, se incluye en el objeto social, como primera actividad, 'la prestación de servicios consistentes en el asesoramiento y defensa jurídica integral relativa a todas las ramas del derecho, incluido el asesoramiento fiscal, contable y financiero, y cualquier otra actividad relacionada con el asesoramiento jurídico'. Y en el Registro consta por nota al margen de la inscripción 1.<sup>a</sup> la disolución de la sociedad y la cancelación de los asientos registrales.

Los recurrentes alegan que, a pesar de su nombre, la sociedad se dedica a otras actividades no profesionales que representan más del setenta y cinco por ciento de la facturación de la empresa y el cincuenta y uno por ciento del capital social pertenece a un inversor capitalista no profesional, por lo que la sociedad no tiene la obligación de revestir la forma societaria de sociedad profesional.

2. Dado que consta en el Registro la disolución de pleno derecho de la sociedad y la cancelación de los asientos registrales, debe tenerse en cuenta que el recurso como el interpuesto en este expediente es el cauce legalmente arbitrado para combatir las calificaciones registrales que se opongan a la práctica del asiento solicitado (cfr. artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria), de modo que sólo puede interponerse frente a las calificaciones negativas, totales o parciales, suspensivas o denegatorias, y nunca frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, cualquiera que sea la clase de éste; ni siquiera cuando lo que se ha practicado es una cancelación.

Por el contrario, una vez practicado el asiento, y aun cuando se discrepe de la forma en que el hecho, el acto o contrato de que se trate ha sido objeto de reflejo tabular y pese a las repercusiones que ello tenga en la forma en que se publica el derecho inscrito -o la extinción del mismo-, de indudable trascendencia a la vista de que la legitimación registral opera sobre la base de ese contenido del asiento (cfr. artículos 38 y 97 de la Ley Hipotecaria y 20 del Código de Comercio), el asiento queda bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos previstos en la misma Ley Hipotecaria (cfr. los artículos 1.3.º, 40 y 82). A lo que se puede llegar es a la rectificación del eventual error padecido y el procedimiento y requisitos para lograrlo, que regulados en la legislación hipotecaria -artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 314 a 331 del Reglamento Hipotecario- se trasladan al ámbito mercantil (cfr. artículo 40.2 del Reglamento del Registro Mercantil), son especialmente rigurosos cuando aquéllos son de los calificables como de concepto, los que afecten al sentido o alcance de lo inscrito, pues en este caso las cautelas y exigencias se acentúan con la necesaria intervención y consentimiento de todos aquellos a quienes la rectificación afecte y el consentimiento del

registrador (cfr. artículos 217 y 218 de la citada Ley Hipotecaria) cuya oposición tan sólo puede suplirse por resolución judicial.

Frente a un posible contenido del asiento pretendido que pudiera no acomodarse al del acto o negocio por inscribir o a los condicionamientos y limitaciones que puedan derivarse del contenido del propio Registro tienen los interesados la posibilidad de solicitar minuta previa del mismo (artículo 258.3 de la Ley Hipotecaria) y, de considerar que ésta no es adecuada, plantear la cuestión ante el juez competente. Pero tampoco la omisión de una prevención como esa deja inerme a los interesados ante el contenido de un asiento que entiendan que no es correcto. El procedimiento para rectificar los eventuales errores aparece minuciosamente regulado en la legislación hipotecaria, y frente a la negativa del registrador o de algún interesado a atender la solicitud de rectificación de los de concepto, los realmente relevantes, habrá de acudir al juicio ordinario correspondiente (cfr. artículo 218 de la Ley Hipotecaria), sin que pueda lograrse por la vía de un recurso como el presente.

Por cuanto antecede, no cabe en este expediente entrar a decidir sobre el criterio que expresa el registrador acerca de la procedencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad, prevista en la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, con su consiguiente reflejo en la hoja registral. Por ello, en el presente caso no cabe decidir sobre el asiento ya practicado, sino sobre las consecuencias que del mismo se derivan.

Por lo demás, cabe recordar que, a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de julio de 2012, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016, 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017, 9 de enero, 28 de mayo, 19 de junio, 18 de julio, 9 de octubre y 5 de diciembre de 2018 y 12 de junio de 2019) ha sentado una consolidada doctrina sobre los casos en que, ante las dudas que puedan suscitarse cuando en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar ‘certidumbre jurídica’ la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. No obstante, si tal exigencia está plenamente justificada en el momento de constitución de la sociedad -o modificación del objeto social- debe actuarse con mayor cautela por el registrador mercantil a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, sólo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el registrador apreciar tales circunstancias deberá practicar el correspondiente

asiento de cancelación de la hoja registral. Pero, como ha quedado expuesto, una vez cancelados tales asientos, no puede decidirse sobre tal cancelación en un recurso como el presente.

Hechas las aclaraciones precedentes, en relación con las consecuencias que del asiento de cancelación practicado se derivan, únicamente cabe recordar que con ocasión de la declaración de disolución de pleno derecho de las sociedades anónimas incursas en la previsión de la disposición transitoria séptima del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, esta Dirección General tuvo ocasión de elaborar una doctrina expresada en un gran número de Resoluciones. Según la citada doctrina, la expresión ‘disolución de pleno derecho’, expresión procedente del artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, que se incorporó al texto refundido de 1989 por medio del artículo 261 de la Ley de Sociedades Anónimas y que hoy se recoge en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital, hace referencia a la mera circunstancia de que la sociedad entra en disolución por la concurrencia del supuesto previsto en la ley sin que sea preciso una previa declaración social al respecto. De este modo se distingue la disolución de la sociedad derivada de un acuerdo societario (meramente voluntario, artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, o provocado por la concurrencia de causa de disolución, ex artículo 362 de la propia ley), de aquellos otros supuestos en que la disolución se produce ‘ipso iure’ al concurrir el supuesto previsto legalmente (por ejemplo, disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales).

Esta operatividad automática no implica empero que el período de liquidación que se abre con la disolución revista características distintas de aquellos supuestos en que la disolución se produce a consecuencia de un acuerdo social (vid. Resolución de 11 de diciembre de 1996). Por ello este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones que la apertura de la fase de liquidación a consecuencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad respeta la persistencia de su personalidad jurídica hasta que se produzca la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes de acuerdo al régimen jurídico que hoy recogen los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (vid., por todas, Resolución de 12 de marzo de 2013).

La identidad de efectos de la disolución en estos supuestos añadidos, unida al hecho de que la sociedad disuelta pueda reanudar su operatividad ordinaria mediante una reforma estructural como la transformación, la fusión o la cesión global (vid. artículos 5, 28 y 83 de la Ley 3/2009), llevó a esta Dirección General a la conclusión de que la disolución de pleno derecho no impide la reactivación de la sociedad (vid. Resoluciones de 29 y 31 de mayo y 11 de diciembre de 1996 y 12 de marzo de 2013), a pesar de la dicción literal del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital, incluso en aquellos supuestos en que, por aplicación de la previsión legal, el registrador hubiera procedido a la cancelación de asientos. Así lo confirma la disposición transitoria octava del vigente Reglamento del Registro Mercantil, al establecer que la cancelación de los asientos correspondientes a la sociedad disuelta por falta de adecuación a las previsiones de las disposiciones del

Real Decreto Legislativo 1564/1989 tendrá lugar ‘sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación, en su caso, acordada’.

No existe problema conceptual que imponga que una sociedad de capital disuelta de pleno derecho no pueda ser reactivada siempre que se respeten los límites establecidos legalmente en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital. Imponer la liquidación forzosa de la sociedad cuando existe una voluntad de continuar su actividad no sólo resulta económicamente irracional, sino que carece de un fundamento jurídico que lo justifique. Según la literalidad del texto del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital (y de su precedente, el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), para las sociedades disueltas de pleno derecho ‘no podrá acordarse la reactivación (...)’; afirmación que viene precedida por la que establece que la junta de la sociedad disuelta podrá acordar el retorno a la vida activa de la sociedad. Y es que cuando la sociedad está disuelta ‘ipso iure’ por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. No otra cosa resulta del artículo 223 del Código de Comercio cuando afirma: ‘Las compañías mercantiles no se entenderán prorrogadas por la voluntad tácita o presunta de los socios, después que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su establecimiento, según se previene en el artículo 119’. Cobra así sentido la afirmación del artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital que, lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual de quien ostente aquella condición.

Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al presente expediente. Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción de los acuerdos de cese y nombramiento de administradores, previo cambio de estructura del órgano de administración, prescindiendo de dicha situación. Es necesario proceder con carácter previo a la reactivación de la sociedad en los términos que resultan de las consideraciones anteriores y su adecuación al ordenamiento jurídico. De este modo, una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo los cambios en el órgano de administración que estime oportunos y obtener la inscripción de los mismos.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una escritura de sustitución de poder. Naturaleza del negocio jurídico de ‘sustitución’ del poder y sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.*

Resolución de la DGSJFP de 19 de diciembre de 2019 (BOE núm. 63, de 12 de marzo de 2020, pp. 24850-24857)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3555](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3555)

“(…) El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que existen dos defectos subsanables:

‘Dado el sentido ambiguo en que ordinariamente se emplea el término ‘sustituir’ en el ámbito del apoderamiento, refiriéndose unas veces a la colocación de un nuevo apoderado en el lugar del inicial, que queda así fuera de la relación de apoderamiento, y otras al supuesto en que el apoderado inicial no pretende quedar fuera del apoderamiento sino únicamente autorizar a otra persona para que pueda ejercitar las facultades que a aquel le fueron concedidas y que podrá seguir ejerciendo (supuesto estricto de subapoderamiento), procede diferir la inscripción del presente documento en tanto se aclare a cuál de las hipótesis señaladas se refiere la sustitución formalizada. Al emplear únicamente el término ‘sustituir’, que en sentido vulgar y jurídico (según doctrina mayoritaria) implica colocar a otra persona en el lugar del sustituyente, podría estimarse que estamos ante la primera de las hipótesis, pero la previsión del poder que se sustituye de que el apoderado puede sustituirlo y ‘revocar las sustituciones realizadas’, parece apuntar en la segunda dirección. En cualquier caso, la duda señalada y la exigencia de certeza y precisión en los pronunciamientos registrales dados sus efectos jurídicos (cfr. art 20 C. de Com.), aconsejan la prudencia y el diferimiento de la inscripción en tanto sea el propio otorgante quien haga las precisiones oportunas’.

En todo caso, se advierte que la inscripción de la sustitución no comprenderá la facultad z) del poder sustituido (cfr. arts. 1721 y 1722 CC y 296 C. de Com.).

La notaria recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- Si al otorgante sustituyente se le concedió en el poder del que derivan sus facultades la facultad de revocar la sustitución realizada, es porque, necesariamente, su poder debe estar vigente para poder revocar dicha sustitución, y teniendo en cuenta que en el ámbito mercantil es necesario consentimiento expreso del comitente para la delegación de facultades (artículo 261 del Código de Comercio), dicho consentimiento debería ser mucho más claro si pretende autorizar al comisionista a una sustitución en sentido propio, pues conlleva una transmisión del contrato de mandato. Por otro lado, en el poder sustituido, se le concede al apoderado sustituyente la facultad de sustituir total o parcialmente las facultades conferidas; es decir, si el apoderado sustituyente sustituye la facultad a), no puede entenderse como una transmisión del mandato, sino como una simple delegación con vigencia del apoderado primero, por lo que no cabe duda de que el subapoderamiento está autorizado por el mandante.

- Respecto del segundo defecto indicado por el registrador, por el que se deniega la inscripción de la facultad de sustitución delegada por el mandatario sustituyente, se citan unos preceptos que, si bien son relativos a la sustitución, ninguno de ellos

prohíbe que el apoderado sustituyente pueda delegar la facultad de sustitución; y a juicio de la recurrente, lo no prohibido está permitido, sobre todo si se entiende que es un subapoderamiento. Y son numerosos los supuestos, muchos de ellos inscritos en el Registro Mercantil, en los que hay varias sustituciones porque así requiere la operativa de las empresas, aludiendo a los numerosos poderes otorgados por los Bancos a otra Sociedad para ejercitar determinadas facultades de gestión, que a su vez sustituye a determinadas gestorías para su ejecución, poderes que se utilizan en el tráfico con normalidad (...).

3. Debe ponerse de relieve que la naturaleza del negocio jurídico de ‘sustitución’ del poder (artículo 1721 del Código Civil) ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, en lo que se refiere a la diferenciación entre la sustitución en sentido propio, o por vía de transferencia del poder; y el subapoderamiento, o delegación subordinada del poder (sustitución en sentido impropio).

En la transferencia del poder o sustitución plena se extingue la relación entre el principal y el apoderado-sustituyente y el sustituto queda en relación directa y única con el principal (habría entonces que cancelar el poder por autorrevocación en la hoja registral); y en los casos de subapoderamiento la relación jurídica media entre apoderado y subapoderado sin perjuicio de los efectos del acto representativo que continúan dándose en servicio del «dominus» y sin entender extinguido o autorrevocado el poder subapoderado (no hay que cancelar el poder del primer apoderado).

En principio, autorizada la sustitución del poder ex artículo 1721.2.º, y salvo que otra cosa resulte con claridad del examen conjunto del título habilitante de la sustitución (el poder) y del título sucesivo de «sustitución» de dicho poder, hay que presumir que quien puede sustituir en sentido propio también puede subapoderar y que, a menos que expresamente resulte o que claramente se infiera que es voluntad de las partes que el primer poder conferido quede revocado, el primer apoderado no queda excluido en la relación jurídica con el poderdante.

4. Apuntadas las anteriores precisiones, y habida cuenta de que las dudas suscitadas por la denominación que se emplee deben resolverse atendiendo a la verdadera voluntad de los otorgantes, es necesario interpretar los términos en que se ha reflejado en la escritura la sustitución operada, la cual, como se ha expuesto, es nominada por la notaria autorizante, al emitir su juicio de suficiencia, como ‘sustitución de facultades’; y sin olvidar que en el otorgamiento se indica que lo que hace el primer apoderado es sustituir unas facultades que se enumeran y, debe presuponerse, que no son todas las que el otorgante tenía conferidas, por la sencilla razón de que, al relacionarse las que va a sustituir, se expresa que son las que a él (al apoderado inicial) se le confirieron ‘entre otras’.

Por ello y a la vista de la parquedad de una nota en la que el registrador expresa duda y petición de aclaración de algo que simplemente considera -de forma subjetiva- no todo lo claro que desearía, no hay base alguna para entender que lo que se ha operado y documentado en la escritura es una transferencia de la

relación de apoderamiento con la consiguiente extinción del poder del sustituyente, por lo que han de admitirse las alegaciones de la recurrente en el recurso (...).

5. Respecto del segundo defecto señalado en la calificación, al rechazarse la inscripción de la facultad de sustitución que a su vez delega el mandatario sustituyente –‘(...)la inscripción de la sustitución no comprenderá la facultad z) del poder sustituido (cfr. arts. 1721 y 1722 CC y 296 C. de Com (...))’, se combate en el recurso indicando que la cita de los preceptos que contiene la calificación en modo alguno lleva a la conclusión de que prohíban que el apoderado sustituyente pueda delegar la facultad de sustitución, y menos aun cuando la conclusión a la que cabe llegar es que la escritura calificada lo que contiene en un simple subapoderamiento.

Ahora bien, aun cuando es cierto que no se trata en este caso de un supuesto de transferencia de la relación representativa, la propia razón de ser del apoderamiento hace que la facultad de sustituir no pueda considerarse como susceptible a su vez de sustitución, ya que el poderdante inicial la ha concedido exclusivamente al apoderado en el que tiene depositada su confianza, por lo que para poder practicarla sucesivamente (sea o no con límites) ello ha de explicitarse con absoluta y meridiana claridad.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, revocando el primero de los defectos expresados en la nota, y confirmar la calificación impugnada respecto del segundo defecto (...). [M.V.S.]

*Negativa a inscribir acuerdo estatutario que vulnera el derecho de preferencia de los socios. La subsanación de acuerdos puede realizarse por motivos formales, pero no sustantivos o de orden material.*

Resolución de la DGSJFP de 20 de diciembre de 2019 (BOE núm. 66, de 14 de marzo de 2020, pp. 25226-25246)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3654](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3654)

“(...) En esencia, la registradora fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en que los acuerdos adoptados, relativos a la situación del capital social existente el 15 de septiembre de 2014, tienen que contener necesariamente un pronunciamiento en cuanto a los efectos que la nulidad declarada tiene sobre determinados asientos posteriores; en que aun cuando existe la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, este mecanismo sanatorio encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, mientras que cuando los defectos son de orden material o sustantivo, como ocurre en este caso, lo que debe producirse es una alteración de la voluntad social, materializada en una nueva decisión asamblearia; y ese nuevo acuerdo social debe ajustarse a los requisitos que la ley establece para adoptarlo (entre ellos el relativo al balance que

sirva de base a la reducción del capital) atendiendo a la situación del momento en que se apruebe en este momento la reducción de capital.

(...) El problema radica, en nuestro Derecho, en un extendido y a veces mal formulado así como equivocado entendimiento de la supuesta eficacia radical y retroactiva o ‘ex tunc’ de la declaración judicial de nulidad de los acuerdos sociales impugnados. Frente a lo que algunos presuponen, la sentencia declarativa de nulidad no produce de manera automática u ‘ope legis’ una especie de radical ‘restitutio in integrum’ societaria o automático regreso al estado de cosas anterior al acuerdo anulado ni tan siquiera a efectos internos. Como bien expone el recurrente en su escrito de recurso, no cabe extender en este ámbito el régimen jurídico común de la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos. No puede obviarse la existencia en la sociedad de dos planos, el contractual y el organizativo, y que los sucesivos actos organizativos adoptados por la sociedad, una vez sea declarada nula la causa jurídica de los mismos, deben ser convalidados o regularizados conforme a las reglas y principios propios del ordenamiento societario y con pleno respeto al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución. En definitiva: no es posible la aplicación poco meditada del brocardo ‘quod nullum est nullum effectum producit’.

(...) Sentado lo anterior y reiterando que no cabe trasvasar, sin más, al campo societario los conceptos de ineficacia propios de la teoría general del negocio jurídico y en especial del contrato, debe tenerse en cuenta que la legislación societaria se inspira en dos grandes principios: el de la seguridad jurídica, que trata de hacerse efectivo mediante el sometimiento de los actos de nacimiento de las sociedades y sus modificaciones al control notarial y registral, ejercido en el ámbito respectivo por profesionales cualificados en el conocimiento del ordenamiento jurídico; y el de la seguridad del tráfico, que trata de hacerse realidad mediante la regulación de determinados supuestos de apariencia en la que pueden confiar los terceros por cuanto que el ordenamiento los protege (caso, p. ej. de la sociedad irregular o de la sociedad nula).

Precisamente, la protección del tercero, muy conectada con la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, es la que exige que el perfil de la nulidad en el Derecho de sociedades sea diferente del que le confirió el legislador decimonónico en el Código Civil (de radicales perfiles como es bien sabido); ideas, por lo demás, claramente asentadas en trabajos prelegislativos de tanto calado como el proyectado artículo 214-16 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (objeto de informe en el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014), que establece, en relación con la inscripción en el Registro Mercantil de la sentencia o del laudo estimatorio lo siguiente: ‘(...) 2. Cuando el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia o el laudo que estime la acción determinará, además, la cancelación de la inscripción, así como la de todos los asientos posteriores que resulten manifiestamente contradictorios con ella’.

5. Admitida una posible convalidación de acuerdos sociales en línea con lo declarado por este Centro Directivo en su citada Resolución de 2013 (vid., en la

misma línea, la Resolución de 4 de julio de 2016) y en las decisiones jurisprudenciales anteriores, debe afirmarse que tal convalidación tiene efectos ‘*ex tunc*’ con independencia de la conducta procesal de las partes, y por esa línea discurren las importantes novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben.

6. En la teoría del contrato, la anulabilidad hace referencia a un tipo especial de nulidad por vicio del consentimiento o falta de capacidad que se distingue de la nulidad por la persona legitimada para hacerla valer, y tradicionalmente en el Derecho de sociedades la distinción entre acuerdos nulos y anulables se basó exclusivamente en las reglas infringidas por el acuerdo y las consecuencias de la infracción, algo que se reflejaba en la legitimación para impugnar los acuerdos y el plazo para hacerlo. La reforma, como se ha indicado anteriormente, acaba con la distinción y unifica los plazos para la impugnación y la legitimación para impugnar, generalizando el plazo de un año para todos los acuerdos impugnables que se establece en el nuevo artículo 205.1, según el cual la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá. Cuestión diferente es la relativa a los que, tradicionalmente caracterizados como inexistentes, no pueden sobrevivir con el paso del tiempo, toda vez que nunca se ha dudado que un acuerdo inexistente, por ejemplo un acuerdo ‘inventado’ o simulado absolutamente, es un acuerdo cuya impugnación no caduca (piénsese en acuerdos adoptados en sedicentes juntas universales).

El nuevo artículo 204.2 establece que cuando la revocación o sustitución hubiere tenido lugar después de la interposición de la demanda, ‘el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto’, rectificándose así, en relación con el segundo de los supuestos (la impugnación de acuerdos sociales una vez iniciado un proceso judicial), el criterio jurisprudencial anterior, que se oponía a la admisión de la revocación o sustitución del acuerdo en tales casos por aplicación del principio ‘*ut lite pendente nihil innovetur*’, conforme

al cual carecen de eficacia las innovaciones introducidas después de iniciado el juicio en el estado de los hechos o de las personas o de las cosas que hubieren dado origen a la demanda. Este supuesto es ahora compatible con la posibilidad de subsanar (siempre que sea posible) la causa de impugnación, prevista tradicionalmente en la legislación societaria (vid. artículo 115.3, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades Anónimas) y que el artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital mantiene inalterada. De esta forma -se ha dicho- la norma considera el supuesto de la subsanación diferente al de la sustitución del acuerdo impugnado por otro (artículo 204.2) y lo hace porque conceptualmente son diferentes, ya que la subsanación no supone necesariamente la desaparición del acto impugnado, sino de la causa de impugnación, aunque el efecto será el mismo: subsanada la causa de impugnación (por ejemplo, un requisito de forma) el proceso termina.

7. Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid. Resoluciones de 26 de julio y 26 de octubre de 2016) ‘la Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 204.2 la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, mecanismo sanatorio que encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, pues cuando los defectos sean de orden material o sustantiva, la decisión corporativa idónea para enervar su eventual impugnación habrá de ser de sentido inverso a la característica de la sustitución, es decir, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que debe producirse es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de una acuerdo de contenido objetivamente incompatible, fórmula que se encuentra igualmente contemplada en el artículo 204.2. La eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación. Dicha eficacia retroactiva deberá entenderse sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (cfr. artículo 20 del Código de Comercio)’.

8. En el presente caso, los defectos que dieron lugar a la nulidad de los acuerdos eran de orden material o sustantiva. Y, en cuanto a la motivación de los acuerdos expresada en los títulos calificados y las alegaciones de la recurrente en el sentido de que los acuerdos cuya inscripción se solicita se han adoptado para dar cumplimiento a lo declarado en las sentencias referidas, debe tenerse en cuenta que en las mismas, propiamente, no se impone la adopción de tal acuerdo sino que determina las condiciones que tendrían que haber cumplido el acuerdo impugnado para que no tuviera tacha de nulidad alguna. Por ello, cobra sentido las consideraciones expresadas respecto del mismo caso por la Resolución de esta Dirección General de 6 de junio de 2019: ‘Y si como consecuencia de la inscripción de la sentencia firme de declaración de nulidad de acuerdos (previa a la cancelación de los asientos posteriores contradictorios) resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad que la legislación sobre el

Registro Mercantil demanda, corresponderá a quienes a ello están obligados instar la adopción de acuerdos necesarios para ejecutar la sentencia de nulidad y regularizar la situación jurídica de la sociedad respecto de los actos y relaciones jurídicas afectados. De este modo los administradores deberán convocar a los socios a una junta que resuelva adoptar las medidas adecuadas para regularizar la situación en que se encuentra la sociedad y al objeto de adecuar su situación a lo previsto en el contenido de la sentencia recaída (vid. Resoluciones de 30 de mayo de 2013 y 30 de junio de 2014)?

Debe, por tanto, confirmarse el criterio de la registradora al exigir que el acuerdo de reducción de capital con simultáneo aumento del mismo cumpla con los requisitos legalmente establecidos a los que se refiere en su calificación y se regularice la situación de la sociedad respecto de otros actos y relaciones afectados, especialmente el relativo a la reducción por pérdidas y simultáneo aumento del capital social hasta la cifra de 650.500 euros (acuerdo aprobado el 30 de abril de 2015, después de los acuerdos impugnados y declarados nulos), así como la reducción del capital en 278.530 euros -por condonación de dividendos pasivos- acordada el 24 de agosto de 2017, que constan en los asientos registrales (inscripciones 23.<sup>a</sup> y 26.<sup>a</sup>), en los que la sociedad favorecida por la nulidad declarada no pudo ejercer los derechos que le habrían correspondido como consecuencia de las acciones privilegiadas que en los acuerdos que ahora se pretende inscribir se le atribuyen. De lo contrario, como afirma la registradora en su calificación se vería frustrada la tutela judicialmente concedida a la sociedad ‘Sadim Inversiones S.A.’. Por lo demás, esa regularización pendiente no podrá llevarse a cabo desconociendo los derechos de titulares de las acciones creadas mediante el aumento de capital anulado y el posteriormente realizado podían actuar con base en la confianza legítima de que su relación societaria estaba válidamente constituida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [P.G.P.]

*Negativa a inscribir la declaración de unipersonalidad. La designación del ejercicio de los derechos de socio no implica unipersonalidad sobrevenida.*

Resolución de la DGSJFP de 20 de diciembre de 2019 (BOE núm. 66, de 14 de marzo de 2020, pp. 25247-25256)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3655](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3655)

“(…) De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.
- b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (vid. sentencia número 727/2012, de 8 noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (vid. sentencia número 286/2013, de 11 diciembre, de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. En el supuesto de hecho, resulta del contenido del registro de la sociedad que la condición de socio la ostentan dos personas, marido y mujer, cada uno titular de un número determinado de participaciones sociales. En consecuencia, para que la condición de socio inherente a dicha titularidad se transmita de un titular a otro se aplican las reglas generales de nuestro ordenamiento sobre transmisión de acciones o de participaciones sociales (vid. Capítulos III y IV del Título IV de la Ley de Sociedades de Capital).

Este esquema de cosas no se altera, según ha quedado fundamentado, por el hecho de que uno o los dos titulares de las participaciones sociales se encuentren casados en régimen de gananciales ni por el hecho de que las participaciones ostenten carácter ganancial de acuerdo a las reglas de atribución de nuestro ordenamiento (artículos 1347 y siguientes del Código Civil), como no se modifica por el hecho de que los dos socios estén casados entre sí en dicho régimen. Para transmitir la condición de socio de uno de los titulares al otro se aplican las reglas generales sobre transmisión de participaciones sociales y, en consecuencia, las previsiones que al respecto contiene nuestro Código Civil y la Ley de Sociedades de Capital.

La mera atribución del ejercicio de los derechos de socio de una persona a otra debe enmarcarse en la regulación relativa al mandato y a la representación pero no transmite per se la condición de socio.

Es cierto que en sede de sociedad de gananciales esta Dirección General ha admitido generosamente los denominados negocios jurídicos de comunicación o de atribución amparados en el principio de libertad de contratación entre los cónyuges (artículo 1323 del Código Civil), pero no lo es menos que como ha señalado este Centro Directivo (por todas, Resolución de 11 de mayo de 2016): ‘(...) el régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil, siendo preciso que los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3.º y

1274 y siguientes del Código Civil), han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible. Y todo ello sin perjuicio de que dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos, siendo suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, interpretados en el contexto de la finalidad que inspira la regulación de los referidos pactos de atribución de ganancialidad tendentes a ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, en el marco de la relación jurídica básica -la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial- (...)'.

En definitiva, para que se produzca un desplazamiento patrimonial de las participaciones sociales de un cónyuge a otro, aun cuando esta circunstancia no afecte al carácter ganancial de aquellas, será preciso que, de acuerdo a la doctrina expresada, se apliquen las reglas generales o las especiales de los negocios de comunicación entre cónyuges, circunstancia que no se produce en el supuesto de hecho en el que los cónyuges se limitan a afirmar que el 'ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la condición de socio sea ostentada desde este momento por el otro miembro de la sociedad de gananciales', declaración de voluntad que por sí sola no revela la existencia de un desplazamiento patrimonial de un cónyuge a otro y que por sí misma no permite entender que la condición de socio ha sido objeto de transmisión.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada". [P.G.P.]

*Negativa a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada. Posibilidad de pactar de forma alternativa diferentes modos de administración mancomunada.*

Resolución de la DGSJFP de 7 de enero de 2020 (BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020, pp. 80233-80238)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11098](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11098)

“(…) En el presente caso, la registradora en su calificación se limita a objetar que determinados apartados de la disposición estatutaria son contradictorios y a citar ciertos preceptos, y sólo posteriormente, en su preceptivo informe, indica que tal disposición estatutaria otorga inevitablemente a la junta general la decisión sobre la forma de ejercitar el poder de representación sin necesidad de modificar los estatutos, en contra de lo establecido en el artículo 233.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de la doctrina de esta Dirección General en las resoluciones que cita en dicho informe (27 de agosto de 1998, 22 de junio de 2000, 1 de septiembre de 2005, y 18 de abril, 8 de junio y 18 de octubre de 2016). Y debe recordarse que también es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero

de 2008, 13 de diciembre de 2010, 7 de julio de 2011, 16 de septiembre de 2014, 12 de diciembre de 2017 y 4 de abril y 20 de junio de 2019) que el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe, toda vez que, si el registrador retrasa la exposición de sus argumentos a dicho informe, el interesado o legitimado para recurrir se ve privado de su derecho, pues desconocerá la razón última de la decisión recurrida y no podrá exponer adecuadamente al órgano competente para conocer de su recurso sus argumentos. Igualmente, se ha expuesto que en dicho informe no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la calificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador.

Por las razones expuestas, no puede confirmarse la calificación, pues no se aprecia la contradicción invocada en la misma por la registradora, sin que se puedan abordar las razones que alega extemporáneamente en su informe dado se produciría indefensión en el recurrente, quien ha basado su argumentación en que es posible pactar, alternativamente, diferentes modos de administración mancomunada, en el ámbito de la libertad que la ley permite”. [M.V.S.]

*Negativa a practicar el depósito de cuentas de una sociedad. Controversia entre número de identificación fiscal y nota marginal de cierre.*

Resolución de la DGSJFP de 7 de enero de 2020 (BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020, pp. 80239-80242)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11099](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11099)

“(…) La revocación del número de identificación fiscal obedece a una razón de ser diferente y es objeto de un procedimiento distinto del que provoca la nota marginal de cierre previsto en el artículo 119.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

La regulación del número de identificación fiscal se comprende en Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos. El procedimiento de concesión se contempla en su artículo 23 y el de revocación y rehabilitación, que se enmarca en los procedimientos de comprobación e investigación, en su artículo 147 de cuya regulación resultan las consecuencias y efectos derivados de ambas situaciones. Específicamente el procedimiento de revocación, que obedece al incumplimiento de las obligaciones

fiscales que el propio precepto determina, se sujeta al procedimiento en el mismo regulado y culmina con la publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’.

En conclusión, el efecto de cierre total de la hoja social es el mismo tanto en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades como en el de revocación del número de identificación fiscal, sin perjuicio de que la práctica de cada una de estas notas marginales así como su cancelación se practique en virtud de títulos igualmente distintos. Por ello, la calificación del registrador Mercantil debe ser confirmada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir la escritura de reducción del capital social en una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 15 de septiembre de 2020 (BOE núm. 265, de 7 de octubre de 2020, pp. 85120-85126)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11910](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11910)

“1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura otorgada el 9 de enero de 2020 mediante la cual se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad ‘Xamai España 2019, S.L.’ el 26 de septiembre de 2019, por los que se reduce el capital social con la finalidad de restituir el valor de sus aportaciones a uno de los socios (...).

El defecto objeto de impugnación consiste en que, según expresa la registradora en su calificación, no consta el número de identidad de extranjero (N.I.E.) de la sociedad a la que se restituyen sus aportaciones, exigencia que, a su juicio, resulta de lo establecido en los artículos 331.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 38.2 y 202 del Reglamento del Registro Mercantil, y 18.1 y 20.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

2. Dada la función de garantía que, entre otras, desempeña el capital social, el rigor de las exigencias legales para su reducción ha de observarse escrupulosamente en la medida que puede comprometer las expectativas de cobro de los acreedores sociales (...).

Tratándose de personas físicas extranjeras el artículo 38 exige que se haga constar el «número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia, o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes». Añade el precepto que «se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria», norma que resulta aplicable tanto a nacionales como a extranjeros. Y si se trata de personas jurídicas, según el mismo artículo reglamentario, se indicarán los datos de identificación registral y «el número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo

con arreglo a la normativa tributaria», exigencia ésta también aplicable a las personas jurídicas extranjeras.

Por tanto, a los efectos de identificación de personas jurídicas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad sólo cuando lo exija la normativa tributaria será obligatorio que conste un número de identificación fiscal.

(...) Según el artículo 3.1 del mismo Reglamento, el Censo de Obligados Tributarios estará formado por la totalidad de las personas o entidades que deban tener un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria conforme a lo establecido en el citado artículo 18. Y el artículo 4.2, relativo al contenido de dicho Censo, incluye entre los datos de éste el número de identificación fiscal español asignado a las personas jurídicas extranjeras. Por su parte el artículo 23.1 del mismo Reglamento establece que las personas jurídicas «que vayan a ser titulares de relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria deberán solicitar la asignación de un número de identificación fiscal. En el caso de que no lo soliciten, la Administración tributaria podrá proceder de oficio a darles de alta en el Censo de Obligados Tributarios y a asignarles el número de identificación fiscal que corresponda».

4. En el presente caso, la escritura calificada contiene un acto del que se derivan relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria, pues a la socia única de que se trata la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S]

*Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

Resolución de la DGSJFP de 24 de septiembre de 2020 (BOE núm. 267, de 9 de octubre de 2020, pp. 85996-86002)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12048](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12048)

“1. En el presente recurso están presentados por diferentes personas dos títulos relativos al nombramiento de administrador de una misma sociedad, realizados por dos distintas juntas por existir controversia respecto de la titularidad de la condición de socios y por tanto de las mayorías exigibles (...). El título que es objeto de este recurso es el presentado en segundo lugar. El recurrente alega la inexactitud de la escritura primeramente presentada, por no corresponderse la titularidad real de las participaciones con las reflejadas en el libro de socios legalizado en el Registro Mercantil.

2. (...) los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que

deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos (...).

Esta misma doctrina ha exigido que se respete el principio de prioridad registral, de modo que la calificación conjunta de los documentos presentados no puede comportar una alteración injustificada en el orden de despacho de los mismos (cfr. Resoluciones de 23 de octubre y 8 de noviembre de 2001).

(...) La cuestión esencial reside en consecuencia en determinar adecuadamente la especie de conflicto que se produce cuando, a la hora de calificar, existe presentado un documento posterior auténtico que cuestiona la validez o eficacia del primero (...).

3. Este conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad, sino de validez (...).

(...) Es también doctrina asentada de este Centro Directivo que el registrador Mercantil deberá tener en cuenta en su calificación no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con éstos, aunque fuese presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces.

(...) Y es que la regla general de que el orden de despacho deba corresponder al orden de presentación no puede imponerse a aquellas situaciones en que del documento posteriormente presentado resulte de forma auténtica la falta de validez del primero, o bien comprometida dicha validez en términos tales que su inscripción resultaría contraria al principio general que rige en sede registral de que al Registro Mercantil sólo pueden acceder títulos plenamente válidos y no claudicantes, ni aquellos otros aquejados de incertidumbre en cuanto a las circunstancias fácticas o jurídicas en que se sustenta su validez, lo que sería contradictorio con las presunciones de exactitud y validez que el Ordenamiento anuda a los actos y contratos inscritos en dicho Registro (vid. artículos 20 número 1 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

(...) Lo mismo ocurre con la presentación, con asientos de presentación vigentes, de diversos títulos contradictorios entre sí. La regla general es que, en su función calificadora, los registradores mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después (...).

Así ocurre en el presente supuesto en el que debe considerarse fundada la decisión del registrador de rechazar la inscripción del título objeto de recurso en tanto en cuanto el primero se encuentre pendiente de despacho o con asiento vigente, o se dilucide judicialmente la titularidad real de las participaciones y la validez de uno u otra junta contradictoria (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la desestimación del recurso y la confirmación de la nota de calificación”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de liquidación de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 30 de septiembre de 2020 (BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020, pp. 87640-87647)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12239](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12239)

“(…) El Registrador suspende la inscripción de dicha escritura porque entiende que «no puede considerarse prestado el consentimiento pleno al reparto de la cuota resultante de la liquidación al no existir consentimiento unánime de los socios al pago de la cuota de liquidación *in natura*, por lo que la liquidación realizada es contraria a lo dispuesto en el artículo 393 de la Ley de Sociedades de Capital». Añade que, si bien una socia acepta las fincas que se le adjudican en pago de su cuota de liquidación, también se constata su oposición a la valoración de los elementos patrimoniales adjudicados y la no aceptación de la obligación de pagar la deuda que mantiene con el resto de los socios (...).

(…) Se hace imprescindible la formulación de un balance final que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta. Ese balance debe someterse a aprobación de la junta general junto a un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante (artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital). Ese proyecto de división no es sino una propuesta de reparto del activo resultante entre los socios que debe ajustarse a las normas establecidas en los artículos 391 a 394 de dicha Ley (...).

(…) En los casos en que el derecho del socio a la cuota de liquidación se satisfaga no en dinero sino mediante la adjudicación de bienes concretos es imprescindible que el acuerdo unánime de los socios se adopte una vez que se haya determinado el haber líquido partible así como la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta – a falta de cláusula estatutaria concreta– (*vid.* la Resolución de este Centro Directivo de 13 de febrero de 1986). Sólo así queda garantizado el derecho del socio a la integridad de la cuota resultante de la liquidación (...).

Por ello, debe confirmarse el criterio del registrador, pues respecto del acuerdo de la junta general sobre la liquidación mediante la adjudicación de los bienes –y según consta en el acta notarial de dicha junta– la socia adjudicataria manifiesta

expresamente su oposición a la propuesta de reparto del haber social –y anuncia su intención de impugnarlo– por entender que la distribución del haber social es totalmente arbitraria, que lo que se pretende adjudicarle no alcanza a cubrir el importe de su cuota de liquidación y que no se contempla una compensación de los créditos que tiene la sociedad contra sus socios ni la deuda que tiene contra esta socia (...).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada.*

Resolución de la DGSJFP de 1 de octubre de 2020 (BOE núm. 280, de 23 de octubre de 2020, pp. 91248-91254)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12824](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12824)

“1. Según el primero de los defectos expresados por el registrador en la calificación objeto del presente recurso, no consta la reseña identificativa de la escritura de capitulaciones matrimoniales de uno de los socios fundadores (casado bajo el régimen de separación de bienes) «así como los datos de inscripción de la misma en el Registro Civil correspondiente. Artículo 266 del Reglamento del Registro Civil».

En su informe, el registrador reconoce que en la escritura calificada sí que se reseñan las referidas capitulaciones, por lo que rectifica la calificación sólo respecto de ese extremo, pero mantiene «el segundo inciso de ese primer defecto, relativo a la falta de acreditación de la inscripción de la referida escritura de capitulaciones en el Registro Civil» porque entiende que no es objeto del recurso (...).

2. El segundo de los defectos invocados por el registrador consiste en que, a su juicio, conforme al artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil, debe inscribirse previamente en tal Registro el nombramiento de la administradora única de una de las sociedades fundadoras.

El notario recurrente alega que la aplicación del principio de tracto sucesivo no puede impedir la inscripción solicitada, toda vez que en la escritura en cuestión hizo constar de manera expresa los datos necesarios para apreciar la válida designación del representante legal de la sociedad interesada.

3. Este segundo defecto no puede ser mantenido.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas la Resolución de 18 de diciembre de 2019) que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el

Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (...).

Es cierto que, según el artículo 11.3 del Reglamento del Registro Mercantil, «Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos». Pero, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., entre otras, las Resoluciones de 2 de febrero de 1979, 26 de mayo y 4 de junio de 1998, 23 de diciembre de 1999, 14 de enero y 21 de marzo de 2002, 21 de febrero y 22 de junio de 2011, 22 de abril de 2014 y 20 de febrero de 2020), en un registro de personas como es el Registro Mercantil, registro de empresarios, algunos principios registrales como el de tracto sucesivo no pueden tener el mismo alcance que en un registro de bienes donde los derechos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles o gozan entre sí de preferencia en razón del momento de su acceso al registro. Por ello, aunque el artículo 11 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio – formulación que no aparece con rango legal–, su aplicación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva. Así la regla del apartado 3 del artículo 11 del referido Reglamento constituye obstáculo para inscribir, en la hoja de la sociedad que se constituye, los actos otorgados por los administradores de la misma cuyo cargo no conste inscrito en esa misma hoja; pero no puede impedir la inscripción de la sociedad que se constituye por el hecho de que una de las sociedades fundadoras intervenga mediante un administrador no inscrito en la hoja de esta última, pues la aceptación de la tesis del registrador supondría reconocer carácter constitutivo a la inscripción de tal cargo, lo que no aparece establecido en precepto alguno (...).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada únicamente en relación con el segundo de los defectos en la misma expresados, único al que debe ceñirse la presente resolución”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de renuncia del administrador único de una sociedad.*

Resolución de la DGSJFP de 9 de octubre de 2020 (BOE núm. 280, de 23 de octubre de 2020, pp. 91328-91331)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12833](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12833)

“(…) El registrador suspende la práctica del asiento solicitado porque la sociedad figura dada de baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. Es cierto que, como afirma el recurrente, si el cierre registral estuviera motivado por el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales (...), sí que procedería la inscripción de la renuncia del administrador. Pero ello no

es posible por tratarse de un supuesto diferente, de cierre registral como consecuencia de la baja provisional de la sociedad en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (...).

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (...).

(...) Dicha regulación se completa con la del artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil (...).

El contenido de estas normas es concluyente para el registrador: vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo las excepciones citadas. Y producido tal cierre ni siquiera puede inscribirse –como pretende el recurrente– el cese de los administradores.

Por ello, el recurso no puede prosperar pues entre las excepciones a la norma de cierre que los preceptos transcritos contemplan no se encuentra el cese de administradores que, en consecuencia, no podrá acceder a los libros registrales mientras el cierre subsista.

Esta Dirección General ha insistido en que no pueden confundirse las consecuencias de este cierre registral provocado en el ámbito de las obligaciones de naturaleza fiscal con las del cierre que se deriva de la falta de depósito de cuentas anuales (...), respecto del cual se admite expresamente como excepción la inscripción del cese o la dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo (...).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de fusión de dos sociedades.*

Resolución de la DGSJFP de 9 de octubre de 2020 (BOE núm. 280, de 23 de octubre de 2020, pp. 91332-91347)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12834](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-12834)

“(…) El recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no pueden ahora valorarse documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada, pues, (...) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de

registradores es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a derecho.

Y es igualmente doctrina reiterada que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso, a fin de obtener una nueva calificación (...).

3. El primero de los dos defectos que mantiene el registrador consiste en que, a su juicio, no puede inscribirse el aumento del capital social de la sociedad absorbente porque, en la cifra resultante, éste no queda cubierto por el patrimonio de dicha sociedad tras la fusión.

Esta objeción debe ser confirmada, pues no es sino consecuencia del principio de realidad del capital social, según el cual es nula la creación de participaciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad y no cabe crear participaciones por una cifra inferior a la de su valor nominal (...).

Por ello, en las fusiones y escisiones, para que sean viables se exige legalmente la necesaria cobertura de la cifra de capital para la sociedad resultante o beneficiaria ex artículo 34.3 de la Ley 3/2009 (...) y sin perjuicio de que la necesidad del informe del experto quede dispensada cuando ninguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o en atención en ciertos supuestos de fusiones y escisiones «simplificadas».

En el presente, caso la falta de cobertura de la nueva cifra de capital social de la sociedad absorbente es indudable, como resulta de las consideraciones expresadas en la calificación impugnada.

4. El segundo defecto invocado por el registrador se refiere a la falta de constancia de la fecha de comunicación del acuerdo de fusión a los acreedores.

(...) Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (Resolución de 3 de octubre de 2013 y otras posteriores), el procedimiento de fusión tiene una marcada base negocial en cuanto acuerdo de voluntades de las sociedades implicadas. En su virtud bien se integran sus respectivos patrimonios para formar una nueva sociedad con extinción de las antiguas, bien una o unas de ellas se extinguen aportando a la que subsiste todo su patrimonio, en ambos casos por sucesión universal (artículos 22 y 23 de la Ley 3/2009).

Aunque el acuerdo se produzca entre sociedades existen otros intereses dignos de protección, intereses que sin formar parte de la base negocial deben ser respetados.

(...) No puede deducirse que la práctica de la publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual sea irrelevante respecto de los acreedores; bien al contrario, en cuanto manifestación de su derecho de información, la falta de cumplimentación o su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la

impugnación del proceso de fusión. Su trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley 3/2009 que, frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas) incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores» (...).

En el presente caso el registrador entiende que debe concretarse la fecha de la última comunicación que se haya realizado a los acreedores a fin de dar por cumplimentado el artículo 44 de la Ley 3/2009.

(...) Por ello no cabe otra interpretación de dicho artículo que aquella que acomode su contenido al contenido actual del artículo 43 de la Ley 3/2009 (...).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad relativas al ejercicio de 2019.*

Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020 (BOE núm. 291, de 4 de noviembre de 2020, pp. 95964-95967)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13549](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13549)

“1. En el presente recurso se pretende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019, estando el Registro cerrado por falta de depósito de las correspondientes al ejercicio anterior.

(...) El recurrente alega, en síntesis, que la sociedad no podría haber realizado ninguna operación hasta tener la escritura debidamente registrada, es decir como pronto el 17 de enero de 2019, pero no en el 2018; y a mayor abundamiento, el alta en Hacienda se presentó en septiembre de 2019.

2. El recurso debe ser desestimado.

(...) Asimismo, de ciertos preceptos legales resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero, del Código Civil (...). La existencia de la sociedad no inscrita como «sociedad» resulta también del propio artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando determina la aplicación de las normas de la sociedad civil o de la colectiva -según el carácter de su objeto-. Igualmente, la facultad de instar la disolución que a los socios de la sociedad confiere el artículo 40 de la Ley de Sociedades de Capital, más parece presuponer su previa existencia y autonomía que lo contrario, como se infiere de que hable del «patrimonio social», dando idea

de un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad; y del «reparto de cuota», reparto de cuota que habrá de realizarse tras la «liquidación del patrimonio social» (cfr. Resolución de 22 de abril de 2000) (...).

3. Habiéndose constituido la sociedad el día 27 de diciembre de 2018, fecha coincidente con el inicio de operaciones, según los estatutos, debe presentar los documentos contables correspondientes al ejercicio del 2018, aunque su contenido se ajuste a lo manifestado por el recurrente de no haber realizado actividad mercantil alguna.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho”. [M.V.S.]

*Negativa a practicar el depósito de cuentas anuales de una sociedad relativas al ejercicio 2019.*

Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020 (BOE núm. 291, de 4 de noviembre de 2020, pp. 95972-95974)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13551](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13551)

“1. En el presente recurso se pretende el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019, estando el Registro cerrado por falta de depósito de las correspondientes al ejercicio anterior.

(...) El recurrente alega, en síntesis, que la sociedad no podría haber realizado ninguna operación hasta tener la escritura debidamente registrada, es decir como pronto el 21 de enero de 2019, pero no en el 2018; y a mayor abundamiento, el alta en Hacienda se presentó en septiembre de 2019.

2. El recurso debe desestimarse.

(...) Asimismo, de ciertos preceptos legales resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero, del Código Civil (...). La existencia de la sociedad no inscrita como «sociedad» resulta también del propio artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando determina la aplicación de las normas de la sociedad civil o de la colectiva -según el carácter de su objeto-. Igualmente, la facultad de instar la disolución que a los socios de la sociedad confiere el artículo 40 de la Ley de Sociedades de Capital, más parece presuponer su previa existencia y autonomía que lo contrario, como se infiere de que hable del «patrimonio social», dando idea de un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad; y del «reparto de cuota», reparto de cuota que habrá de realizarse tras la «liquidación del patrimonio social» (cfr. Resolución de 22 de abril de 2000) (...).

3. Habiéndose constituido la sociedad el día 17 de diciembre de 2018, fecha coincidente con el inicio de operaciones, según los estatutos, debe presentar los documentos contables correspondientes al ejercicio del 2018, aunque su contenido se ajuste a lo manifestado por el recurrente de no haber realizado actividad mercantil alguna.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho”. [M.V.S.]

*Suspensión de inscripción de una resolución judicial de declaración de disolución de una sociedad y nombramiento de liquidadores.*

Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020 (BOE núm. 291, de 4 de noviembre de 2020, pp. 95991-96002)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13554](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13554)

“(…) En el presente expediente se cumple el presupuesto de la existencia, judicialmente constatada, de la causa legal de disolución del artículo 363.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital, ejercitándose con carácter subsidiario la acción de disolución judicial por los administradores ex artículo 366 LSC por la falta de adopción del correspondiente acuerdo en junta (…).

Promulgada la nueva Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria que incluye un nuevo expediente de disolución judicial en su Capítulo V del Título VII, el título inscribible puede ser tanto una resolución judicial – un auto dictado en expediente de jurisdicción voluntaria y sin que sea necesario su conversión en contencioso cuando «se promueva cuestión entre las partes» (cfr. antiguo artículo 1.811 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) como una sentencia dictada en procedimiento declarativo (como ocurre en nuestro caso; vid. actual 19.4 Ley de Jurisdicción Voluntaria)- como un laudo arbitral (SSTS 20 diciembre de 1985, 11 de diciembre de 1987, 17 julio de 1989 y 30 de noviembre de 2001, entre otras).

(…) En el supuesto que motiva este recurso la situación es ligeramente diferente: el órgano de administración que insta la declaración judicial de nulidad no tiene el respaldo del socio mayoritario que acuerda una voluntaria y diferente disolución y nombramiento de liquidadores distintos de los designados por el juez.

(…) El problema básico registral que este recurso plantea es el relativo a la eficacia registral de las anotaciones preventivas de suspensión de acuerdos sociales (…).

El caso objeto de recurso se complica adicionalmente por la circunstancia de que acceden primeramente al Registro mercantil unos acuerdos sociales de junta que resultan no obstante ser posteriores en el tiempo a una decisión judicial de disolución forzosa de la sociedad y nombramiento judicial de liquidadores lo que

exige resolver la trascendencia de tal circunstancia a los efectos de la aplicación correcta del principio de prioridad registral en el Registro mercantil.

(...) Se que contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares con la finalidad de asegurar las resultas del procedimiento. Entre dichas medidas, expresamente se contemplan la anotación preventiva de la demanda, así como la suspensión de eficacia de los acuerdos impugnados (artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), e incluso «órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (artículo 726.2 LEC).

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil contempla tanto la mera anotación preventiva de demanda como aquella en la que, además, se acuerda la suspensión de los acuerdos impugnados (vid. sus artículos 155 a 157) (...).

(...) En este caso hay que entender que la medida cautelar de suspensión del acuerdo del nombramiento de administradores entraña de suyo una supresión absoluta de todas las facultades de administración y representación puesto que el juez no se limita a ordenar la intervención o fiscalización de sus funciones con carácter temporal a los administradores nombrados en la junta (.../...). Esa suspensión en el ejercicio del cargo, a menos que el juez ordene lo contrario, no entraña, desde luego, la reviviscencia o rehabilitación, ni siquiera temporal, de quienes hubieran sido los anteriores administradores. En consecuencia, de todo lo anterior, la sociedad queda provisionalmente y mientras dure el proceso, acéfala, sin administradores en activo, pero sujeta a intervención judicial (...).

(...) Anotada la suspensión de un acuerdo social, es perfectamente posible que se pretenda luego inscribir o anotar otro hecho inscribible conexo con aquel acuerdo social suspendido pero incompatible o contradictorio con él (...).

En nuestro caso, existen dos hechos registrales opuestos referidos a la misma sociedad y a diferentes liquidadores: la disolución voluntaria acordada por junta y posterior nombramiento de liquidadores cuyas suspensiones, judicialmente declaradas, acceden primeramente al Registro y la disolución forzosa de la sociedad por causa legal adoptada por sentencia con nombramiento judicial de liquidadores que accede luego, después de casación, al mismo Registro.

(...) Y es que la contradicción o conflicto entre títulos inscribibles debe salvarse en aplicación de las normas materiales o sustantivas de eficacia y validez de actos jurídicos y no mediante recurso automático al remedio de la prioridad registral “importada” de la dogmática del Registro de bienes.

(...) Resulta que «no cabe una traslación mecánica de los principios registrales que juegan en el registro de bienes prototípico como es el Registro de la Propiedad en el registro de personas que es nuestro Registro Mercantil. La preferencia excluyente o en rango de derechos reales distintos impuestos sobre una misma finca no es lo mismo que la contradicción que se ventila entre hechos registrables incompatibles (normalmente acuerdos y decisiones sociales) que se predicán de un sujeto inscribible en el registro de personas. En un registro de personas como es

el Registro Mercantil, el llamado principio de prioridad no puede tener el mismo alcance que en un registro de bienes, donde los derechos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles o gozan entre sí de preferencia en razón del momento de su acceso al registro. Por ello, aunque el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio, formulación que no aparece a nivel legal, su aplicación ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y de legitimación tienen su fuente en la Ley (en el Código de Comercio)» (...).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales.*

Resolución de la DGSJFP de 22 de octubre de 2020 (BOE núm. 293, de 6 de noviembre de 2020, pp. 97001-97004)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13754](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13754)

“1. Se debate en el presente recurso si se puede inscribir el acuerdo social relativo al cambio de estructura del órgano de administración de una sociedad, en favor del sistema de administrador único, adoptado en Junta General convocada al efecto por el único administrador mancomunado existente, ante el fallecimiento del otro.

(...) Con relación a la cuestión sustantiva planteada, dispone el artículo 171 del TRLSC lo siguiente:

‘En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto.’

(...) La validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime,

no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas por tratar en ella (cfr. artículo 178.1).

Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno (...).

4. Cabe por tanto que la Junta General, a convocatoria del administrador mancomunado que permanece en el ejercicio del cargo, aun cuando no figure este extremo en el orden del día, pueda nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, dada la necesidad de convocatoria conjunta, pero no podrá cambiar la estructura del órgano de administración; si bien ese pretendido cambio de sistema de administración sí puede aprobarse en una junta que el administrador mancomunado que queda puede convocar con ese objeto (vid. artículo 171, párrafo segundo, de la misma Ley) (...).

(...) Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado la estimación del recurso y la revocación de la nota de calificación”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

Resolución de la DGSJFP de 23 de octubre de 2020 (BOE núm. 293, de 6 de noviembre de 2020, pp. 97017-97028)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13757](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13757)

“1. La cuestión planteada por el recurso está referida a la convocatoria de la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, hecha solo por dos de sus tres administradores mancomunados. En dicha junta se acuerda cesar a una de las administradoras (asunto no incluido inicialmente en el orden del día), quedando dos administradores que convocan posteriormente una nueva junta donde se cambia el sistema de gobierno para pasar a un administrador único. Los acuerdos de ambas juntas se elevan a público por este administrador en la misma escritura pública. La calificación negativa del registrador descansa en que la junta fue mal convocada, al no haberse hecho por los tres administradores mancomunados conjuntamente. A esto opone la sociedad en su recurso, que realmente la convocatoria se hizo bien y sostiene en su recurso que el eventual defecto habría quedado subsanado, tanto por la asistencia a la reunión -por medio de representante- de la socia y administradora que no suscribió la convocatoria, como por la actitud que aquel mantuvo a lo largo de la misma, al no oponerse a la celebración de la junta por ese motivo (...).

2. A la primera cuestión de si la junta fue convocada válidamente la respuesta ha de ser negativa. En los casos de administración mancomunada es doctrina suficientemente consolidada que han de convocar todos los administradores de manera conjunta, y no solo el número –menor– necesario para representar a la sociedad, pues se trata de una competencia interna (Resolución de 27 de julio de 2015), sin perjuicio de la posibilidad de incorporar a los estatutos una regla específica que permita la convocatoria por ese número menor (Resoluciones de 4 de mayo de 2016 y de 12 de febrero de 2020) (...).

3. Adicionalmente, el recurso sostiene que un posible defecto por razón de autoría de la convocatoria habría quedado subsanado al asistir a la reunión el representante de la otra administradora y socia, que no formuló oposición por ese motivo, y trae a colación la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio 2019, donde se consideró que la presencia en la junta de todos los administradores, tanto los convocantes como los no convocantes, sin haber hecho objeción, «constituye un inequívoco acto concluyente de conformidad con la convocatoria, con lo que la finalidad legal de que la misma se hiciera por la totalidad del órgano de administración quedó cumplida, en cuanto se hizo con la conformidad de todos ellos» (...).

(...) Excluida esta primera opción subsanatoria, la siguiente sería determinar si puede resultar entonces de la actitud de los propios socios, o de sus apoderados, pues en este ámbito sí que opera plenamente la representación conferida por la socia (...). Es necesario que los asistentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión, con un determinado orden del día, pues la unanimidad no solo se requiere para celebrar la reunión, también para decidir qué asuntos se deben tratar, y esta exigencia persiste durante toda la reunión (...). En el presente caso no resulta del acta de la junta la voluntad unánime de constituirse en junta universal, ni se incluye por unanimidad el nuevo punto del orden del día referido al cese de la tercera administradora mancomunada, aunque, ciertamente, su representante tampoco se opone de forma expresa y solo se abstiene en la votación. La mesa de la junta podía haber evitado cualquier duda al respecto proponiendo claramente que la junta se celebrara como universal, en cuyo caso sería relevante que ninguno de los presentes se hubiera opuesto, pero no lo hizo. Por tanto, no estamos ante una junta universal. Sigue siendo una junta convocada y, además, mal convocada.

(...) Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura de apoderamiento autorizada por el notario recurrente.*

Resolución de la DGSJFP de 23 de octubre de 2020 (BOE núm. 293, de 6 de noviembre de 2020, pp. 97029-97031)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13758](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13758)

“(…) El artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil, destinado a regular los requisitos de las actas de órganos colegiados de las sociedades mercantiles, dispone en el segundo párrafo de la regla 4.ª de su apartado 1 que «[e]n caso de órganos colegiados de administración, se expresará el nombre de los miembros concurrentes, con indicación de los que asisten personalmente y de quienes lo hacen representados por otro miembro». Esta mención no aparece reiterada en el artículo 112 del mismo texto reglamentario al enumerar las circunstancias que deben expresar las certificaciones en extracto de tales actas; no obstante, en su enunciado se incluyen dos pasajes de los que deriva la exigencia de consignar los nombres.

El primero de esos fragmentos es el recogido en el apartado 2, por cuya virtud «[s]i los acuerdos hubieren de inscribirse en el Registro Mercantil, se consignarán en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados». Resulta obvio que la reseña de los consejeros asistentes a la correspondiente reunión es el medio idóneo para comprobar el cumplimiento del tracto sucesivo (...).

La segunda fracción que afecta a la cuestión debatida es la regla 4.ª del apartado 3 del mismo artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, dedicado a señalar el alivio de condiciones respecto del artículo 97 para las certificaciones por extracto. Pues bien, la aludida regla 4.ª dispone que «[e]n caso de órganos de administración no será necesario especificar cuántos asistieron personalmente ni cuántos por representación», de donde se desprende que sí habrá de expresarse «el nombre de los miembros concurrentes», lo hagan personalmente o representados por otro miembro.

3. Alega el recurrente que la relación de consejeros asistentes encuentra sentido cuando sólo concurren parte de ellos, pero no cuando se hace constar que han asistido todos.

Este argumento no resulta de recibo, pues precisamente lo que persigue el requisito debatido es comprobar que quienes hayan concurrido son consejeros, se encuentran inscritos y son suficientes para la válida constitución del órgano, y esa cualidad expresiva no es predicable de una simple indicación sobre la asistencia de todos los consejeros, pues deja sin identificar a los integrantes del colectivo al que alude (...).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General a desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada”. [M.V.S.]

*Negativa a inscribir una escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales.*

Resolución de la DGSJFP de 27 de octubre de 2020 (BOE núm. 293, de 6 de noviembre de 2020, pp. 96997-97000)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13753](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-13753)

“1. Se debate en el presente recurso si se puede inscribir el acuerdo social relativo al cambio de estructura del órgano de administración de una sociedad, en favor de administración única, adoptado en Junta General convocada al efecto por el único administrador mancomunado existente, ante el fallecimiento del otro.

(...) Con relación a la cuestión sustantiva planteada, dispone el artículo 171 del TRLSC lo siguiente:

‘En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio podrá solicitar del secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto.’

3. Esta cuestión ya fue analizada en la resolución de 23 de julio de 2019 que señaló que la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (...).

Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno. Tan elemental exigencia sólo quiebra en los supuestos en que excepcionalmente el legislador permite adoptar acuerdos sin cumplir dicho requisito, cuáles son los de separación de los administradores (artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y el de ejercicio contra los mismos de la acción social de responsabilidad (artículo 238.1 de la misma Ley) (...).

4. Cabe por tanto que la Junta General, a convocatoria del administrador mancomunado que permanece en el ejercicio del cargo, aun cuando no figure este extremo en el orden del día, pueda nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, dada la necesidad de convocatoria conjunta, pero no podrá cambiar la estructura del órgano de administración (...).

(...) Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado la estimación del recurso y la revocación de la nota de calificación”. [M.V.S.]

*Suspensión de inscripción de una modificación del órgano de administración de una sociedad mercantil.*

Resolución de la DGSJFP de 12 de noviembre de 2020 (BOE núm. 309, de 25 de noviembre de 2020, pp. 104707-104711)

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-14922](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-14922)

“(…) El registrador señala como defecto, resumidamente, que la sociedad no ha depositado las cuentas anuales de los ejercicios 2016, 2017 y 2018, por lo que se encuentra en situación de cierre registral; también manifiesta que en caso de fallecimiento de uno de los administradores mancomunados, el administrador que permanezca en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general únicamente con el objeto de designar un nuevo administrador, conforme al artículo 171 de la Ley de Sociedades de capital (…).

(…) La Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de fecha 18 de septiembre de 2013 (B.O.E. de 14 de octubre de 2013) (...) manifestó que: «4. En el supuesto que nos ocupa, el órgano de administración mancomunado está integrado por dos personas. Por tanto, la validez de la convocatoria por uno sólo de ellos será válida y eficaz sólo en los supuestos previstos en el artículo 171 y para la exclusiva designación de administrador en el lugar del cesado o fallecido. Así resulta de la lógica de la estructura decidida por la junta general: la actuación en todo caso mancomunada, lo que no puede coordinarse con la actuación de un solo administrador sin el otro, que se corresponde con la estructura organizativa propia del administrador único. Partiendo, pues, de la concurrencia del supuesto excepcional contemplado en el mencionado artículo 171.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sería válida la convocatoria y con ello la junta celebrada, para el limitado caso de que ésta se dirija exclusivamente al nombramiento de administrador que cubra la vacante producida, quedando expedita, en otro caso, la vía de la convocatoria judicial. (…).’

Esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha matizado (...) lo siguiente ‘...el cambio de sistema de administración sí puede aprobarse en una junta que el administrador mancomunado que queda puede convocar con ese objeto (vid. artículo 171, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital). Esto es lo que ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, donde sí ha habido adecuada información a los socios, a través de la fijación del asunto del cambio de la estructura del órgano de administración en el orden del día. Que cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo puedan convocar la junta general para el nombramiento de administradores, incluso sin figurar en el orden del día, con ese único objeto (con la finalidad de evitar la paralización de la compañía), de manera que una vez cubierta la vacante del administrador fallecido puedan ya convocar conforme a las reglas generales un orden del día más amplio, (…).’

3. Respecto del cierre del Registro Mercantil por falta de depósito de las cuentas anuales.

(...) La Dirección General de los Registros y del Notariado ha manifestado, (...) lo siguiente: ‘Respecto de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, el claro mandato normativo contenido en el artículo 282 de la Ley del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, así como en el artículo 378 y en la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil, no deja lugar a dudas: transcurrido más de un año desde la fecha del cierre del ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro Mercantil el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, no puede inscribirse documento alguno relativo a la sociedad mientras el incumplimiento persista, salvo las excepciones expresamente previstas y entre ellas la relativa al cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de quienes hayan de sustituirles en dicho cargo. Este Centro Directivo ha mantenido que la falta de depósito no puede constituir obstáculo alguno a la inscripción de la dimisión del administrador ahora debatida, accediéndose así a una pretensión que tiene su fundamento en dicha norma legal y que, en cumplimiento del principio de rogación, debe ser formulada por quien tiene interés legítimo en concordar el contenido de los asientos registrales con la realidad respecto de la publicidad de una titularidad –la de su cargo de administrador– que ya se ha extinguido. En este sentido, cabe recordar que, según la doctrina de este Centro Directivo (...), salvo que otra cosa se precise expresamente en el propio acuerdo, no puede condicionarse la eficacia del cese de los administradores, acordado por la junta general de la sociedad, a la validez, eficacia e inscripción del nombramiento del nuevo administrador, toda vez que dicho cese es un acto previo, autónomo y jurídicamente independiente de las actuaciones sociales subsiguientes. Tampoco la necesidad de evitar que la sociedad quede acéfala puede constituir obstáculo alguno a la inscripción de la dimisión del administrador ahora debatida, toda vez que en el presente caso ha sido ya nombrado nuevo administrador y, aunque dicho nombramiento no se pueda inscribir por estar cerrada la hoja registral (...).’

Consecuentemente con lo expuesto, el cierre registral impide la inscripción del nombramiento de administrador en su nueva condición de administrador único.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en los términos que resultan de los anteriores Fundamentos de Derecho”. [M.V.S.]

### 3. DERECHO CONCURSAL

*Reconocimiento como gasto prededucible de la cuota a la Seguridad Social de los salarios posteriores a la comunicación de insuficiencia de masa y calificados como imprescindibles. No obstante, desestimación por la ausencia del presupuesto de la autorización judicial reconociéndolos como gasto imprescindible.*

STS (Sección 1ª) de 6 de marzo de 2020, rec. nº 2717/2104.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b23096dd3f303eac/20200323>

“(…) En nuestro caso, el gasto prededucible que se discute es el correspondiente a las cuotas de la seguridad social de los salarios de trabajadores devengados con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa, que según la TGSS han sido considerados gastos imprescindibles.

Como muy bien razonó el juzgado mercantil y ratifica después la Audiencia, en este caso no consta que la administración concursal haya solicitado la preceptiva autorización judicial para que los salarios sean considerados gastos imprescindibles para la liquidación y por ello sean prededucibles.

Esta autorización, en la medida en que es necesaria para que aquellos salarios puedan ser considerados y tratados como gastos imprescindibles a los efectos del art. 176 bis. 2 LC, constituye un presupuesto lógico de la justificación esgrimida por la TGSS. Según este organismo, si unos determinados salarios, correspondientes a trabajos imprescindibles para la liquidación, tienen esta consideración y por ello es un gasto prededucible, también debería serlo el correspondiente a las cuotas de la seguridad social generadas al devengarse el salario. Luego, si en nuestro caso, el juez del concurso declara en su sentencia que no ha concedido esa autorización respecto de los salarios, carece de sentido discutir la procedencia de considerar también imprescindible el crédito por las cuotas de la Seguridad Social. Y es por esta razón por la que se desestima el recurso.

**4.** No obstante, si se llegara a reconocer a esos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social. La justificación estriba en que los servicios de unos determinados trabajadores que se consideran imprescindibles generan no sólo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la seguridad social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio art. 176 bis. 2 LC. El que este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivado de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación.

Aunque al razonar en este sentido damos la razón a la recurrente, no procede estimar el recurso por falta de efecto útil, en la medida en que no se cumple el presupuesto lógico de que el juez del concurso haya autorizado el pago de los

salarios como gastos imprescindibles para concluir las operaciones de liquidación. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Calificación del crédito de fiador con la condición de persona especialmente relacionada con el deudor concursado. Diferencia entre ostentar tal condición en el momento de pactar la fianza o en el de su pago al acreedor principal*

STS (Sección 1ª) de 3 de febrero de 2020, rec. nº 1154/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/66a7e35881626ec6/20200210>

“(…) En nuestro caso, el gasto prededucible que se discute es el correspondiente a las cuotas de la seguridad social de los salarios de trabajadores devengados con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa, que según la TGSS han sido considerados gastos imprescindibles.

Como muy bien razonó el juzgado mercantil y ratifica después la Audiencia, en este caso no consta que la administración concursal haya solicitado la preceptiva autorización judicial para que los salarios sean considerados gastos imprescindibles para la liquidación y por ello sean prededucibles.

Esta autorización, en la medida en que es necesaria para que aquellos salarios puedan ser considerados y tratados como gastos imprescindibles a los efectos del art. 176 bis. 2 LC, constituye un presupuesto lógico de la justificación esgrimida por la TGSS. Según este organismo, si unos determinados salarios, correspondientes a trabajos imprescindibles para la liquidación, tienen esta consideración y por ello es un gasto prededucible, también debería serlo el correspondiente a las cuotas de la seguridad social generadas al devengarse el salario. Luego, si en nuestro caso, el juez del concurso declara en su sentencia que no ha concedido esa autorización respecto de los salarios, carece de sentido discutir la procedencia de considerar también imprescindible el crédito por las cuotas de la Seguridad Social. Y es por esta razón por la que se desestima el recurso.

4. No obstante, si se llegara a reconocer a esos salarios la consideración de gastos prededucibles, en atención a que remuneran unos trabajos que eran imprescindibles para las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, por la misma razón también merecerían esa consideración las cuotas de la Seguridad Social. La justificación estriba en que los servicios de unos determinados trabajadores que se consideran imprescindibles generan no sólo el crédito salarial sino también el correspondiente a las cuotas de la seguridad social. Ambos tienen el mismo origen, son el coste generado por ese servicio que se habría considerado imprescindible para concluir las operaciones de liquidación, sin que a estos efectos se pueda distinguir entre uno y otro, ni resulten de aplicación las reglas de prelación de créditos del propio art. 176 bis. 2 LC. El que este precepto trate de distinta forma el crédito salarial y el de la seguridad

social resulta irrelevante a la hora de determinar si ambos son prededucibles en atención a que constituyen gastos necesarios derivado de un servicio imprescindible para concluir las operaciones de liquidación.

Aunque al razonar en este sentido damos la razón a la recurrente, no procede estimar el recurso por falta de efecto útil, en la medida en que no se cumple el presupuesto lógico de que el juez del concurso haya autorizado el pago de los salarios como gastos imprescindibles para concluir las operaciones de liquidación. (F.D. 2º) [P.G.P.]

#### 4. CONTRATACIÓN MERCANTIL

*Transporte terrestre de mercancías. Limitación de responsabilidad. Subrogación y repetición contra el porteador.*

STS (Sala Pleno) de 12 de febrero de 2020, rec. nº 469/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ed05f4934170f404/20200217>

“(…) Desde las primeras legislaciones internaciones en materia de transportes, se viene considerando que el endurecimiento de las responsabilidades de los transportistas no supone necesariamente una mayor protección de los usuarios de los servicios, ya que la eficacia de tales regímenes de responsabilidad deviene inútil en caso de insolvencia del porteador.

Por ello, el sistema que se ha acabo imponiendo en la mayoría de los ámbitos del Derecho del transporte, para lograr un equilibrio entre los intereses concurrentes en la operación de transporte, es el de limitar la cantidad por la que debe responder el transportista en caso de daño a las mercancías.

En la actualidad, tanto en los tratados internacionales, como en la mayoría de las normativas nacionales, entre ellas la española, se ha instaurado un sistema de limitación que pretende fijar una cantidad razonable de indemnización, según un criterio que suele ser el del peso de la carga.

2.- Además, con la limitación de responsabilidad del porteador se pretende, ante todo, hacerla asegurable a un precio asumible, sin multiplicar el riesgo empresarial de las compañías de transporte. De hecho, en la mayoría de los casos la introducción, bien por vía legal o convencional, de la limitación de responsabilidad del porteador se produce en un primer momento a cambio de un abaratamiento de la tarifa del precio del transporte.

3.- Asimismo, la fijación de un límite preciso y apriorístico de indemnización facilita enormemente la valoración del riesgo que corre el porteador y, derivativamente, el cálculo de la prima del seguro.

De este modo, la limitación de responsabilidad del porteador constituye una fórmula de reparto de los riesgos de la operación entre las partes que produce efectos beneficiosos en la economía del contrato, tanto desde la perspectiva del transporte en sí, como de su aseguramiento.

4.- En sentido estricto, los límites cuantitativos son limitaciones de la deuda indemnizatoria y no una limitación de la responsabilidad del porteador. Para que se apliquen tales límites, previamente el porteador debe ser declarado responsable, ya sea por pérdida, daño, retraso, falta de entrega, entrega errónea o entrega de la mercancía de manera diferente a lo pactado. Una vez declarada la responsabilidad, debe valorarse el daño causado. Y, por último, se establecerá la condena a indemnizar hasta el límite máximo que resulte tras la aplicación de las reglas de limitación de responsabilidad establecidas por la legislación internacional o nacional aplicable; o, su menor valor, si no alcanza tales límites.

(...) Según declaramos en la sentencia 382/2015, de 9 de julio, una de las cuestiones nucleares de la LCTTM es el régimen de la responsabilidad del porteador por los daños que puedan sufrir las mercancías o por el retraso en su entrega, a que se refieren los arts. 46 a 63, que recogen, en lo esencial, el régimen de responsabilidad del porteador previsto en el Convenio CMR para el transporte internacional de mercancías por carretera.

Los límites constituyen una excepción al principio general de nuestro Derecho Civil, según el cual el deudor debe indemnizar todo el daño causado (art. 1106 CC), que se entiende justificada por las consideraciones que hemos expresado en el fundamento anterior.

2.- Respecto de la regla general de imperatividad en la regulación de la responsabilidad del porteador que establece el art. 46 LCTTM, se hace una excepción, en favor de la autonomía contractual de las partes, mediante la posibilidad de pactar en el contrato cantidades máximas distintas a las que resultan de aplicar las fórmulas legales de cálculo, según previene el art. 61 LCTTM.

(...) En sus dos primeros apartados, se permite que los contratantes puedan pactar, contra el pago de un suplemento del precio consignado en la carta de porte, el aumento del límite de indemnización, lo que permite obtener un resarcimiento adicional, así como declarar en el indicado documento el montante de un interés especial en la entrega de la mercancía para casos de pérdida, avería o retraso (art. 61 LCTTM). En concreto, el precepto transcrito permite unos pactos cartulares (en el sentido de que deben incorporarse necesariamente a la carta de porte), que recogen las denominadas declaraciones de valor (apartado 1º) y de interés (apartado 2º).

Mientras que el tercer apartado recoge una facultad de pacto extracartular (en cuanto que no tiene que figurar en la carta de porte), por el que las partes pueden acordar superar los límites indemnizatorios previstos en el art. 57.1 LCTTM contra un aumento en el precio del transporte.

4.- La facultad de eludir convencionalmente la limitación de responsabilidad estaba ya prevista en normas internacionales, como el Convenio de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) o la Convención Internacional de Transporte por Ferrocarril (COTIF-CIM), y en normas nacionales, como la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su Reglamento, pero no con la amplitud que ahora permite la LCTTM con la previsión del art. 61.3.

(...) La declaración de valor, regulada previamente en el art. 24 CMR y que ahora asume el art. 61.1 LCTTM, implica atribuir en el contrato un determinado valor a las mercancías para configurarlo como límite indemnizatorio máximo. La única condición que establece el art. 61.1 LCTTM para esta opción es que el valor introducido contractualmente sea superior al tope resarcitorio máximo previsto legalmente.

La declaración de valor solamente actúa como tope resarcitorio, pero no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones. Es decir, no afecta a las reglas contenidas en los arts. 52 y 53 LCTTM.

En la práctica, la declaración de valor suele coincidir con el valor real de las mercancías y se utiliza para aquellos cargamentos en los que la aplicación del kilogramo para calcular los límites indemnizatorios tiene como resultado cantidades muy reducidas (verbigracia, bienes de gran valor, gran volumen o gran peligrosidad, pero de escaso peso, en los que el cargador puede estar más interesado en que el tope cuantitativo máximo venga determinado, no por los kilogramos transportados, sino por el valor que la carta de porte atribuye a las mercancías).

Tanto el CMR (art. 24) como la LCTTM (art. 61.1, en relación con el art. 10.1.m) exigen que, para que esta declaración de valor tenga eficacia sustitutiva del límite de responsabilidad, se haya incorporado a la carta de porte, convirtiéndose así en un elemento accidental del contrato (sentencia de esta sala 486/1989, de 20 de junio, respecto del art. 24 CMR), y que el cargador abone, como contraprestación de la eventualidad que contrata, un plus del precio que abona por el transporte. Dado que el porteador se convierte en una suerte de garante de la mercancía porteada, ve compensado el mayor riesgo que asume con un aumento del precio.

3.- En cuanto a la declaración de interés, el art. 61.2 LCTTM permite modificar convencionalmente el proceso de cuantificación de la suma indemnizatoria a satisfacer por el porteador. Esta posibilidad, ya contemplada en el art. 26 CMR, supone añadir a la indemnización ordinaria, resultado de cuantificar económicamente los daños directos causados a la mercancía, el resarcimiento de otros perjuicios que las partes han convenido y cuantificado en el contrato, para el supuesto de pérdida, avería o de retraso. Y ello, porque el perjuicio que la pérdida, avería o retraso en la entrega de la cosa transportada le suponga al remitente (pérdida de mercado, depreciación, resolución contractual, etc.), en ocasiones, puede ser mayor que el propio valor que aquélla tenga.

La declaración de interés ('interés especial en la entrega', en la terminología del CMR) tiene una finalidad distinta de la declaración de valor, ya que permite el aumento o la disminución del alcance de los perjuicios que van a ser resarcidos, aunque exige idénticos requisitos (plasmación en la carta de porte y pago del sobreprecio) que la declaración de valor.

La indemnización de este riesgo especialmente pactado resulta compatible con la derivada del daño sufrido por la cosa porteada, aunque su operatividad dependerá de que la parte interesada pruebe la concurrencia del perjuicio declarado, en cuyo caso se indemnizará sólo hasta el importe previsto en la carta de porte. En la práctica, la cláusula de declaración de interés sirve en caso de pérdida o avería para permitir la indemnización de daños indirectos o consecuenciales.

(...) El art. 61.3 LCTTM, sin antecedente en el CMR, recoge la posibilidad de que las partes pacten directamente el aumento del límite de responsabilidad previsto en el art. 57.1 de la propia Ley.

La génesis legislativa del precepto no arroja ninguna luz que facilite su interpretación. En el anteproyecto de ley, que fue preparado por una sección especial de la Comisión General de Codificación, ya aparecía la norma, numerada como art. 58.3 y, con el mismo texto, pasó a ser el art. 61.3 del proyecto de ley finalmente aprobado. El Preámbulo de la Ley no contiene ninguna referencia específica a esta norma, sino que, más bien al contrario, da por hecho que el régimen de responsabilidad es similar al del CMR:

'Una vez más, la influencia de los textos internacionales, fundamentalmente del CMR, se deja sentir muy profundamente en los preceptos dedicados a la responsabilidad del porteador por pérdidas, averías o retraso. Y es que, ciertamente, no se aprecian razones de peso para regular en términos muy distintos la responsabilidad del porteador en el ámbito internacional y en el nacional'.

2.- De manera diferente a lo previsto para las declaraciones de valor y de interés, la Ley no exige que este pacto conste en la carta de porte. No solo porque el apartado 3º del art. 61 no la menciona, como sí hacen los apartados 1º y 2º, sino porque el art. 10.1 m) LCTTM únicamente se refiere a la inclusión en dicho documento de las declaraciones de valor de las mercancías o de interés especial en la entrega, pero no al pacto de aumento del límite de indemnización previsto en el artículo 57.1

Por lo que, en atención al carácter consensual del contrato de transporte y a la posibilidad de prueba de su contenido por otros medios, es perfectamente posible que se pruebe su existencia y efectos sin atender a la carta de porte.

3.- Según acuerden las partes, el pacto puede surtir efecto para pérdidas, averías y retrasos. Pero, en cualquiera de los supuestos, la existencia del pacto no exime de tener que probar el concreto daño causado. Su consecuencia es que no operará el

límite previsto en el art. 57.1 LCTTM, que quedará sustituido por el montante indemnizatorio que hayan acordado las partes.

En todo caso, lo que el art. 61.3 LCTTM permite es un aumento del límite indemnizatorio, pero no su supresión. Es decir, lo que no cabe es pactar una responsabilidad ilimitada del transportista, sino que deberá ser un aumento cuantificado, que dará derecho al sobreprecio.

4.- Resulta dudoso del tenor literal del precepto, que dice en su último inciso que ‘El acuerdo dará derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte, a convenir entre las partes’, si lo que se concede al porteador es un derecho para exigir el suplemento, pero no erige el mismo en un requisito de validez del propio pacto; o, por el contrario, dado el modo imperativo del verbo (‘dará’), el aumento del límite de responsabilidad deberá ir acompañado, en todo caso, de un aumento del precio, que compense la asunción de un mayor riesgo.

5.- Si atendemos a la finalidad de una mejor distribución de riesgos que beneficie la economía del contrato, a que hemos hecho antes referencia, no parece lógico incrementar el riesgo de una parte sin contraprestación alguna. Sobre todo, en casos de desequilibrio contractual entre grandes cargadores, que pueden imponer sus condiciones, y pequeños o medianos transportistas.

En consecuencia, si interpretamos el art. 61.3 LCTTM a la luz de los arts. 1256 y 1258 CC y 57 CCom, y en sintonía con los otros dos párrafos del mismo precepto y con las previsiones del CMR (cuyo valor inspirador en esta materia reconoce expresamente el preámbulo de la LCTTM, como ya hemos visto), parece más adecuado considerar que el aumento de la responsabilidad -mediante la superación convencional de los límites legalmente previstos- debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio, a fin de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad.

(...) En el caso enjuiciado, las partes introdujeron un pacto (transcrito en el fundamento jurídico primero) que, por su literalidad, no tiene encaje en las previsiones del art. 61.3 LCTTM, porque no implica un aumento del límite indemnizatorio legal, sino que elimina cualquier limitación, al hacer responsable al porteador - Mesabiaga- de todas las pérdidas o daños sufridos por las mercancías transportadas.

Para que la cláusula que refleje el pacto previsto en el art. 61.3 LCTTM sea válida, debe contener: (i) una mención concreta al aumento de la responsabilidad; y (ii) correlativamente, una previsión expresa y concreta sobre el aumento del precio del transporte. A lo que no es óbice que también se pacte que el porteador deba contratar un seguro de transporte, para quedar cubierto ante esta contingencia, pues queda a su cargo. E, indudablemente, el aumento del riesgo conllevará una elevación en el importe de la prima, lo que, por lo menos desde el punto de vista de los costes iniciales, agrava todavía más su posición contractual.

2.- No obstante, no son atendibles las consideraciones que se hacen en el recurso sobre la necesidad de constancia del pacto en la carta de porte. Aparte de lo ya razonado sobre esta cuestión, cuando el tan referido art. 61.3 LCTTM dice ‘sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores’, no quiere expresar que el pacto tenga que constar en la carta de porte, sino que lo que indica es que el pacto sobre aumento del límite de indemnización y las declaraciones de valor y de interés especial en la entrega no son excluyentes entre sí. Aunque, en la práctica, parece más razonable que se acumulen el pacto y la declaración de interés, y no que se haga lo propio entre el pacto y la declaración de valor, ya que ambos cumplen finalidades similares.

3.- Por el contrario, como conforme a lo antes expuesto la cláusula litigiosa no reúne los requisitos de validez del art. 61.3 LCTTM, la sentencia recurrida infringe dicho precepto.

Por lo que el recurso de casación debe ser estimado, lo que conlleva asumir la instancia para resolver el recurso de apelación”. (F.D. 3º, 4º, 5º, 6, y 7º) [P.G.P.]

*Diferencias entre los contratos de apertura de crédito y de crédito. Determinación según su naturaleza jurídica y no la denominación empleada.*

STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 1458/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6552225d7e5992fa/20200108>

“(…) Los contratos bancarios de préstamo y apertura de crédito tienen en común que son contratos de activo y que sirven para la financiación del cliente, pero su concepto y funcionalidad son diferentes.

El de préstamo es un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe a restituir la totalidad del capital en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. A falta de una regulación específica del préstamo bancario de dinero, se le aplican los arts. 311 a 324 del Código de Comercio (CCom) y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil (CC).

La apertura de crédito es un contrato atípico, aunque se le menciona en el art. 175.7 CCom. Conocido también como cuenta de crédito o línea de crédito, consiste en un acuerdo por el que una entidad de crédito (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo; y con cargo al cual se obliga a entregar las cantidades que el cliente solicite, de acuerdo con los términos pactados, mediante el pago de una comisión de apertura y al tipo de interés pactado sobre las cantidades efectivamente dispuestas ( sentencia 236/2004, de 7 de abril, y las que en ella se citan).

Como establecimos en la sentencia 173/2018, de 23 de marzo, lo más característico de la apertura de crédito es que no se entrega de una sola vez una cantidad de dinero, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando; y que los intereses se aplican sólo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Por ello, supone una forma evolucionada del préstamo, basada en el concepto económico de ‘saldo fluctuante’. La consecuencia es que en el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas.

2.- No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del *nomen iuris*, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo).

Desde ese punto de vista, la calificación jurídica que hace la Audiencia Provincial es irreprochable, pues más allá de que el contrato se denominara de una manera o de otra, lo determinante es que la cantidad que constituía su objeto fue dispuesta (entregada) de una sola vez, en el mismo momento de la firma de la escritura, y los clientes fueron devolviéndola mediante cuotas mensuales periódicas de importe igual, que respondían a la previsión del cuadro de amortizaciones incorporado y pactado en el propio contrato.

Con lo que, con independencia del nombre que se diera al negocio jurídico, se trató de un préstamo y no de una apertura de crédito.

3.- En consecuencia, puesto que la parte recurrente sitúa la abusividad de la cláusula únicamente en la supuesta confusión entre préstamo y apertura de crédito, el recurso de casación debe ser desestimado”. (F.D. 2º) [P.G.P.]

*Créditos revolving. Diferenciación entre el interés normal del dinero y el interés usurario.*

STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 2019, rec. nº 1458/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/41fa53d36b3d0e98/20200305>

“(…) Para determinar la referencia que ha de utilizarse como ‘interés normal del dinero’ para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales el deudor puede disponer del

crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio.

2.- A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y *revolving*, que se encuentra en un apartado específico.

3.- En el presente caso, en el litigio sí era discutido cuál era el interés de referencia que debía tomarse como ‘interés normal del dinero’. Y a esta cuestión debe contestarse que el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda.

4.- En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito *revolving* (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia.

5.- Al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese ‘interés normal del dinero’ resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

(...) Aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejerció la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta *revolving* por su carácter usurario.

2.- El extremo del art. 1 de la Ley de 23 julio 1908, de Represión de la Usura, que resulta relevante para la cuestión objeto de este recurso establece:

‘Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso [...]’.

3.- A diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir

de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés ‘notablemente superior al normal del dinero’ y ‘manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso’. Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que, teniendo en cuenta que el interés medio de los créditos al consumo correspondientes a las tarjetas de crédito y *revolving* era algo superior al 20%, el interés aplicado por Wizink al crédito mediante tarjeta *revolving* concedido a la demandante, que era del 26,82% (que se había incrementado hasta un porcentaje superior en el momento de interposición de la demanda), había de considerarse usurario por ser notablemente superior al interés normal del dinero.

5.- En el caso objeto de nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de ‘interés normal del dinero’ y el tipo de interés remuneratorio del crédito *revolving* objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario, por las razones que se exponen en los siguientes párrafos.

6.- El tipo medio del que, en calidad de ‘interés normal del dinero’, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de ‘interés normal del dinero’, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%.

7.- Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de ‘interés normal del dinero’ y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como ‘notablemente superior’ a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes.

8.- Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo

durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor ‘cautivo’, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio.

9.- Como dijimos en nuestra anterior sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia.

10.- Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como ‘interés normal del dinero’ de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito.

11.- Como consecuencia de lo expuesto, el recurso de casación debe ser desestimado”. (F.D. 4º y 5º) [P.G.P.]

### III. DERECHO PROCESAL

*Jurisprudencia: El TC considera que, instada la nulidad del laudo arbitral, prima el principio dispositivo o de justicia rogada para finalizar el proceso frente a la capacidad para depurar la integridad del proceso arbitral del órgano judicial.*

STC de 15 de junio de 2020, rec. nº 3130/2017.

<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2020-8130.pdf>

“(…) el proceso civil regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, se inspira en el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados o, lo que es lo mismo, para iniciar la actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia y siempre que la relación jurídica discutida responda únicamente a una naturaleza subjetiva-privada.

(…) ‘la nueva Ley de enjuiciamiento civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla general, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de

determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional en beneficio de todos. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos'. Es cierto que la forma natural de finalización del proceso civil es mediante sentencia dictada como consecuencia de un debate contradictorio entre las partes, lo que presupone que el conflicto persiste hasta el final del proceso. Ahora bien, fruto precisamente de ese poder de disposición de las partes que consagra el principio dispositivo, el proceso puede finalizar antes de dictarse sentencia a través de una resolución judicial que, sin entrar a resolver sobre el fondo del asunto, refleje la voluntad de las partes de ponerle fin, por no subsistir el interés legítimo que subyace en la pretensión de tutela.

(...) El ensanchamiento del concepto de «orden público» que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión de fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia solo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y despreja el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso.

(...) El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje y mostrar lo que es una mera discrepancia con el ejercicio del derecho de desistimiento de las partes” (F.J. 4º) [A.I.B.G.].

*Jurisprudencia: Se declara inconstitucional el último inciso del artículo 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución.*

STC (Pleno) de 22 de octubre de 2020, cuestión interna de inconstitucionalidad nº 1231/2020.

[https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26454#complete\\_resolucion](https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26454#complete_resolucion)

“La presente cuestión interna de inconstitucionalidad se plantea respecto del último párrafo del art. 238 bis LECrim, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, en el que se establece que ‘[c]ontra el decreto del Secretario Judicial que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno.’” (F.D. 1º).

“(…) resulta claro que el último párrafo del art. 238 bis LECrim, excluye todo control jurisdiccional del decreto del letrado de la administración de justicia que resuelve el recurso de reposición y cierra la posibilidad de una tutela de derechos e intereses legítimos que la Constitución contempla que sea siempre dispensada por

los jueces y tribunales, creando un sector de inmunidad que no se compadece con el art. 24.1 CE, ni con lo previsto en el art. 117.3 CE.

Por tanto, la exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso penal por un órgano no investido de función jurisdiccional, cuando según reiterada doctrina de este tribunal ‘el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE’ (por todas, STC 8/2014, de 27 de enero, FJ 3).

En definitiva, el precepto cuestionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que crea un régimen de impugnación de las decisiones de los letrados de la administración de justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional. En coherencia con ello, se debe declarar la inconstitucionalidad y nulidad del precepto cuestionado, precisando (...) que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del letrado de la administración de justicia resolutorio de la reposición sea el directo de revisión.” (F.D. 4º) [E. de L.G.]

*Jurisprudencia: El principio de colegialidad es la esencia de la conformación de la voluntad del tribunal en la deliberación y votación final de todos los integrantes, aun cuando la decisión sea adoptada por mayoría.*

STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2017, rec. nº 3252/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9f1a2fb9edd303d0/20170221>

“(…) sólo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la exigencia de responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de la facultad de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes. La imputación al árbitro de los daños causados mediante negligencia que no comporte una infracción suficientemente caracterizada de sus deberes se opone a la autonomía funcional amparada en la autonomía de la voluntad de las partes que constituye la base de esta institución.

(…) La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el

consiguiente daño. A una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera. Y lo que no es de recibo es que quienes han violentado de forma palpable las reglas arbitrales, acudan después a ellas esgrimiendo una interpretación que, de admitirse, invalidaría la propia esencia de lo que constituye la deliberación y decisión de todos los integrantes de un tribunal arbitral o jurisdiccional y que es consustancial al principio de colegialidad y de contradicción entre todos ellos a través del proceso de deliberación y de toma responsable de las decisiones adoptadas cuando actúa más de un árbitro, confundiendo la cuestión esencial de la toma o adopción de la decisión del órgano colegiado, con la necesidad de constituir determinada mayoría para que surta efecto” (F.D. 2º) [A.I.B.G.].

*Jurisprudencia: El TS considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por la denegación de acceso a un juicio declarativo cuando se considere que el laudo arbitral es inejecutable.*

STS (Sala 1ª) de 23 de mayo de 2019, rec. nº 2203/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/255a0d17c1da206b/20190531>

“No hay duda de que en primera instancia eran objeto de litigio el análisis de las excepciones de cosa juzgada e inadecuación de procedimiento planteadas por los demandados en su contestación a la demanda. La sentencia de primera instancia se sujeta al orden en que fueron planteadas, analiza en primer lugar la excepción de cosa juzgada y la estima. No obstante, en su fundamento jurídico 16 y a ‘meros efectos dialécticos’, el juez se pronuncia sobre la otra excepción, y razona que el procedimiento era inadecuado. El recurso de apelación no solo impugna que la sentencia de primera instancia haya apreciado la existencia de cosa juzgada, sino que además insiste en su alegación segunda sobre la procedencia del procedimiento seguido. De suerte que formaba parte del objeto de la apelación no sólo la cosa juzgada, sino también la cuestión de la inadecuación de procedimiento. Por eso, (...) no cabe negar que lo resuelto fuera objeto de enjuiciamiento, y por eso no se incurre en incongruencia extra petitum” (F.D. 2º-3).

“(...) firme el auto que denegó la ejecución del laudo, sólo cabía que los instantes hicieran valer su pretensión de dar cumplimiento al laudo mediante un juicio declarativo ordinario que, respetando la eficacia de cosa juzgada del laudo, permitiera su ejecución en caso de negativa de alguno de los hermanos a cumplir con lo acordado.

Al margen de si pueden prosperar o no las pretensiones (...) no cabe negarles la posibilidad de hacerlas valer, y lo contrario supone privarles del acceso de la jurisdicción, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE” (F.D. 3º-4) [A.I.B.G.].

*Jurisprudencia: La víctima que se constituye como acusación particular renuncia a su derecho a acogerse a la dispensa a no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque posteriormente deje de ostentar tal posición procesal.*

STS (Sala 2ª) de 10 de julio de 2020, rec. nº 2428/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3d97ed62a01847f6/20200804>

“(…) la víctima, que ha ostentado la condición de acusación particular, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después. El derecho de dispensa es esencialmente renunciabile, y la víctima ha renunciado a él. Renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello (…).

Las razones que justifican esta postura son las siguientes:

En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito.

(…) En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado.

(…) En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, y recordemos que no tiene obligación de hacerlo (ex art. 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.

(…) En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo.

(…) En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

(...) En sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En definitiva, una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley (...).” (F.D. 11º). [E. de L.G.]

*Jurisprudencia: No cabe imputar responsabilidad a la institución arbitral que designó el árbitro por actos de los que este árbitro no debe responder.*

STS (Sala 1ª) de 14 de septiembre de 2018, rec. nº 2372/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2310e68b53c9cec3/20180921>

“La responsabilidad que se imputaba al árbitro, y a su sociedad profesional, venía determinada por su conducta temeraria y dolosa demostrada, dada su vinculación con una de las partes, y porque denegó la práctica de una prueba documental (...) habiendo declarado la sentencia que anuló el laudo que se trataba de una prueba relevante, y la solicitud para cumplimentarla se produjo en el plazo previsto, siendo imputable al árbitro demandado” (F.D. 1º).

“La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo la necesidad de poner de relieve o demostrar que la práctica de la prueba omitida hubiera tenido influencia decisiva en la resolución del pleito, de tal modo que de haberse realizado la prueba inadmitida, o no practicada, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta” (F.D. 2º).

“(…) resulta contrario a la lógica y al derecho que estando restringida la responsabilidad de los árbitros y, en su caso, de la institución arbitral (...) ‘a los daños y perjuicios que causaren de mala fe, temeridad o dolo’, por considerar que solo los daños causados intencionalmente o mediando grave negligencia pueden determinar la responsabilidad a los árbitros sin amenazar la autonomía de actuación necesaria para el ejercicio de resolución heterónoma de conflictos que se les reconoce de acuerdo con la voluntad de las partes.

(...) se impute a esta otra demandada responsabilidad por algo de lo que no responde el árbitro.

(...) no ha quedado acreditada una falta de cumplimiento fiel del encargo por parte de la demandada, sino porque la denegación de la prueba es un acto propio del tribunal arbitral sin intervención alguna del Consejo, que en el momento en

que se tramita el procedimiento arbitral tenía únicamente funciones de administración del arbitraje” (F.D. 3º) [A.I.B.G.].

*Jurisprudencia: La ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal no queda sujeta a caducidad ni prescripción, sino que podrá continuar hasta su total satisfacción.*

STS (Sala 2ª) de 13 de noviembre de 2020, rec. nº 1154/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7756b08ce6c6b3cf/20201215>

“(…) en las sentencias penales la protección de la víctima del delito determina una exigencia de tutela muy singular, lo que explica que se atribuya al órgano judicial el impulso y la iniciativa en la ejecución, incluso de sus pronunciamientos civiles. Esa necesidad de una tutela judicial reforzada justifica que la interpretación de las normas del proceso de ejecución deba realizarse en el sentido más favorable a su plena efectividad.

(…) En el proceso penal la ejecución de los pronunciamientos civiles se realiza de oficio y no a instancia de parte, lo que da lugar a dos consecuencias: De un lado, no tiene razón de ser que se reconozca un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción ejecutiva porque el derecho declarado en la sentencia no precisa de esa acción. De otro lado y como consecuencia de lo anterior, no es necesario que se presente demanda para hacer efectiva la sentencia. Por tanto, la singular configuración del proceso de ejecución en la jurisdicción penal permite concluir que no es aplicable el plazo de caducidad establecido en el artículo 518 de la LEC, de la misma forma que tampoco es necesaria la presentación de demanda ejecutiva.

(…) Excluida la aplicabilidad del artículo 518 de la LEC, surge el interrogante de si debe aplicarse al plazo de prescripción del artículo 1971 del Código Civil (...).

(…) la prescripción presupone la necesidad del ejercicio de la acción ejecutiva por el acreedor, y en el proceso penal, una vez dictada sentencia, no hay necesidad de promover dicha acción porque es el propio órgano judicial el que activa la ejecutoria.

Por tanto, atendiendo a los criterios hermenéuticos a que antes hemos hecho referencia y teniendo en cuenta la singular configuración del proceso penal no tendría razón de ser el reconocimiento de un nuevo plazo prescriptivo a partir de la firmeza de la sentencia, por cuanto el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia no depende de la actuación de parte, sino que se encomienda al órgano judicial.

[Concluye la Sala que] (...) Declarada la firmeza de la sentencia, la ejecución de sus pronunciamientos civiles puede continuar hasta la completa satisfacción del

acreedor, según previene el artículo 570 de la LEC, sin que le sea de aplicación ni la prescripción ni la caducidad.” (F.D. 2º). [E. de L.G.]

*Jurisprudencia: La ausencia de motivación de un pronunciamiento condenatorio conlleva la declaración de nulidad de la sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.*

STS (Sala 2ª) de 18 de noviembre de 2020, rec. nº 223/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d461d4d86deb3605/20201127>

“(…) la resolución debe ser fundada, y en tal sentido el artículo 120-3º de la Constitución es tajante cuando así lo manifiesta, tal motivación es consecuencia de la naturaleza de la Justicia como actividad individualizada, no mecanicista ni burocrática al tratarse de una labor intelectual y por tanto racional que tiende a resolver los conflictos intersubjetivos produciendo, o al menos, teniendo una evidente vocación pacificadora, que le hace incompatible con un sistema puro decisionismo judicial. El fallo judicial debe ser la expresión lógica de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto y de las pruebas practicadas --motivación fáctica-- y de la interpretación operativa de la norma efectuada --motivación jurídica-- por ello, si todo Juez debe ser fundamentalmente un razonador, toda sentencia, como fruto de la labor intelectual y valorativa del Juez debe estar precedida del oportuno razonamiento.

(…) el deber de motivación opera en un doble sentido. *Ad intra* o *intra-processum* cuyos destinatarios son, de un lado, los partes procesales, pero también, en un segundo lugar, el Tribunal que pueda, de un lado, conocer del asunto vía recurso, dado el carácter de garantía fundamental que tiene la doble instancia que exige que la culpabilidad y la pena impuesta sea examinada por un segundo Tribunal (...) pero también tiene un valor *ad extra*, o *extra-processum*, y cuya destinataria es la sociedad en general (...) lo que, sin duda contribuye al fortalecimiento de la credibilidad en el sistema de justicia (...).

Ciertamente como ya se ha dicho el art. 741 de la LECriminal nos dice que el Tribunal, apreciará, según su conciencia, las pruebas practicadas, pero esa valoración en conciencia debe ser explicitada, y no quedar reservada y oculta en la conciencia del Tribunal sentenciador, porque si así fuera, el último fundamento de la decisión sería la desnuda voluntad del Tribunal de dar o no dar credibilidad a esta o aquella prueba.

(…) la sentencia, como acto de un Poder del Estado sometida al Derecho, debe ser un acto racional, y por tanto explicado, máxime si se tiene en cuenta que las decisiones judiciales pueden afectar y de hecho afectan a derechos fundamentales de toda persona como es el derecho a la libertad. Todo ello exige que el presupuesto de toda decisión judicial, y singularmente las condenatorias, descansan en la necesaria motivación y valoración de la prueba tenida en cuenta

en cada caso, bien para en base a ella arribar a una condena, o, por el contrario, a una absolución.

(...) En definitiva, la quiebra del deber de motivación arrastra la violación del derecho a la presunción de inocencia, y en esta situación solo cabe la declaración de nulidad de la sentencia y la remisión a la misma Sala para que sin necesidad de nueva vista, se proceda al dictado de nueva sentencia que responda al canon constitucional de motivación, de acuerdo con el art. 120-3o C.E.” (F.D. 2º) [E. de L.G.]

## IV. DERECHO PENAL

### 1. PARTE GENERAL

*Jurisprudencia: Aplicación pena de privación patria potestad en delitos de género*

STS (Sala 2ª) de 8 de octubre de 2019, rec. nº 10309/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d2bf9a63ff116e89/20191016>

“(…) Pues bien, es cierto que se reconoce en la propia sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015 que no se aplicaba de antiguo la pena de privación de la patria potestad, y así ‘(…) no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el Tribunal penal de las normas del derecho de familia ex art. 170 Ccivil. El caso al que se refería la STS 780/2000 era el de un autor de homicidio de su cónyuge que aparecía en la sentencia de instancia privado de la patria potestad sobre la hija menor común (...)’

(...)

en los casos similares al presente existe un ‘a suficiencia’ de la pena de privación de la patria potestad o inhabilitación especial para el ejercicio de la misma, y ‘la anulación del derecho/deber’ del ejercicio de la patria potestad por el autor del crimen o su tentativa.

No puede desligarse en estos casos que un intento de homicidio perpetrado en presencia de los menores, y, en un contexto como el aquí ocurrido, en el que el agresor había concertado la cita con su ex pareja para estar él con los niños, en lugar de dar cumplimiento al fin con el que habían concertado la cita, toma la decisión premeditada de tomar un cuchillo, entrar de improviso en el vehículo y delante de los hijos asestarle varias puñaladas a la mujer con intención de matarla y delante de ellos. Resulta, pues, incontestable que no puede haber acto más cruel para un niño que el ver cómo su padre intenta matar a su madre y a presencia suya con un absoluto desprecio del padre hacia su propio hijo/a de que este sufra por ver tal escena imborrable en su memoria, por muchos informes que puedan decir lo contrario, a sabiendas de que va a dejar a su propio hijo/a sin su madre, con el

sufrimiento doble que ello lleva consigo. Y decimos doble, porque el hijo/a ha visto morir a su madre, pero ese intento lo es por su propio padre, lo que debe provocar un sufrimiento en este menor de dimensiones incalculables en el plano psicológico y vivencial para el resto de su vida. Y ello, debe llevar consigo una sanción como la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, en este caso, o su privación por la vía del art. 55 CP en el caso de que sea éste aplicable.

(...)

Recordemos, por ello, que la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia recogió en su Exposición de Motivos que: ‘Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género.

(...)

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Pero lo mismo ocurrirá si el hecho se comete en otro lugar, y, sobre todo, en este caso, en el cual la razón de verse con el padre de los niños era el cumplimiento del régimen de visitas. Por ello, ningún derecho puede ‘ni reclamar ni mantener’ sobre los menores el padre que tenía la intención seria y premeditada de dejar a los dos niños sin madre.

‘Difícilmente, podemos concluir, podemos encontrar en el texto penal una pena más proporcionada que la de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad para el condenado por estos hechos.’” (F.D. 2º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Drogadicción, requisitos para su apreciación como atenuante.*

STS (Sala 2ª) de 20 de febrero de 2020, rec. nº 2697/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/524cd5a0f18763b8/20200309>

“(...) Según doctrina de esta Sala (...) la circunstancia del artículo 21.2 CP es una atenuante funcional, es decir aplicable solo cuando el acusado ha actuado ‘a causa’ de su grave adicción, condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente.

Para que se pueda apreciar esa atenuante, la drogadicción debe incidir como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión,

como sucede en delitos menores contra el patrimonio, o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Este móvil está ausente en aquellos casos en los que no pueda establecerse que el elemento determinante de las acciones delictivas esté vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga a la que el acusado sea gravemente adicto. Es decir, que su impulso delictivo esté desencadenado por su drogadicción. (...)” (F.D. 4º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Criterios del TS para la apreciación de coautoría.*

STS (Sala 2ª) de 25 de febrero de 2020, rec. nº 10459/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/02a5e6f2de689453/20200309>

“(…) ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes? Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. (...)”

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo -para implicar una responsabilidad criminal- ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de ‘acuerdo previo’ (...), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del ‘dominio del hecho’ (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de imputación

recíproca' de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la 'totalidad' de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (...):

a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; (...) el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no (...)” (F.D.3 º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: ¿Cuándo aplicar como muy cualificada la atenuante analógica de confesión?*

STS (Sala 2ª) de 27 de febrero de 2020, rec. nº 2328/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aa3d0310d65afa22/20200306>

“(…) 1. La atenuante de confesión del artículo 21.4º del Código Penal (CP) exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido, pues lo que se valora en la configuración de la atenuante es, de un lado, la colaboración del autor a la investigación de los hechos, facilitando que se alcance la Justicia, y, de otro, al mismo tiempo, su regreso al ámbito del ordenamiento, mediante el reconocimiento de los hechos y la consiguiente aceptación de sus consecuencias. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no

añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. (...)

En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de forma importante contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. (...).

2. Con carácter general, ha de señalarse que la atenuante analógica de confesión solo podrá ser aplicada excepcionalmente como muy cualificada en los casos en los que la colaboración con la Justicia que supone la confesión de los hechos, a pesar de producirse después de que el procedimiento se dirija contra el culpable, tenga un significado muy especialmente relevante.” (F.D. 1º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Identificación de los responsables e interrupción del plazo de prescripción.*

STS (Sala 2ª) de 12 de junio de 2020, rec. nº 3909/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9df0ab0afa4004c6/20200626>

“(…) es suficiente para entender interrumpida la prescripción que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito objeto del procedimiento. No basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación mediante la citación a declarar en concepto de inculpado, siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por dirigirse el procedimiento contra el culpable, que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas.” (F.D.2 º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Criterios para la graduación de la imprudencia menos grave.*

STS (Sala 2ª) de 22 de julio de 2020, rec. nº 1086/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4643143b7acba9f5/20200807>

“(…) en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquéllas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos.

La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad’ (...).” (F.D. 4º) [A.C.T.].

## 2. PARTE ESPECIAL

*Jurisprudencia: Complicidad en delito de tráfico de drogas*

STS (Sala 2ª) de 8 de octubre de 2019, rec. nº 10086/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c5552e9ba72c3986/20191015>

“(…) Entiende el recurrente que de considerarse probada la participación en los hechos que refleja el relato fáctico de la sentencia de instancia, el recurrente no podría ser considerado autor sino cómplice del delito contra la salud pública que se condena, alegando para ello que su conducta se encuadra en la doctrina del ‘favorecimiento del favorecedor’.

En lo que hace referencia al delito contra la salud pública, superado el momento de la ideación intelectual del comportamiento delictivo y al ser un delito de mera actividad o de consumación anticipada, además de un delito de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor que abarca a todos los que realizan actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluiría las formas accesorias de la participación.

La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, si bien, de manera excepcional, hemos reconocido formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima, esto es, cuando se realizan conductas auxiliares de segundo orden en beneficio del verdadero traficante. El favorecimiento al favorecedor del tráfico, mediante la aportación de conductas complementarias, subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal, cuando el partícipe conoce el destino de su colaboración, pero no se encuentra vinculado al negocio de la droga, permite contemplar una participación en grado de complicidad.

No obstante, una cosa es que alguien pueda actuar cumpliendo encargos y al servicio de otros, sin ocupar un escalón directivo sino auxiliar o de mero peón, y otra muy distinta es que en las actuaciones conjuntas y concertadas con pluralidad de partícipes se esté obligado a separar a los principales (para considerarles autores) de los subalternos, considerándose a estos cómplices pese a que su contribución objetivamente implique actos que el artículo 368 considera de autoría por facilitar o favorecer el tráfico y el consumo ilegal de drogas.

La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación causal del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, identificando como supuestos de coautoría, no solo las participaciones en actuaciones abordadas desde una organización delictiva, sino también los actos de posesión, guarda o almacenaje de la droga para su ulterior venta; los de promoción o financiación de su adquisición; los de organización del tráfico; los de vigilancia de los alijos; los de entrega, recepción u ocultación de la droga; los de simple intermediación entre partícipes en el comercio ilícito; o los de manipulación de las sustancias que van a destinarse al tráfico. Entre estos comportamientos de facilitación causal, la jurisprudencia de esta Sala considera también una actuación principal configuradora de la responsabilidad en concepto

de autor, a quienes participan en el desarrollo de la actividad delictiva asumiendo funciones de transporte o de descarga de los alijos, al suponer una contribución esencial en términos de su funcionalidad concreta en el ‘iter criminis’, y no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas (...).

La doctrina resulta de plena aplicación al caso enjuiciado, en el que el recurrente asumió la actuación esencial del transporte mediante una embarcación específicamente pertrechada para largos desplazamientos y plenamente adecuada para introducir la droga en nuestro país de una manera furtiva. El motivo se desestima.”. (F.D.6º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: (Sentència del procés) La violencia exigida por el delito de rebelión.*

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2019, rec. nº 20907/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/210eba2f5a7faa75/20191014>

“Pero no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Resolver el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de si hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que esta Sala -por más que se haya extendido ese discurso en otros ámbitos- no puede suscribir. La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes. El Fiscal sitúa los primeros antecedentes del movimiento que califica como rebelde en el año 2012. Dibuja un período de cinco años hasta la aprobación, en septiembre de 2017, de las leyes de transitoriedad jurídica y referéndum. La creación de una legalidad paralela, concebida para la inobservancia de la Constitución de 1978, el anuncio de la celebración del referéndum, su fecha y la pregunta que iba a ser sometida a la consideración del electorado, son anteriores a los actos paradigmáticos de violencia, que se sitúan en los días 20 de septiembre y 1 de octubre del mismo año. Se trataría, por tanto, de actos de culminación de un proceso, no de actos instrumentales para hacer realidad lo que ya era una realidad. Esta afirmación no persigue minusvalorar el significado jurídico de esos actos violentos y multitudinarios de oposición al cumplimiento de las resoluciones judiciales. Solo busca ajustar el análisis de la estructura del delito de rebelión a las exigencias propias de un derecho penal filtrado por los principios que informan nuestro sistema constitucional.

No solo hemos recordado la necesidad de que la violencia sea instrumental, preordenada a los fines del delito. Hemos dicho también que ha de ser funcional. Y es en este punto donde topamos -todavía en el ámbito del tipo objetivo- con otro obstáculo para la afirmación del juicio de tipicidad. Hablamos, claro es, de la absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la

Constitución española en el territorio catalán. Dicho con otras palabras, es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación.

Referencia obligada para calibrar la verdadera existencia del delito de rebelión es el bien jurídico protegido por el art. 472 del CP. Se trata de un delito contra la Constitución. No bastará, por tanto, cualquier tipo de vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista. El riesgo proscrito ha de concernir al núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaure y garantice. Desde luego, la secesión territorial, sin la previa reforma del texto constitucional alcanzaría ese rango de relevancia penal típica.

Es, por tanto, con la referencia a dicho bien jurídico como ha de valorarse si el comportamiento es efectivamente funcional para crear potencialmente un riesgo para ese bien jurídico. La efectiva potencialidad de los actos del autor es la línea que diferencia el comportamiento penalmente relevante de la mera difusión de un discurso que postule una opción política integrada por cualquiera de las finalidades del artículo 472 del Código Penal y, en particular, con la secesión territorial del Estado. El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución. Pero de tal manera que sea inequívoca la objetiva adecuación ex ante entre los actos y el objetivo penalmente relevante.

Y el plus de ilicitud de ese objetivo deriva de los modos de comportamiento típicos: alzamiento público y violento. Hemos apuntado supra que, conforme a su significado estrictamente gramatical, ‘violento’ equivale, según el diccionario de la RAE, a uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o imponer algo. Incluso en la sistemática del Código Penal la voz ‘violencia’ se usa en sentido más amplio que el acotado como agresión o fuerza física (cfr. arts. 170, 173.2 o 515.2). El tipo exige que ese comportamiento tumultuario y violento se vincule directamente con la obtención de la finalidad típica. Como ya hemos apuntado, los hechos probados describen momentos de obstrucción a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales en los que, aun tildados de violentos, la fuerza o, si se quiere, la agresión no era funcional para el logro directo de la finalidad típica, sino para hacer viable el objetivo perseguido por los acusados. La violencia penalmente relevante del delito de rebelión es solamente aquella que se vincula al tiempo de producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica”. (F. D. B. 3.2) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Administración institucional y prevaricación*

STS (Sala 2ª) de 14 de octubre de 2019, rec. nº 1988/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4ce660162b6dab8/20191025>

“(…) los acusados citados tenían la condición de Funcionarios Públicos a los efectos del ... art. 24, en cuanto que los mismos como Consejero Delegado y Secretario de un ente público, con personalidad jurídica propia, cual es una sociedad municipal participada, estaban al servicio de la misma, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo.

(…) ‘el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que ‘... por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas . . . ‘, ... el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de ‘carrera’ como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia (...)’.

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que ‘cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública’ (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003). El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002)’. (F.D. 10º) [A.C.T.]

*Jurisprudencia: Nuevo criterio del TS para la delimitación de la conducta en el delito de “sexting” art. 197.7 CP.*

STS (Sala 2ª) de 24 de febrero de 2020, rec. nº 3335/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f2b4756c562ad4a1/20200227>

“(…) La acción nuclear consiste en difundir imágenes ‘obtenidas’ con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo ‘obtener’ -según el diccionario de la RAE- es sinónimo de ‘alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener’. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se ‘consiguen’, no se ‘logran’, no se ‘tienen’, no se ‘conservan’ o no se ‘mantienen’.

La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. ‘Obtiene’ la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también ‘obtiene’ la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas ‘...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros’. Pero esta frase no añade una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. (...) El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique ‘...fuera del alcance de la mirada de terceros’, conduciría a excluir aquellos supuestos –imaginables sin dificultad- en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en ‘obtener’ sino en ‘difundirlas imágenes’ -obtenidas con la aquiescencia de la víctima- y que afecten gravemente a su intimidad.

Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal.

En palabras del Fiscal, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el

consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. (...)

(...)

Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo (...) (F.D.2º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: ¿Asesinato con alevosía u homicidio con abuso de superioridad?*

STS (Sala 2ª) de 19 de mayo de 2020, rec. nº 10402/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/57e121c9be5d35f6/20200603>

“(...) En la sentencia recurrida se argumenta que se apreció en la instancia una alevosía sobrevenida, al aprovecharse el recurrente de que la víctima estaba indefensa en el suelo, atrapada entre los agresores y el muro, y precisa que el jurado entendió que la agresión final se ejecutó por dos personas, el recurrente y un tercero no identificado.

En la sentencia de instancia se razonaba que los jurados habían considerado probado que los agresores fueron dos y que, tras los primeros golpes en la cabeza, la víctima había caído al suelo y estaba atrapada entre los agresores y un muro, careciendo por ello de posibilidades de defensa.

4. No puede apreciarse la alevosía en los casos en los que, en una agresión iniciada de forma no alevosa, ejecutada mediante golpes continuados, propinados sin interrupción y sin cambios cualitativos sorprendidos, se va debilitando la defensa del agredido hasta causarle finalmente la muerte con un último golpe en el que ya se aprovecha la desaparición de sus posibilidades de defensa como efecto derivado de los golpes propinados con anterioridad. La progresión en la agresión, si no media un cambio cualitativo relevante, no determina la concurrencia de la alevosía, aun cuando en los últimos momentos el autor ya haya conseguido superar las posibilidades defensivas de la víctima para asestar el golpe que causa la muerte.

Por lo tanto, en el caso, la alevosía no puede resultar del hecho de que, alcanzada la víctima, el recurrente comience a golpearla en la cabeza hasta hacerla caer al suelo y, una vez allí, sin solución de continuidad, continúe golpeándola de la misma forma hasta causarle la muerte, pues se trata de un caso de continuidad en la agresión sin cambios cualitativos respecto de la forma no alevosa en que se inició.

(...)

Es claro que la mera superioridad en número no determina por sí sola la concurrencia de la alevosía, pudiendo justificar solamente la apreciación de la agravante de abuso de superioridad. Pero, en ocasiones, la superioridad numérica, junto con otras circunstancias que operen en el mismo sentido, pueden determinar una situación en la que la víctima de la agresión carezca de cualquier posibilidad seria de defensa, y que esta situación sea aprovechada por los atacantes para ejecutar su acción, asegurando el resultado y suprimiendo las posibilidades de defensa, como exige el artículo 22.1 CP. (...)”.

(F.D.1º).

“(...) La circunstancia de abuso de superioridad requiere para su apreciación en primer lugar de la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo.

(...)

En el caso, es claro que la agresión se ejecutó por dos personas contra una y en unas circunstancias en las que pudieron conducir al agredido, golpeándolo, hasta un muro, donde, atrapado entre éste y los agresores, cayó al suelo, continuando aquellos con la agresión, aprovechando, por lo tanto, la situación de inferioridad existente desde un principio.

Es de apreciar, pues, la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad”.

(F.D.2º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Tráfico de drogas: insignificancia o falta de toxicidad,*

STS (Sala 2ª) de 20 de mayo de 2020, rec. nº 3224/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3771879404435fc4/20200612>

“(...) Respecto a lo que denomina principio de insignificancia, una consolidada doctrina de esta Sala resolviendo cuestiones semejantes ya estableció que quizás el uso del término ‘insignificancia’, en alguna resolución de esta Sala, ha producido cierta inseguridad en la aplicación de la norma penal, el tipo penal del art. 368 del Código Penal, y debiera ser sustituido por el término de toxicidad, de manera que lo que caería fuera del tipo penal serían las transmisiones de sustancias que por su falta de lesividad no entrañaran el riesgo (abstracto) de su transmisión a personas (riesgo concreto). Este criterio de lesividad lo proporcionará, evidentemente, la

prueba pericial que determine la dosis activa de la correspondiente sustancia tóxica, sin que los tribunales de justicia, que carecen de los oportunos conocimientos en la materia, puedan proporcionar criterios propios de lesividad, salvo por referencia a estudios periciales.

Es cierto que en algún recurso, con apoyo en el denominado ‘principio de insignificancia’, por ejemplo en la STS 216/2002, de 11 de mayo, ‘no se considera comprendido en el tipo del art. 368 Código Penal 95, la acción de tráfico cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendida la cantidad o la pureza de la misma no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud pública, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece’, o en la STS 977/2003, de 4 de julio, ‘cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido por el tipo’. Esta última Sentencia ya anticipa que esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva y concretamente en casos de tráfico de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto, en supuestos en que la desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal.

Para salvar la inseguridad que se produjo sobre la categoría de la insignificancia, la Sala II del Tribunal

Supremo se dirigió al Instituto Nacional de Toxicología en demanda de criterios firmes a los que ajustarse en pronunciamientos jurisprudenciales. En este sentido se informó que la dosis mínima psicoactiva para la sustancia heroína, la que es objeto de tráfico en el presente recurso, es de 0.00066 gramos. Consecuentemente, la cantidad objeto del tráfico, 227 miligramos de heroína, expresada en su total pureza era de 0.011577 gramos que supera la dosis mínima psicoactiva cifrada en 0.00066 gramos y por lo tanto se trata de una cantidad tóxica que rellena el requisito de la toxicidad (...)’ (F.D.2º) [A.C.T.].

*Jurisprudencia: Maltrato animal: criterios para la aplicación de los supuestos de “maltrato cruel”.*

STS (Sala 2ª) de 20 de mayo de 2020, rec. nº 447/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d5a4b436348ed44b/20200602>

(...) El nº 4 del artículo 337 CP fue incorporado por la LO 1 /2015, que suprimió el libro III dedicado a las faltas, si bien recuperó como delitos leves algunos de los comportamientos hasta entonces contenidos en aquel. Y así ocurrió con la antigua falta contra los intereses generales del artículo 632.2 CP, que con idéntica redacción pasó a conformar el citado apartado 4.

Las dificultades interpretativas generadas por esta figura habían sido puestas de relieve por la jurisprudencia de las Audiencias, dando lugar a soluciones dispares. Si bien no existían importantes discrepancias en la delimitación de la acción típica ‘maltratar cruelmente’, sí respecto a las condiciones en que se dispensaba la tutela penal. La ambigua fórmula ‘a animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente’, alimentó la polémica respecto a la existencia o no de un doble nivel de protección.

Es decir, si se confería un tratamiento diferenciado a favor de los animales domésticos, cuyo cruel maltrato quedaría encuadrado en la órbita del precepto cualquiera que fuera el lugar donde se desarrollara, frente al que afectaba a los animales que no encajan en esa categoría, cuya tipicidad quedaba condicionada a que la desconsiderada agresión tuviera lugar en espectáculos no autorizados legalmente. O si, por el contrario, este último presupuesto locativo afectaba a unos y a otros, lo que relegaba al ámbito administrativo el maltrato de animales domésticos sin proyección a terceros.

(...)

Y es precisamente ese contexto el que nos aboca a considerar que en este caso el legislador la utilizó para distinguir un supuesto de otro. Esto es, los animales domésticos de los que no lo son, pues de haber querido, como pretende el recurrente, sancionar el maltrato de animales domésticos y de cualesquiera otros solo cuando el de ambos se produjera en espectáculos públicos no autorizados, le hubiera bastado con redactar el precepto aludiendo al maltrato de cualquier animal en espectáculos públicos no autorizados legalmente, sin necesidad de redundar en dos categorías.

La distinción es muy significativa y conduce a la interpretación diferenciada de las conductas, máxime si reparamos en que lo contrario obstaculizaría la protección penal de los animales domésticos, en cuanto relegaría a simple infracción administrativa el maltrato cruel en el ámbito privado, que resulta precisamente el más propicio para ello. (...) (F.D.2 °)” [A.C.T.].

## V. DERECHO ADMINISTRATIVO

*Jurisprudencia: El avance de la Administración local hacia la transparencia.*

STS (Sala 3ª) de 5 de junio de 2020, rec. nº 2988/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f0b8a1ae3f7928e/20200615>

“Viene al caso recordar que el origen del citado artículo 46.2.e) de la LBRL se encuentra en la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el

desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas, que introdujo modificaciones en las letras a) y e) del citado artículo 46.2 de la LBRL. Pues bien, en lo que ahora interesa, respecto de la letra e), se justifica la reforma, atendida su exposición de motivos, señalando que se añade esa letra e) para dar ‘una mayor relevancia a la parte de los Plenos ordinarios destinada a la actividad de control’. El designio del legislador fue, por tanto, que se diera relevancia, mediante una específica singularidad, a esa parte no resolutive de las sesiones del Pleno. Dichos términos legales, que tuvieran ‘sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive’, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento la participación de todos los grupos municipales. Y no puede garantizarse esa sustantividad propia, mediante el angosto cauce que proporcionan los ‘ruegos y preguntas’, a tenor de la regulación que sobre los mismo diseña el artículo 97, apartados 6 y 7 del ROF. Resulta esencial, por tanto, a tenor del citado artículo 46.2.e) de la LBRL que se distinga en cada sesión, entre una parte resolutive (que termina mediante una resolución administrativa) y, por lo que hace al caso, otra parte de control y fiscalización. Esta segunda parte ha de tener una naturaleza propia y diferente a la parte resolutive, en la que se garantice la participación de todos. En definitiva, lo esencial es que, en su configuración y aplicación, se garantice ‘de forma efectiva’ su funcionamiento, y la ‘participación de todos los grupos municipales’ (artículo 46.2.e) de la LBRL), que no puede garantizarse, como hemos señalado, mediante los ruegos y preguntas. En este sentido sobre la relevancia de la función de control y fiscalización, hemos declarado en Sentencia de 6 de junio de 2007 (recurso de casación nº 2607/2003), que es anterior a la ya citada reforma del artículo 46.2.e) de la LBRL; y dictada en un asunto no exactamente igual al examinado, que ‘las iniciativas del concejal recurrente en la instancia eran ruegos y preguntas y no propuestas de decisión o votación dirigidas al Pleno, y así lo vienen a reconocer ambas partes litigantes en sus respectivos escritos presentados en la actual fase de casación. (...) Por tanto, no era obligado incluirlas en el Orden del día correspondiente a la parte resolutive del Pleno, pero sí tratarlas, con ese carácter de intervención de ‘control’ que les corresponde” (F.D. 4º). [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los elementos para la admisión del recurso de apelación.*

STS (Sala 3ª) de 8 de junio de 2020, rec. nº 541/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a88597c331cd6d36/20200619>

“(…) sin perjuicio de que la cuantía del proceso es inalterable durante toda su tramitación, a los efectos del recurso de apelación, en aquellos supuestos en que la pretensión inicial hubiera sido estimada en parte en la sentencia de primera instancia, la cuantía a los efectos del umbral exigido para poder interponer recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso (30.000 €), deberá referirse a la cuantía de la pretensión con la reducción que

comporte la estimación parcial; y ello tanto para la parte recurrente como recurrida; sin perjuicio de que en un mismo proceso el recurso pueda ser admitido para la parte en quien no concurra la limitación de la pretensión a efectos de legitimar la interposición del recurso de apelación” (F.D. 3º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: Argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para la no celebración de vistas en el periodo de vigencia del Estado de alarma.*

ATS (Sala 3ª) de 8 de junio de 2020, rec. nº 2134/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f8ad76d4f5544071/20200630>

“Ahora bien, con o sin celebración de vista en todo recurso de casación las partes han podido expresar ya con entera libertad y con la amplitud que han estimado conveniente lo que a su derecho conviene en sus respectivos escritos de interposición y contestación a la demanda, por lo que en ningún caso podría quedar afectado el derecho de defensa por la no celebración de vista, incluso en aquellos recursos en los que la Sala hubiera decidido inicialmente su celebración en razón del interés público o jurídico del asunto. En el presente caso es evidente en todo punto la inconveniencia de postergar la resolución del asunto de manera indefinida, concurriendo una emergencia sanitaria en la que no es posible saber con certeza el momento que pudiera celebrarse una vista con plena garantía de la salud de todas las personas involucradas en el desarrollo de la misma, tratándose de asuntos conclusos y en los que las partes han podido, como ya se ha indicado, exponer y aclarar todo lo que a sus intereses convenía. Debe recordarse que incluso más allá de las medidas de restricción de la libertad de circulación adoptadas en el estado de alarma y de los acuerdos de la Sala de Gobierno de este Tribunal sobre la restricción máxima de actuaciones presenciales a las que resulten imprescindibles, las recomendaciones de las autoridades sanitarias hacen aconsejable evitar toda concurrencia presencial evitable en los próximos meses” (F.D. 1º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo declara inaplicable, a los recursos administrativos, el plazo de gracia del art. 135 LEC.*

STS (Sala 3ª) de 11 de junio de 2020, rec. nº 82/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e37fb1882542140/20200619>

“Abordando ya la cuestión litigiosa, asiste la razón al Abogado del Estado cuando, en su contestación a la demanda, afirma que el cómputo de los plazos administrativos se rige por su específica regulación legal; y no por la legislación procesal. De aquí que, en particular, el ‘plazo de gracia’ previsto en el art. 135 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil no sea aplicable a los recursos administrativos. La cita que el Abogado del Estado hace de la sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2014 (rec. 4626/2011) es absolutamente pertinente. De todo ello se sigue que el recurso de alzada aquí examinado fue, sin duda, interpuesto una vez que había expirado el plazo de un mes, por lo que su inadmisión fue ajustada a derecho” (F.D. 3º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: A propósito de la discrecionalidad en los nombramientos judiciales.*

STS (Sala 3ª) de 11 de junio de 2020, rec. nº 423/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8107d3d27d30f71f/20200615>

“Las sentencias de esta Sala de la que son referencia las 1087/2018, de 26 de junio (Rec. 520/2017) o 1770/2017, de 20 de noviembre (Rec. 3934/2015) niegan, en contra de lo que sostiene la demanda, la procedencia de que nuestra revisión jurisdiccional pueda sustituir las valoraciones de conjunto del Consejo General del Poder Judicial. Nuestra doctrina ha mostrado siempre el respeto más absoluto al núcleo de la discrecionalidad de la decisión de nombramiento; es decir, aquél en el que la apreciación por el Pleno del CGPJ responde a méritos que representan opciones igualmente válidas en Derecho. Hemos afirmado en tal sentido que, una vez comprobado jurisdiccionalmente que los candidatos alcanzan niveles de excelencia en cuanto a los criterios de mérito y capacidad, el Consejo General del Poder Judicial conserva un margen de discrecionalidad indudable, siempre que se respete la sujeción a los elementos reglados que sean de aplicación para nombrar al candidato que considere idóneo. Este principio es básico en materia de nombramientos y su aplicación debe procurar que, en su revisión jurisdiccional, una comparación aislada de méritos, como la que se propone en la demanda, no niegue al Consejo General del Poder Judicial una razonable facultad de valoración del conjunto o una preferencia de uno o algunos de los méritos alegados. En efecto, es doctrina de esta Sala la de que ‘la libertad del Consejo comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado’. (STS de 1 de junio de 2012, recurso contencioso-administrativo nº 564/2010). El recurrente admite, en este caso, que ‘el magistrado don Carlos Antonio cuenta con un brillante currículum que no se discute’ (fundamento cuarto de su demanda), lo que reitera en sus conclusiones. El acuerdo recurrido pone de relieve, además, sin desdoro alguno de los méritos jurisdiccionales que alega el demandante, que el órgano de nombramiento ha apreciado en el señor Carlos Antonio méritos reveladores de su excelencia en el ejercicio estricto de la función jurisdiccional en la Sala de lo

contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la diversidad de materias de que ha conocido en el desempeño de su labor jurisdiccional y la complejidad de los asuntos, sobradamente conocida, que ha abordado. La demanda no enerva estos fundamentos, lo que lleva a desestimar este motivo y nos conduce al segundo motivo de impugnación, que achaca al nombramiento un déficit de motivación” (A.H. 4º)

“La actuación que sobre nombramientos judiciales discrecionales ha seguido el Consejo General del Poder Judicial es una de las cuestiones que más polémica social ha suscitado en torno a dicho órgano constitucional, y es uno de los principales factores de la deslegitimación que ante la opinión pública ha presentado nuestro sistema judicial. Lo evidencia alguno de los informes que fueron emitidos a principios de la actual década por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). Ese alto nivel de polémica se ha dado también en el ámbito de la doctrina científica. Basta citar a este respecto el *Liber amicorum* que se publicó con motivo de la jubilación de uno de nuestros más afamados administrativistas, en el que se comprueba que la cuestión sobre el control jurisdiccional de los nombramientos judiciales discrecionales es un tema estrella en los estudios actuales de Derecho Administrativo” (F.D. 2º)

“Pero no significa que el órgano de selección pueda nombrar con absoluta libertad y sin seguir unos parámetros que aseguren la objetividad de su tarea de evaluación de los candidatos (como impone el artículo 103.1 de la Constitución); por lo que debe quedar expuesto con claridad, previamente a esa evaluación de los candidatos, cuáles son los concretos criterios de mérito y capacidad que van a ser aplicados, y cuáles son las pautas cualitativas que van a ser seguidas, en cada clase de méritos, para comparar a los candidatos y clasificarlos en orden al mayor o menor nivel que presente cada uno de ellos respecto de cada una de las clases de méritos que hayan de ser ponderados” (F.D. 4º)

“El contenido que resulta exigible a la motivación para que pueda ser considerada válidamente realizada ha de plasmar todo lo siguiente: la específica clase de méritos o capacidades que se consideran relevantes para el puesto de cuyo nombramiento se trata; los datos fácticos que sirvan de soporte objetivo a los méritos que sean apreciados en cada uno de los aspirantes concurrentes en la convocatoria de que se trate; y los criterios o pautas de valoración cualitativa que, mediante la comparación de los aspirantes al puesto o puestos que sean objeto de la convocatoria, hayan conducido a considerar que los méritos o capacidades del candidato nombrado son superiores a los de los restantes candidatos. Lo cual supone, paralelamente, que no puede considerarse correctamente cumplido ese requisito de motivación cuando esta se materializa tan sólo en calificaciones abstractas y globales que no concretan las singulares circunstancias del candidato a la que son referidas; o tampoco expresan los criterios cualitativos de evaluación que han sido seguidos para comparar a los candidatos en una misma clase de mérito o capacidad y, tras esa comparación, apreciar el mayor nivel en el que concurre en cada uno de ellos” (F.D. 5º)

“Las graves consecuencias que se pueden derivar de la no realización de ese

examen efectivamente comparativo de todos los candidatos concurrentes en una misma convocatoria. Debe evitarse que el procedimiento seguido pueda visualizar la imagen pública de que no hubo un examen de los demás candidatos, o de que, a pesar de haberse efectuado tal examen, éste no fue igualitario; y debe evitarse lo anterior para que no pueda alimentarse la creencia ciudadana de que el candidato elegido estaba predeterminado de antemano y la motivación formalmente consignada no fue resultado de una real y efectiva comparación de los méritos de la totalidad de los candidatos, sino tan solo una manera de dar mera cobertura formal a una decisión previamente adoptada. Esa imagen, de producirse, lesionaría muy gravemente ante la ciudadanía su confianza en el modelo constitucional de convivencia que es el Estado de Derecho. La lesionaría porque el Poder Judicial y su órgano de gobierno deben ser las instituciones emblemáticas en lo que concierne a la sujeción a la Constitución y al resto ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE); y, consiguientemente, también lo han de ser en lo relativo a la recta aplicación de los postulados de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente dispuestos para que pueda operar válidamente la promoción en toda clase de cargos públicos profesionales. Y haría de difícil inteligencia para la ciudadanía que el procedimiento para el nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo no exteriorizara, sin ningún género de duda, que la decisión finalmente adoptada en una determinada convocatoria no ha sido el resultado de una comparación efectiva y realmente realizada de todos los candidatos concurrentes a dicha convocatoria. (...) Y la conclusión que deriva de lo anterior no es solamente que ese examen comparativo haya de regir en lo sucesivo. Es también la confirmación del acierto jurídico de la práctica jurisprudencial que ya había establecido que una válida motivación exige también la inclusión, tanto de los méritos apreciados en un nivel superior en el candidato nombrado, como del resultado que ha arrojado la evaluación respecto de los méritos correspondientes a los restantes aspirantes que fueron analizados” (F.D. 6º)

“Es cierto que la antigüedad no debe ser lo decisivo en esta clase de nombramientos, porque lo que ha de prevalecer es la excelencia en el ejercicio jurisdiccional. Pero tampoco puede olvidarse que, cuando bastantes de los candidatos concurrentes alcanzan esa cota de excelencia (algo que reconoce el acuerdo del Pleno que decidió el nombramiento), la antigüedad debe ser debidamente ponderada para evitar que a los de mayor edad les pueda quedar definitivamente vedado, o muy difícil, el acceso al Tribunal Supremo. Y así debe ser porque el principio constitucional de igualdad exige también que sea similar el ritmo temporal de acceso al Tribunal Supremo de todos aquellos que en su trabajo se han esforzado por lograr ese nivel de excelencia profesional que debe constituir el principal factor de promoción” (F.D. 8º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: La interpretación del principio pro actione por el Tribunal Supremo.*

STS (Sala 3ª), de 22 de junio de 2020, rec. nº 3450/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/468b8a89624a8a6e/20>

[200626](#)

“Esta Sala señala que el Tribunal de instancia no podía dejar de aplicar la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, como la expuesta en la sentencia 73/2006, de 13 de marzo, considera que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, y que se precisa, no obstante, que el referido derecho se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando tal decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y que resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial. Y es que, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, ha establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente. En la referida sentencia constitucional se subraya que el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales constitucionalizado en el art. 24.1 CE es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3), con respecto al cual el principio pro actione actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada, lo que hubiera propiciado rechazar la causa de inadmisibilidad planteada y entrar a conocer del fondo de la controversia jurídica planteada, dando plena satisfacción al referido derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Cabe, asimismo, poner de relieve que en el proceso que enjuiciamos, tal como quedó debidamente reflejado en el debate de instancia, fue la Administración demandada la que adujo una causa de inadmisibilidad en abuso de Derecho, en infracción de la jurisprudencia constitucional expuesta en la sentencia 96/1989, de 23 de mayo, expresamente invocada en el escrito de conclusiones formulado por la defensa letrada del Principado de Asturias, por cuanto se fundaba en un ‘vicio’ que ella misma había originado (la comunicación de que era procedente la interposición del recurso potestativo de reposición) contrariamente a la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y el principio de equidad cuya ponderación es obligada en aplicación de toda norma procesal cuando pueden derivarse consecuencias tan gravosas como la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo. (...) En este sentido, cabe subrayar que carece de lógica jurídica, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho de acceso a la jurisdicción, que la falta de formalización del requerimiento por parte de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo del Gobierno del Principado de Asturias en ningún supuesto pudiera implicar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, en razón de su carácter potestativo, y que la interposición de un recurso de reposición en un supuesto en que pudieran existir dudas razonables sobre la procedencia del mismo, justificará la declaración de

inadmisión del recurso jurisdiccional”. (F.D. 2º) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la viabilidad procesal de la solicitud de medidas cautelares previa a la interposición del recurso contencioso administrativo.*

ATS (Sala 3ª), de 29 de junio de 2020, rec. nº 150/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c7c9af510773d19f/20200630>

“El primer aspecto que hemos de examinar es la viabilidad procesal de la solicitud de medidas cautelares previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo. La Abogacía del Estado enfoca la primera parte de su oposición en lo que califica de ausencia de presupuestos procesales básicos que, a su juicio, imposibilitarían la adopción de la medida cautelar. En primer lugar, alega la falta de acreditación de la postulación, es decir, de la insuficiencia de apoderamiento a la procuradora que comparece en nombre de los recurrentes. El defecto no puede ser acogido en este momento procesal ya que conforme al principio de subsanabilidad de defectos procesales (art. 138 LJCA y art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria) se debe otorgar a la parte que incurra en un defecto procesal la subsanación del mismo, y la ausencia de poder de la procuradora está en este caso y en curso el requerimiento de subsanación. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, los meros defectos formales no pueden ser óbice al otorgamiento de la tutela judicial efectiva, tampoco de la cautelar” (F.D. 2º)

“Los recurrentes alegan que ‘La Administración ha impuesto y exigido a los aspirantes la opción de la vía telemática sin dejar lugar a la opción personal siendo conocedora de que las personas físicas, como mis mandantes, no están obligadas a relacionarse con la Administración mediante forma electrónica conforme el artículo 14.1º de la meritada norma’. Niegan que la Orden 411/2020, de 13 de mayo, recurrida, tenga rango normativo suficiente ni reúna las características necesarias, tampoco la motivación, para introducir la obligación de los participantes en el proceso selectivo en cuestión de relacionarse con la Administración responsable del mismo de forma electrónica. Invocan la vulneración del principio de jerarquía normativa. Rechazan la justificación en razones sanitarias por existir medios para impedir la excesiva concentración de personas, ampliando las sesiones a la tarde o habilitando otros espacios, y la posibilidad de adoptar medidas de prevención como las que son usuales en cualquier tipo de actividad y que ya están establecidas ampliamente en todos los sectores de actividad. Rechazan la justificación en razones de imposibilidad o dificultad en los desplazamientos al haber decaído el estado de alarma, y cualquier restricción a los desplazamientos en todo el territorio nacional. Sostienen que el sistema de solicitud electrónica no es fiable ya que, dicen, ‘[...] la plataforma no es garantista ni ofrece un mínimo de seguridad, menos aún comparado con el sistema de elección personal que sí lo permite dado que este sistema, aplicado

hasta la fecha, se organiza por turnos, los aspirantes eligen en directo y en persona conociendo el listado de plazas que se han agotado ya y pudiendo reorganizar y cambiar su elección de forma inmediata; a la par que permite garantizar que no hay errores informáticos y que ningún aspirante se ve privado injustamente de su plaza'. Destacan insistentemente que según el sistema establecido en la reforma de las bases de la convocatoria '[...] el aspirante que no cumpla con la petición de plaza, se le tendrá por renunciado expresamente y ello significa que si un aspirante tiene problemas para acceder a la web de petición de plaza por la razón que sea, se le tendrá por desistido de la petición de plaza para el año 2020 y no tendrá una segunda oportunidad para solicitar plaza lo que supone un claro perjuicio económico, personal y profesional pues deberá esperar hasta el año próximo para seleccionar plaza, comenzar a formarse y trabajar' lo que ponen en contraste con las posibilidades de evitar tal circunstancia que les proporcionaba el sistema anterior, que permitía la presentación de solicitud incluso después de haber dejado correr el turno de prioridad por puntuación" (F.D. 4º)

"En efecto, superadas las pruebas, puede accederse a la adjudicación de plaza de formación sanitaria especializada como médico interno residente y, tras concluir los periodos de formación establecidos en cada especialidad (de varios años), se puede obtener el título profesional de médico especialista. Cada año el Ministerio de Sanidad convoca un proceso selectivo que se compone de una fase de selección y, para aquellos que superen las pruebas selectivas y alcancen una determinada puntuación mínima, la posibilidad de acceder a la fase de adjudicación de plazas ofertadas en el sistema de formación sanitaria especializada en las distintas especialidades y en los diversos centros hospitalarios y unidades acreditadas como unidades docentes, ofertándose un determinado número de plazas cada año. La elección de estas plazas de especialidad y unidad docente se realiza por riguroso orden de puntuación y con las medidas de acción positiva para el turno de discapacitados que prevé la Orden de convocatoria de cada año. En el año 2019 el proceso se convocó por la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto, que reguló la totalidad del proceso selectivo incluida la fase de adjudicación de plazas. Celebradas las pruebas selectivas previstas el día 25 de enero de 2020, se publicaron los listados definitivos de participantes que por haber alcanzado la puntuación mínima, tenían derecho a participar en el proceso de adjudicación de plazas. Todos los recurrentes en el presente procedimiento constan en el listado de medicina con derecho a participar en el proceso de adjudicación según ha comprobado la Sala y antes hemos reseñado." (F.D. 5º)

"En esta pieza de medidas cautelares no vamos a resolver si es o no ajustada a Derecho, sino que nos vamos a limitar a precisar en qué medida la modificación puede incidir en una situación de pérdida de finalidad legítima del recurso de no adoptarse la medida cautelar interesada. Pues bien, la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo recurrida, introduce las siguientes modificaciones a las bases de la convocatoria: (i) elimina la posibilidad de solicitar presencialmente la adjudicación de plaza mediante el derecho a comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (ii)

elimina el derecho de retrasar la elección de plaza, e incorporarse al proceso de adjudicación con la prioridad que correspondiera en el momento en que la persona que hubiere ejercido tal derecho formulase su solicitud de adjudicación presencialmente. Luego, si las convocatorias desde muchos años atrás, y también la de este año 2019 que ha sido modificada por la Orden aquí recurrida, han mantenido idéntica previsión, parece difícil calificar esta facultad de una mera práctica como dice el informe tan mencionado, que lo califica de ‘tradicción’ sin base legal. Máxime cuando el propio informe nos aclara que lo que llama tradición sin base legal, y que es un derecho reconocido inveteradamente en las sucesivas convocatorias -el peso de la evidencia es aplastante- responde a motivos de elección en función de la de otra persona participante en el proceso selectivo con número posterior de adjudicación, situación que bien podría contribuir a hacer efectivo un principio de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas, de amplia base legal.” (F.D. 7º)

“El reconocimiento de las facultades que hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico por la normativa que ahora ha modificado la Orden impugnada, es, por tanto, la manifestación de una sólida apariencia de buen derecho en la pretensión de los recurrentes, sin necesidad de adentrarnos ahora en la cuestión de fondo de si existe vulneración del art. 14 de la LPAC en la imposición de la forma de relación por medios electrónicos. (...) El proceso no se podrá retrotraer para hacer efectivo el derecho tras la sentencia, y si se hiciera, los perjuicios serían enormes, tanto para la Administración como para terceros. La eventual sustitución económica (ejecución por sustitución) si tal cosa fuera posible, no nos releva de examinar si la medida cautelar que pudiera otorgarse preservaría mejor la integridad de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones. De cuanto llevamos razonado podemos concluir, por tanto, que concurre en la solicitud de los recurrentes, no sólo la apariencia de buen derecho, sino también el peligro de la pérdida de efectividad de la sentencia que pudiera recaer, de no adoptarse la medida cautelar (*periculum in mora*). De ello se sigue que procede la adopción de alguna medida cautelar por concurrir las circunstancias del art. 130.1 LJCA, si bien, como explicaremos a continuación, hemos de moderarla intensidad de la misma porque no resulta necesaria en la forma de suspensión total que se ha pedido, y además, como medio de hacer compatible la protección del derecho invocado con los intereses generales y de terceros (art. 130.2 LJCA)” (F.D. 8º)

“Para ello, concluimos que tan solo es preciso adoptar la medida cautelar de suspensión de aquellas previsiones de la Orden SND/411/2020, recurrida, que imposibilitan la comparecencia personal como modo de solicitud, compatible con el electrónico cuya validez y eficacia no queda afectada, pero privándole de todo carácter excluyente de la comparecencia personal y, consecuentemente, introducir la complementariedad del sistema de solicitud por comparecencia personal que estaba regulado en la disposición que ha derogado la norma ahora recurrida, valiéndonos para ello de todos los antecedentes del juego de ambos sistemas que diseñaba la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto (BOE de 9 de septiembre). Hay que precisar y remarcar que todos los aspirantes que deseen limitarse

exclusivamente a la solicitud por medios electrónicos podrán hacerlo y las formuladas o que se realicen en lo sucesivo deben conservar validez, sin perjuicio de su modificación en la forma prevista en la Orden SND/411/2020, que también conserva su validez” (F.D. 9º)

“Se ha invertido en este caso, por tanto, el orden lógico procesal, pues primero se dicta la decisión cautelar, y luego ya veremos si se presenta el poder. Obsérvese que el auto vuelve a requerir de subsanación por segunda vez, ante el fracaso de la primera. Esta vez, eso sí, con advertencia de levantar la medida cautelar que se acaba de acordar. Resulta curioso que la correcta constitución de la relación jurídico procesal sólo importe para ejecutar la medida cautelar, pero no para acordarla. (...) La solicitud cautelar se presenta sin interponer recurso contencioso administrativo. Además de lo anterior, lo más grave, a mi juicio, es que el escrito presentado solicita medidas cautelarisimas, ahora cautelares tras nuestro auto de 24 de junio pasado, ‘previas a la formalización del recurso’, según señala el escrito. Cuando sabido es que las medidas cautelares pueden solicitarse ‘en cualquier estado del proceso’ ( artículo 129.1 de la LJCA), pero no antes del proceso, sino durante el proceso que se inicia con la interposición. Con la natural excepción de los supuestos de inactividad y vía de hecho que ‘podrán solicitarse antes de la interposición del recurso’, según establece expresamente el artículo 136 de la LJCA, por referencia a los artículos 29 y 30 de la LJCA, que obviamente no hacen al caso. Pero desde luego ni el artículo 129 ni el artículo 135 de la LJCA, al regular las medidas cautelares en general y las de especial urgencia, en particular, permiten adentrarse en el pantanoso terrero de ampliar las excepciones legales, creando ahora otras por vía jurisprudencial. La cuestión no es baladí, porque una vez adoptada la cautela, el solicitante de la medida podrá no interponer recurso contencioso administrativo. Lógicamente habrá perdido interés, ya consiguió lo pretendido. Y esto no sólo es contrario al régimen jurídico de las medidas cautelares que diseña nuestra Ley Jurisdiccional, sino a la propia caracterización, configuración y finalidad de las medidas cautelares. Los jueces y tribunales no pueden convertirse en una suerte de ventanilla que expida suspensiones cautelares de actos administrativos que no hayan sido impugnados, y que seguramente no lo serán. Al margen de creativos requerimientos como el que hace el auto, teniendo en cuenta que el escrito presentado ni siquiera anuncia, como señala el auto, tener ninguna intención de interponer recurso contencioso administrativo. Parece necesario recordar también que las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable o irremediable la duración del proceso. Pero no son, y no deben ser, según el régimen jurídico que dibuja la LJCA, un fin en sí mismas, al margen del proceso y desvinculadas del mismo, como ha sucedido en este caso. Se podrían poner muchos ejemplos, pero basta con referirnos al ‘periculum in mora’, pues cuando se establece que ha de evitarse la pérdida de la finalidad legítima del recurso, a qué recurso se refiere si en este caso no hay ninguno. El auto, en fin, se limita en este punto a invocar un precedente de esta Sala que no cita. Parece que se refiere a una medida cautelarísima, por la referencia a la urgencia, presentada cuando estaba en vigor el estado de alarma y las limitaciones más intensas a la libertad de circulación, que obviamente no concurren en este caso. Sin embargo ahora ya no se trata de una medida cautelarísima, se trata de una medida cautelar

adoptada en una pieza separada de medidas cautelares, que carece de autos principales o de la pieza matriz. Como se ve, hay una desvinculación absoluta del recurso contencioso administrativo, que podrá, o no, ser interpuesto en el futuro, pero que establece un insólito precedente para nuestra jurisdicción. (...) No olvidemos, respecto de los intereses de ‘terceros’, que estos merecieron tener una potente presencia en la decisión cautelar, pues la margen de los 31 solicitantes de cautela, hay un gran número de terceros afectados (hasta 12.172 aspirantes figuran convocados según el calendario de la Resolución de 8 de junio de 2020). Aspirantes que se encuentran dispersos por todo el territorio nacional y en algún caso fuera de él, que ya tenían su organización profesional y vital ajustada al calendario fijado, y que se verá necesariamente alterado en el último momento por nuestra medida cautelar, debiendo realizar desplazamientos, además de los inevitables retrasos en la adjudicación de plaza. A estos efectos debe tenerse en cuenta, como antes adelanté, que la premura para que esta Sala resuelva se produce por el retraso en la presentación del escrito de solicitud cautelar, porque la Orden en cuestión es de fecha 13 de mayo pasado y el escrito solicitando la medida cautelar no se presenta hasta el día 23 de junio, justo la semana que ya comenzaba el calendario para alguna de las titulaciones. (...) Prueba de que se ha juzgado definitivamente el fondo es que si finalmente se interpone el recurso y llega a término, lo cual es mucho suponer, la sentencia no tendrá ningún efecto útil, pues nunca podrá declarar la conformidad a Derecho de la Orden, ya no. Los efectos se han consumado antes de interponerse el recurso contencioso administrativo. La Orden de 2020, según declara el auto, no se ajusta a nuestra doctrina sobre la ‘ley de la convocatoria’, y eso lo declara un auto firme del Tribunal Supremo. Ni siquiera sería necesario, una vez declarada esa nulidad en sentencia, pronunciarse sobre la cuestión de fondo, esta sí planteada por la parte, sobre la infracción del artículo 14 de la Ley 39/2015. (...) Todo ello pone de relieve la justificación razonable y proporcionada que supone generalizar los medios telemáticos para cualquier ámbito y desde luego también para concluir un proceso de selección tan multitudinario como la elección de plazas por los MIR. Se trata del medio que proporciona más seguridad para la salud de los participantes, en particular, y para todos los ciudadanos, en general, evitando aglomeraciones y desplazamientos por todo el territorio nacional, incluso desde fuera de nuestras fronteras. (...) El auto se aplica a una suerte de ingeniería jurídica que desarticula el procedimiento de adjudicación previsto e impone uno nuevo: suspende parte del artículo 8 modificado de la Orden SND/411/2020 y requiere a la Administración que arbitre, manteniendo el cauce telemático, la forma en que los interesados que lo deseen puedan personarse y ejercer in situ una nueva opción a resultas del desarrollo de las adjudicaciones. Afecta, así, directamente a las convocatorias ya efectuadas hasta el día 31 de julio. Es consciente del trastorno que causa a las expectativas de miles de solicitantes, pero traslada a la Administración la responsabilidad de establecer ‘con la menor dilación posible’ un nuevo calendario y, ‘salvo causas justificadas’, de mantener la fecha de toma de posesión entre el 21 y 25 de septiembre de 2020 y el comienzo del período formativo ese 25 de septiembre. No obstante, la Sala no desconoce que el informe aportado por el Abogado del Estado calcula en dos meses, por lo

menos, lo que se tardará en elaborar el desarrollo tecnológico que implica la medida cautelar y no hay en las actuaciones ningún elemento que permita concluir con fundamento que puede hacerse con garantías en menos tiempo. Esta decisión es, pues, exclusivamente una expresión de voluntarismo y supone el más claro reconocimiento del potencial perjudicial de lo acordado. En realidad, el auto desatiende los intereses públicos que miran a la más pronta adjudicación de las plazas y los intereses privados de los miles de solicitantes afectados, convocados ya para días concretos de los meses de junio y julio a sesiones la fecha de cuya celebración queda ahora en la más completa incertidumbre. Ignora, por tanto, la prescripción del artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción. Además, llegado al punto al que ha llegado, la coherencia con sus presupuestos le debería haber llevado a requerir también a la Administración que convoque la asistencia personal en tantas sedes como sean precisas para que quien quiera ejercer el singular derecho que ha reconocido pueda hacerlo y no perjudicar, obligando a desplazamientos excesivos, a quienes no residan en los lugares elegidos. En fin, altera las condiciones de la adjudicación de las plazas de unas y otras titulaciones, porque cuando se dicta ya ha comenzado el procedimiento. Si lo importante son las bases de la convocatoria de 2019, que es única, no se ve por qué no han de valer para todo él. Y aquí me parece relevante señalar que tampoco ha tenido en consideración que los treinta y un solicitantes pudieron formular su pretensión al publicarse el 15 de mayo de 2020 la Orden SND/411/2020. Sin embargo, han preferido esperar al 23 de junio de 2020 para presentarla. Un dato más, no irrelevante, de su conducta procesal que no me explico por qué no se ha tenido en cuenta. 6. Por último, el auto que motiva este voto da carta de naturaleza a un proceso sin recurso y sin representación que termina con una decisión de fondo sin sentencia en un asunto con miles de afectados. De ahí que deba subsanarse a sí mismo pidiendo a los solicitantes, que no recurrentes, que interpongan el recurso contencioso administrativo. En vano se buscarán en la Ley 29/1998, de 13 de julio, la que debemos aplicar, estas variedades procesales” (Voto particular) [B.A.S.]

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo señala la ausencia de rigidez en la distinción entre actos nulos y actos anulables.*

STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 2020, rec. nº 51/2018.

[http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9186980/recursos%20\(proc%20cont.admvo.\)/20200710](http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/9186980/recursos%20(proc%20cont.admvo.)/20200710)

“Pues bien, esta distinción en la producción de los efectos jurídicos entre la declaración de nulidad y la anulación, que tiene sus raíces en el derecho romano y en el derecho civil (donde tampoco rige absolutamente, basta una lectura de los efectos de la nulidad de los contratos prevista en los artículos 1300 a 1314), en el campo del derecho administrativo no tiene cobertura legal, aunque haya sido acogida por gran parte de la doctrina. Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad y de la mera anulación, vendrán determinados por lo que en cada

momento disponga la ley. Y de momento no existe ninguna norma que disponga que la declaración de nulidad suponga siempre la aplicación retroactiva de sus efectos. (...) Por su parte la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permitía solicitar del órgano judicial, no solo la anulación del acto o disposición que infringiera el ordenamiento jurídico (art. 41) sino que según el artículo cuarenta y dos.: ‘además de lo previsto en el artículo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda’, esto es, sin distinguir entre acción de nulidad y anulabilidad, y posibilitando, como ocurría en la mayor parte de los casos, una sentencia con carácter retroactivo al momento en que se dictó el acto o la disposición. Lo mismo se disponía en el artículo ochenta y tres, apartado 1) ‘La sentencia desestimaré el recurso contencioso-administrativo cuando se ajustare a Derecho el acto o la disposición que se refiera. 2) La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico, incluso la desviación de poder’. Y en el artículo ochenta y cuatro se decía que ‘Cuando la sentencia estimare el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos. b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo cuarenta y dos, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma’. La actual ley jurisdiccional en el mismo sentido regula los efectos de las sentencias estimatorias en el artículo 72, que en su apartado 2 sostiene que ‘... Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada’, añadiendo en el apartado 3 que ‘La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111’, y disponiendo en el artículo 73 que: ‘Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente’. De todo ello se desprende que los efectos jurídicos de la sentencia estimatoria, sea de un acto administrativo o de una disposición, sea por motivo de anulación o de nulidad, son o pueden ser los mismos, de hecho el artículo 70.2 dispone que ‘La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder’, y el artículo 71 dispone que cuando la sentencia sea estimatoria ‘a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido’, esto es sin distinguir si el acto o la disposición es nula o anulable. De hecho es lo que ocurre habitualmente en la práctica, donde tan solo en los fundamentos jurídicos se habla de nulidad, para

justificar en su caso una interposición extemporánea del recurso, al no existir plazo para la impugnación en los supuestos de nulidad de actos administrativos. La recurrente sostiene que la declaración de nulidad de pleno derecho de normas administrativas con rango inferior a la ley se admitió bajo el amparo de la LPA con fundamento en su artículo 109 cuyo texto era el siguiente: ‘La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47’. Y que esta posibilidad se reforzó al máximo después de la Constitución, en aplicación directa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.’ (F.D. 2º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo declara la retroacción de actuaciones sobre el plazo de caducidad.*

STS (Sala 3ª) de 11 de septiembre de 2020, rec. nº 6378/2018

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/57735ef411a11ece/20200918>

“En un procedimiento administrativo, la retroacción de actuaciones acordada en la estimación de un recurso de reposición, consecuencia de la existencia de un vicio formal, al momento de la notificación de la resolución administrativa recurrida, significa que, en la vuelta atrás en el tiempo que es la retroacción, la Administración debe culminar el procedimiento retrotraído y notificar al interesado correctamente la resolución, en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado. En el caso concreto, ordenada la retroacción en la estimación parcial del recurso de reposición el 16 de diciembre de 2013, y notificada dicha resolución del recurso y la resolución que fue impugnada el 18 de diciembre de 2013, se ha corregido el vicio formal del segundo intento de notificación que tuvo lugar el día 10 de julio de 2012. En esta última fecha habían transcurrido 10 meses y 29 días del plazo de un año para resolver el expediente de legalidad urbanística. Retrotraído por la ficción jurídica de la retroacción el procedimiento a dicha fecha, (‘momento’) y practicada correctamente la notificación a los dos días de acordarse la retroacción (18 de diciembre de 2013), se concluye que la Administración concluyó el expediente transcurridos 11 meses y un día, es decir, dentro del plazo de un año, que restaba del procedimiento desde que se causó la actuación procedimental causante de la indefensión. Por todo lo expuesto, procede estimar el presente recurso, anular la sentencia impugnar y confirmar la resolución administrativa objeto del recurso”. (F.D. 8º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la incompetencia de las empresas públicas para ejercer la potestad pública sancionadora.*

STS (Sala 3ª) de 14 de septiembre de 2020, rec. nº 5442/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d812b670e85240e5/20200918>

“Suscitado el debate de autos en la forma expuesta, debemos partir del esquema general sobre la actividad prestacional que compete a las Administraciones, como personificaciones del Poder Ejecutivo, que se articula ya a nivel primario en la Constitución mediante la denominada actividad administrativa (artículo 106), la cual está sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103), siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones, de las resoluciones, que se adopten. Si, como se ha expuesto, la tramitación del procedimiento administrativo es esencial para la adopción de las decisiones de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades públicas y que dicho procedimiento está sometido a las normas que lo regulan, debe señalarse que, en cuanto que persona jurídica, la Administración Pública ha de actuar mediante órganos que son, conforme se disponía en el artículo 11 de la Ley 30/1992 y reproduce el artículo 5 de la vigente de la de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ‘las unidades administrativas a las que se atribuyan las funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo’. La relevancia de los órganos de la Administración comporta que debe asignarse la competencia de los mismos, evitando duplicidades de funciones (artículo 11.3º de la Ley 30/1992) y constituyendo esa competencia, en cuanto que potestad, una faceta de derechos pero también de deberes, siendo la misma irrenunciable (artículo 8 de la Ley 30/1992). Es decir, la actividad administrativa ha de realizarse mediante el procedimiento establecido y este ha de tramitarse por las unidades administrativas del órgano que tenga asignada la competencia, pero como quiera que, por su propia naturaleza, requieren la integración de personas físicas que desarrollen esa actividad, esa exigencia personal se vincula a los funcionarios públicos que, como se declara en el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de enero (también el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007), son ‘quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales’. Y de manera específica dispone el artículo 9 en su párrafo segundo, que preceptivamente ‘el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca’. Dicho régimen es plenamente aplicable al Organismo de Cuenca en cuanto que, como Organismo Autónomo estatal, así se impone ahora en el artículo 100 de la de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y ya antes en el artículo 47 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la

Administración General del Estado. Pero ese debate ha de ser examinado conforme a la propia naturaleza de las peculiares circunstancias del presente supuestos. Y así, es cierto, como se deja constancia de las alegaciones de las partes y de la sentencia de instancia, que ningún reparo cabe hacer porque las Administraciones acuda a personal ajeno a su propio personal cuando fuera necesario la adquisición de bienes o realización de obras o servicios para su propia actividad prestacional y que dicha intervención pueda hacerse, como alternativa a los contratos administrativos, por medio propios (in house providing) que es la naturaleza no cuestionada que puede asignarse a la Empresa Pública TRAGSA y a sus filiales, entre ellas, TRAGSATEC, que es la aquí afectada (por todas nuestra reciente sentencia, con abundante cita, 686/2020, de 8 de junio, dictada en el recurso 1837/2016). No es eso de lo que se trata en el presente supuestos en el que, como cabe concluir de lo reflejado en la sentencia de instancia, lo que se encomienda al personal de la Empresa Pública, no es esa prestación de servicios puntuales y accesorios sino una intervención, ya se verá en qué medida, en la propia y genuina actividad administrativa, en los procedimientos necesario para la adopción de los actos que la constituyen. No se trata de que ese personal sometido al régimen de Derecho Privado preste los servicios que la Administración necesite, sino de tramitar los procedimientos correspondientes cuyas resoluciones que le pongan fin pueden ser los que afecten a los ciudadanos. Por acercarnos al caso de autos, no se trata en el presente supuesto de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitársele, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución” (F.D. 2º)

“Y en el debate que se suscita en apoyo de dichas pretensiones se exponen las razones ya examinadas en los anteriores fundamentos en relación a la procedencia de la actuación llevada a cabo por la empresa pública TRAGSATEC en la tramitación del procedimiento sancionador es necesario partir de los hechos que se reflejan en la sentencia de instancia que, sin perjuicio de discrepar por la Administración recurrente sobre su significado, no se cuestionan. En este sentido se debe dejar constancia de la improcedencia de las críticas que se hacen en su contra por la parte recurrente, cuando se cuestionan ese reflejo, porque la sentencia justifica sus conclusiones con referencias detalladas al convenio suscrito e incluso trayendo al debate de autos anteriores pronunciamientos de la propia Sala territorial que evidencia la relevancia de la aplicación práctica de ese convenio. No hay, por tanto, valoración errónea alguna no ya en los hechos reflejados, sino tampoco en las conclusiones a que se llega, cuestión que, por lo demás y como ya se dijo, queda extramuros del recurso de casación. Los hechos, la actuación y relevancia del personal de la Entidad Pública, han quedado ya reflejados al transcribir la sentencia de instancia y de ellos hemos de concluir que el procedimiento sancionador, como se admite por el Organismo de Cuenca, se

tramita por personal directamente vinculado a la mencionada Empresa Pública, el cual procede a la recepción de todos los documentos que se incorporan al expediente, desde la misma denuncia, procediéndose por dicho personal al examen y, cabría decir, que calificación de los mismos, a los efectos de dar el oportuno trámite. Llegando dicha intervención a tal punto de elaborar dosieres, informe y propuestas de resoluciones. Ante ese panorama califica la Sala de instancia como de una tramitación de un procedimiento en la sombra, lo cual recrimina la defensa de la Administración, cuando sería lo cierto que no se trata de dicha tramitación en la sombra, sino que el único procedimiento sancionador está en manos del personal de la Empresa Pública, con la pretendida legalización de dicha actuación de remitir la suscripción de las resoluciones relevantes, en especial, la que pone fin al procedimiento, se firman por los órganos competentes de la Confederación pero, incluso así, sobre la base de una propuesta que se le hace por aquel personal. Se cuida la Abogacía del Estado en su recurso de justificar la actuación del Organismo de Cuenca para el pretendido auxilio del personal de la Empresa Pública en una denominada tácitamente situación de emergencia, en cuanto se dice que se incoan más expediente sancionadores por la Confederación Hidrográfica del Guadiana que por los restantes Organismo de Cuenca del País (se dicen 58.000), al tiempo que nos recuerda la amplitud territorial y de compleja integración de dicha Confederación, lo cual, al entender de la parte recurrente, justificaría acudir al auxilio del personal de TRAGSATEC. Sin embargo, esa pretendida justificación decae cuando esa multitud de expedientes no es algo repentino ni anómalo, como se reconoce, sino que es lo cotidiano, tampoco es algo nuevo y repentino que en el ámbito territorial existan, no ya espacios naturales de especial protección, sino incluso algunos de una excepcional consideración que exigen una intensa y compleja actividad administrativa. Ha de concluirse de todo ello que el Organismo de Cuenca estaba obligado a planificar el personal a su servicio acorde a esa intensa actividad, como, ya se dijo, le impone la normativa en materia de función pública, y no ponerse en una situación tan precaria que pretenda paliarse con la anómala intervención de ese personal extraño, y todo ello sin desconocer que la misma legislación sectorial habilita formulas, dentro del ámbito estatutario, para paliar esa buscada insuficiencia de medios. Bien es verdad, como sostiene la parte recurrente, que no cabe desmerecer la capacidad y formación del personal que la Empresa Pública pone al servicio del Organismo de Cuenca, que la Sala territorial no cuestiona en modo alguno; se trata simplemente que no cabe presumir en ese personal la capacidad técnica especializada, la objetividad, la imparcialidad y la responsabilidad que cabe presumir en los empleados públicos cuya regulación y estatuto está directamente orientado a alcanzar las exigencias que impone la actividad administrativa. Finalmente, no quiere silenciarse las objeciones que se ponen en la argumentación de este recurso de casación en relación a la pretendida irrelevancia de la actuación del personal de TRAGSATEC que, a la postre, no comporta demérito alguno para los afectados en los procedimientos a los que, se dice, no se les ha ocasionado indefensión. En este sentido se invocan sentencias de la misma Sala Territorial y de la Extremadura que, en supuestos como el presente, desestimaron los recursos, al amparo de esa pretendida ausencia de

garantías procedimentales. Es cierto que una jurisprudencia reiterada de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha venido acogiendo, ya desde la vieja Ley de Procedimiento de 1958, la denominada doctrina sustancialista conforme a la cual los defectos de forma solo afectan a la validez de los actos administrativos cuando se haya omitido total y absolutamente el procedimiento para dictar tales actos o, en otro caso, de defectos procedimentales, se haya ocasionado indefensión o impidan al acto alcanzar su fin, que son los supuestos, el primero, de nulidad absoluta y, en el segundo caso, de anulabilidad, que regían ya en los artículos 47 y 48 de aquella Ley, pasó a los artículos 62 y 63 de la Ley de 1992 y ha vuelto a los mismos numerales en la actual Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y ante esa doctrina lo que se sostiene, tanto por la parte recurrente como en las mencionadas sentencias, es que en el caso de autos no se acredita que se haya ocasionado esa indefensión porque procedimiento no se puede negar que ha existido. El argumento debe examinarse con mayor rigor de lo que en apariencia resulta. En efecto, si concluimos, como hemos de hacer, que la intervención de las autoridades, que no del resto del personal de los órganos de la Confederación, se limita a la firma de las resoluciones que le propone el personal de la Empresa Pública, deberá convenirse que dicha autoridades si limitan a aceptar la propuesta o, cuando más, a la constatación de la idoneidad y legalidad del contenido de dichas propuestas, porque si dichas autoridades deben examinar el expediente para aceptar o rechazar la propuesta, de nada serviría esa dualidad de actividad netamente administrativa. Y no es lo mismo que esas propuestas, que ciertamente se dan en el devenir cotidiano de las Administraciones, se haga por personal funcionario que por personal ajeno a la Administración. Otro tanto acontece en el devenir de los trámites ordinarios del procedimiento, realizados por personal de TRAGSATEC, cuando es lo cierto que esos trámites condicionan la misma resolución que se dicte, más aun en procedimiento de la naturaleza de los sancionares en que la actividad de la Administración no está solo en la defensa que se haga por los afectados, sino que es la propia Administración la que debe aportar al expediente todo cuando sea relevante, en pro y en contra de él, lo cual requiere un grado de preparación, profesionalidad y objetividad que solo en los funcionarios cabe presumir. Se quiere decir con ello que con tan atípica tramitación tan siquiera es admisible poder acreditar la existencia o no de esa necesaria indefensión porque no hay contraste de cómo debieran haberse tramitado los procedimientos, el concreto procedimiento de autos, de haber tenido intervención en el mismo el personal llamado a hacerlo. Es decir, a la postre, todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan que se limitan, no consta otra cosa, a la mera firma de la propuesta que le es presentada” (F.D. 4º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: El Tribunal Supremo determina que se ajusta a la normativa europea el hecho de no indemnizar a los funcionarios interinos.*

STS (Sala 3ª) de 24 de septiembre de 2020, rec. nº 2302/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/89d565ca19d79f08/20201002>

“(…) La recurrente en instancia fue nombrada personal interino ocupando el puesto de trabajo durante más de seis años continuados hasta que la plaza fue cubierta por personal titular. Por tal motivo no concurre el supuesto de ‘sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada’ que permitiría la aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco. Por ello debemos seguir lo ya dicho en la reciente STS de 28 de mayo de 2020, casación 5801/2017 por lo que no debe analizarse la aplicación al caso (1) de la también reciente sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18; (2) de la doctrina fijada por esta Sala Tercera en dos sentencias el día 26 de septiembre de 2018 (STS 3251/2018-ECLI: ES:TS:2018:3251), en el recurso 1305/2017, y (STS 3250/2018-ECLI: ES:TS:2018:3250), en el recurso 785/2017, a las que hace mención el auto de admisión, puesto que las tres se refieren a supuestos de ‘sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada’ o ‘nombramientos sucesivos’” (F.D.5º)

“(…) En esa sentencia, una vez expuestas y marcadas las diferencias de régimen jurídico en la legislación española entre (i) el personal laboral fijo y el de duración determinada, y (ii) el particular régimen jurídico del personal funcionario, declara lo siguiente: 1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva. 2) Los artículos 151 TFUE y 153 TFUE y la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo” (F.D.6º)

“En unidad de doctrina y seguridad jurídica la respuesta que debemos dar a la cuestión de interés casacional objetivo admitida en el ATS de 17 de diciembre de 2018 es que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de 20 días por año de trabajo desempeñado previsto en la legislación laboral y no en la legislación funcional” (F.D.7º) [B.A.S.].

*Jurisprudencia: Medidas administrativa asociadas a la responsabilidad patrimonial.*

SAN (Sala de lo Contencioso) de 16 de septiembre de 2020, rec. n° 159/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/689fe6f66bee006d/20200924>

“A los efectos de una posible interrupción de la prescripción de la acción por la solicitud de abono de la prisión preventiva en otras causas, se trataría que ver si la misma era idónea para obtener el resarcimiento de los daños derivados de tal prisión, por manifestarse a través de ella y de forma inequívoca una voluntad de resarcimiento del daño y ser dirigida a un órgano que pudiera dar lugar a tal satisfacción y solo así entenderíamos interrumpido el plazo de prescripción y por ello, cumpliéndose estas premisas, pudiéramos empezar a computar el mismo desde la notificación de la resolución que hiciera inviable el resarcimiento. Así lo establece nuestro TS: ‘De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como inidónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comparta una manifestación de voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración de las vías posibles para ello’ (STS de 7-9-2006 -Rec. 3371/2002- con cita a otra anterior de 21-3-2000). No es admisible dejar al arbitrio de la parte la elección del día inicial del cómputo para reclamar provocando actuaciones inoperantes: ‘La arbitraria actuación de los recurrentes, al acudir a otras vías que se demostraron improcedentes, no afecta en modo alguno al supuesto que nos ocupa, pues es doctrina consolidada la de que el cómputo de los plazos para recurrir no se interrumpe por el uso equivocado de otros medios de impugnación’ (STS de 22/01/2000 -Recurso Núm.: 490/1997)” (F.D.4º) [B.A.S.]

## VI. DERECHO TRIBUTARIO

*Jurisprudencia: Procedimientos de gestión tributaria. Verificación de datos. Anulación de una liquidación practicada como desenlace de un procedimiento de verificación de datos, que debió ser ab initio de comprobación limitada o de inspección: nulidad de pleno derecho.*

STS (Sala 3ª) de 6 de febrero de 2020, rec. n° 4489/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2fdc624497d0271f/20200218>

“Resolución de las pretensiones.

Aplicando el criterio acabado de exponer y, poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, llegamos a la conclusión de que el recurso de casación ha de ser estimado, pues la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuestionada en esta sede mantiene un criterio contrario al que hemos establecido

en nuestra sentencia núm. 1128/2018, de 2 de julio, dictada en el recurso de casación núm. 696/2017.

Ninguna de las partes discute que, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuestionada en esta sede, '[l]a cuestión nuclear a resolver no es otra que determinar si la utilización incorrecta de un procedimiento de gestión, en este caso el procedimiento de verificación de datos, en lugar del de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad radical o de mera anulabilidad, a los efectos de determinar si aquel procedimiento inicial interrumpe o no la prescripción del derecho de la Administración a liquidar', de modo que, [e]n el presente caso, si no se interrumpiera, la segunda liquidación se habría dictado más allá del plazo de cuatro años previsto en el art. 66 de la LGT, con lo que habría que desestimar la pretensión anulatoria de la recurrente' (FD 2º).

Y señaló el TEARM, en la resolución de 30 de marzo de 2017 impugnada por la Comunidad de Madrid, [e]n el caso que nos ocupa, el hecho imponible se produjo el 24 de octubre de 2007, sin que consten más actuaciones del interesado o de la [A]dministración que no formen parte del procedimiento de verificación de datos o de la revisión del acto de terminación del mismo hasta la notificación del inicio del procedimiento de comprobación limitada con posterioridad al 21 de diciembre de 2015, transcurrido ya sobradamente el plazo de prescripción de cuatro años fijado en el artículo 66 y ss. de la LGT, debiendo 'apreciarse que ni los recursos del interesado presentados con la finalidad de que se anulase el mismo, ni los actos de revisión dictados a tal fin hayan tampoco interrumpido la prescripción, pues como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2012, traída por la interesada, los recursos o reclamaciones instadas contra actos nulos de pleno derecho también carecen de eficacia interruptiva de la prescripción' (FD 2º).

Pues bien, como hemos dicho en nuestra sentencia de 2 de julio de 2018, existe una utilización indebida del procedimiento de verificación *ab initio* pues la Administración utilizó dicho procedimiento precisamente para una finalidad que el propio artículo 131 prohíbe, con la consiguiente disminución de las garantías y derechos del administrado, y a su salida o resolución, pues en lugar de dar lugar a un procedimiento de comprobación limitada o inspección, se resuelve el fondo del asunto mediante la correspondiente liquidación pronunciándose sobre la actividad económica, por lo que 'la utilización de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo de uno de comprobación limitada, constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho', lo que conlleva 'la incapacidad de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de verificación de datos para interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación', y, por ende, la desestimación del recurso contencioso- administrativo interpuesto por la letrada de la Comunidad de Madrid.' (F.D. 2º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: ¿Exención en el IRPF por invalidez declarada en otro país?*

STS (Sala 3ª) de 13 de febrero de 2019, rec. nº 6693/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/defa2c0c0e04a8a0/20200224>

“Criterios interpretativos que se fijan en esta sentencia sobre el artículo 7.f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tomando como punto de partida lo que ha sido expuesto en el anterior fundamento de derecho, los criterios interpretativos que procede dictar son los que continúan:

1.- El reconocimiento de una pensión de invalidez en Suiza con un nivel del cien por cien no basta, por sí solo, para equiparar dicha pensión con una prestación de incapacidad permanente absoluta del sistema español de Seguridad Social; porque en aquel Estado, a diferencia de lo que acontece en España, no se distingue entre un grado de incapacidad que está referida sólo a la profesión que ejercía el interesado (aunque la impida en la totalidad de los cometidos de esa profesión) y otro grado superior que se proyecta también sobre otras profesiones.

2.- La calificación de si una situación merece la consideración de incapacidad permanente absoluta corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los órganos reglamentariamente establecidos para examinar al interesado y emitir el correspondiente dictamen propuesta; y recae sobre el interesado la carga de aportar ante esos órganos todos los elementos que permitan probar cual fue la concreta absoluta del sistema español de Seguridad Social.

3.- No se produce con ello vulneración del derecho de la Unión Europea sobre la cuestión, dado que las normas del Derecho de la Unión Europea permiten que España pueda someter a un examen por un equipo médico de valoración de incapacidades la situación de solicitante de un beneficio fiscal en un impuesto directo como es el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a efectos de determinar las implicaciones, también las de tipo fiscal, que correspondan al grado de invalidez de que esté afectado un solicitante, lo que habrá de establecerse con arreglo a la legislación española y con referencia al momento en que se produjo el otorgamiento de la prestación. Para ello, las autoridades españolas deberán tomar en cuenta los documentos e informes médicos emitidos por la institución del Estado miembro, en este caso Suiza, que reconoció la pensión de invalidez”. (F.D. 6º)

“Examen de la pretensión deducida en la actual casación.

La reseña que antes se hizo de la actuación administrativa litigiosa y la sentencia recurrida son determinantes de que el recurso de casación no pueda ser acogido porque, al ser coincidentes con los criterios interpretativos que han sido fijados en el fundamento de derecho anterior, deben considerarse correctos los argumentos de los actos administrativos y de la sentencia de instancia que consideran que la evaluación de la incapacidad es competencia de la autoridad nacional española,

que puede valerse del dictamen del INSS y declaran la obligación que pesaba sobre el interesado de haber aportado los elementos de prueba que resultaban necesarios para efectuar esa evaluación”. (F.D. 7º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Valoración de bienes inmuebles en el ITPAJD. Efectos de la aplicación, por parte de la Administración, de coeficientes correctores del valor catastral en contra de lo declarada en las escrituras públicas de adquisición.*

STS (Sala 3ª) de 23 de febrero de 2020, rec. nº 5857/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a86952c1ff75dc19/20200306>

“Doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones controvertidas.

Sobre la cuestión controvertida existe una jurisprudencia consolidada, de suerte que basta para resolver la controversia suscitada con aplicar al caso debatido la doctrina que sobre la normativa aplicable ha sido creada por este Tribunal Supremo.

Al respecto son numerosas las sentencias que se han dictado, valga por todas, la sentencia de 23 de mayo de 2018 (rec. cas. 1880/2017 -ECLI:ES:TS:2018:2185) que estableció la siguiente doctrina:

1) El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes (artículo 57.1.b) LGT) no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo.

2) La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.

3) La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración exprese motivadamente las razones por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.

4) El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia’.

Sobre la tasación pericial contradictoria se dijo en la misma sentencia lo siguiente:

"1) La tasación pericial contradictoria no es una carga del interesado para desvirtuar las conclusiones del acto de liquidación en que se aplican los mencionados coeficientes sobre el valor catastral, sino que su utilización es meramente potestativa.

2) Para oponerse a la valoración del bien derivada de la comprobación de la Administración basada en el medio consistente en los valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes, el interesado puede valerse de cualquier medio admisible en derecho, debiendo tenerse en cuenta lo respondido en la pregunta anterior sobre la carga de la prueba.

3) En el seno del proceso judicial contra el acto de valoración o contra la liquidación derivada de aquél el interesado puede valerse de cualesquiera medios de prueba admisibles en Derecho, hayan sido o no propuestos o practicados en la obligatoria vía impugnatoria previa.

4) La decisión del Tribunal de instancia que considera que el valor declarado por el interesado se ajusta al valor real, o lo hace en mayor medida que el establecido por la Administración, constituye una cuestión de apreciación probatoria que no puede ser revisada en el recurso de casación’.” (F. D. 2º)

“Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto que nos ocupa.

Como pone de manifiesto la parte recurrente en un supuesto semejante al que nos ocupa -la misma herencia, pero tratándose de herederos distintos- se ha pronunciado la Sala de instancia en sentencia de 19 de junio de 2018 (rec. núm. 564/2015). En la misma se hace referencia a que su objeto era determinar ‘[...] la conformidad a derecho de la liquidación tributaria ya indicada que fijó como valor real del bien, y por tanto como base imponible del Impuesto el resultado de la comprobación de valores que realizó la Administración conforme el medio previsto en el artículo 57.1 b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (‘referencia del valor que a efectos fiscales resulten de los registros’) en combinación con los coeficientes aprobados por la Orden de 18 de diciembre de 2008 (publicada en el BOJA) de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y que se dictó en ejecución de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Ley 10/2002 (actual artículo 37.2 del Decreto Legislativo 1/2009 de la Comunidad Autónoma de Andalucía)’. Dejando constancia en la propia sentencia de la razón de ambos pronunciamientos: "La anterior doctrina es trasladable *mutatis mutandi* al recurso objeto de la presente *litis* y, en consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación del acto impugnado por no ser conforme a derecho, y ello a diferencia de lo resuelto en el recurso 563/2015, en el que recurría una hermana del recurrente en este proceso, ya que está justificado el

cambio de criterio por la aplicación del nuevo criterio del Tribunal Supremo tras las Sentencias de 23 de mayo de 2018 (publicadas con posterioridad a esa fecha), criterio que no se aplicó al recurso 563/2015 porque el asunto se deliberó con anterioridad, sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA haya lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas de esta instancia dado que las alegaciones de la Administración se basaban en anteriores pronunciamientos desestimatorios de esta Sala’.

Como bien se recoge en el expresado pronunciamiento, la doctrina sentada por esta Sala sobre la materia vista es trasladable al caso de autos, lo que nos lleva a estimar la pretensión actora, sin necesidad de entrar en otras consideraciones no tenidas en cuenta en el auto de admisión, por lo que la sentencia de instancia debe ser casada y anulada y en su lugar procede anular la resolución del TEARA combatida en la instancia”. (F. D. 3º) [F.H.G.].

*Jurisprudencia: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Exención de la ganancia patrimonial por transmisión de la vivienda habitual. Incumplimiento del compromiso de reinversión en el plazo de dos años. Plazo de prescripción de la acción para liquidar la ganancia patrimonial por la que no se tributó. El plazo de prescripción de la acción se inicia a partir de la finalización del plazo reglamentario de declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al periodo impositivo en que se produjo el incumplimiento del compromiso de reinversión.*

STS (Sala 3ª) de 26 de febrero de 2020, rec. nº 3421/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8fc5982fb67ee465/20200309>

“El juicio de la Sala

El art. 66.a), en relación al art. 67.1, ambos de la LGT establecen que el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, prescribe a los cuatro años, que se comienzan a computar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.

El criterio interpretativo que esta Sala considera ajustado a Derecho es que el plazo de prescripción, en un caso como el presente de incumplimiento del compromiso de reinversión de la ganancia patrimonial por transmisión de vivienda habitual, no se inicia hasta que no finaliza el plazo de presentación de la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio en que se produjo el incumplimiento de las condiciones a las que se subordina la reinversión de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda habitual. Así debe ser puesto que la administración no puede iniciar ninguna actuación de regularización tributaria hasta que concluya el plazo de dos años a partir de la enajenación de la vivienda habitual, y, además, transcurra el plazo para presentar la declaración complementaria regularizando el incremento

de patrimonio que quedo exento por el compromiso de reinversión, declaración que ‘se presentará en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento’, según prevé el art. 39.4 Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No cabe compartir la argumentación de la recurrente acerca de una pretendida ampliación por vía reglamentaria del plazo de prescripción, que rubrica bajo la afirmación de vulneración del principio de reserva legal, pues el art. 39 del Reglamento del IRPF no contiene previsión alguna sobre prescripción, sino que desarrolla, bajo la cobertura del art. 36 del TRLIRPF el modo en que habrá de cumplirse con el compromiso de reinversión, y, en su caso, las obligaciones que incumben al obligado tributaria en caso de incumplir dicho compromiso, mediante la regularización en autoliquidación complementaria del incremento de patrimonio que declaró exento por el compromiso de reinversión.

Este criterio es el que ha sostenido nuestra sala en relación al tratamiento situaciones asimilables, como es la ‘reserva de inversiones en Canarias’ en el IRPF y en el impuesto sobre sociedades, en sentencias de 16 de marzo de 2015 (rec. cas. para la unificación de doctrina 2598/2013 - ES:TS:2015:1037) y de 30 de marzo de 2017 (rec. cas. para la unificación de doctrina 352/2016 - ES:TS:2017:1233). En la STS de 16 de marzo de 2015, cit., hemos afirmado que ‘[...] con esta doctrina no se autoriza a liquidar un ejercicio respecto del que ha prescrito el derecho de la Administración a liquidar el tributo con ocasión de la inspección de uno respecto del que tal derecho no se ha extinguido. Tan sólo se autoriza a la Administración, porque así lo ha querido el legislador, a comprobar, al tiempo de liquidar un ejercicio no prescrito, si el sujeto pasivo satisfizo todos los requisitos a los que quedaba condicionada la efectividad de un beneficio fiscal aplicado en el ejercicio prescrito, obteniendo las consecuencias pertinentes para liquidar el que no lo estaba [...]’ (FJ tercero).

Por otra parte, en relación al cómputo del plazo de dos años para reinvertir la ganancia patrimonial por transmisión de vivienda habitual, hemos declarado en nuestra sentencia de 9 de julio de 2010 (rec. cas. 5502/2005 - ECLI:ES:TS:2010:4361) que se inicia desde la fecha de la transmisión. Se trataba, entonces de un caso sometido a la legislación vigente anteriormente a la que ahora nos ocupa, concretamente el apartado 14 del artículo 20 de la Ley 44/78, de 8 de septiembre, en la redacción dada por la Disposición Adicional 3ª de la Ley 20/89, de 28 de julio, que establece que ‘[...] se excluirán de gravamen los incrementos de patrimonio obtenidos por la enajenación de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total de la misma se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual dentro de un plazo no superior a dos años’. Pues bien, en nuestra sentencia de 9 de julio de 2010, cit., declaramos que ‘[...] los términos del artículo 20, apartado 14, de la Ley del IRPF vigente a la sazón y específicamente aplicable a esta cuestión, que es la exención de la plusvalía obtenida con la transmisión de vivienda habitual por reinversión, son claros y meridianos: su

interpretación tanto literal, como lógica, no ofrece ninguna duda. De modo terminante, en este precepto se establece que para que se admita la exención de la plusvalía obtenida con la transmisión de la vivienda habitual, la reinversión en otra vivienda habitual de las cantidades obtenidas debe producirse con un tope máximo de los dos años posteriores a la correspondiente transmisión y obtención de la plusvalía exenta’.

En definitiva, el criterio expresado en la sentencia de instancia es plenamente ajustado a Derecho en un caso como el presente, ya que la administración no puede iniciar ninguna actuación de regularización tributaria tendente a la liquidación del tributo, y por tanto no se inicia el plazo de prescripción, hasta que no se produzcan las dos circunstancias previstas por la regulación legal y reglamentaria de la exención por reinversión: (i) en primer lugar que concluya el plazo de dos años a partir de la transmisión de la vivienda habitual, lo que en este caso sucedía el día 5 de mayo de 2007 puesto que la enajenación se produjo el día 5 de mayo de 2005 y, además, (ii) que transcurra el plazo para presentar la declaración complementaria regularizando el incremento de patrimonio que quedo exento por el compromiso de reinversión, declaración que podría presentarse hasta el día 30 de junio de 2008 en que finalizaba el plazo de declaración de ese ejercicio en que se produjo el incumplimiento”. (F. D. 5º)

“Doctrina de interés casacional.

Como consecuencia de lo expuesto procede declarar, sobre la cuestión de interés casacional que en un caso como el litigioso, en que se incumplió el compromiso de reinversión de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de vivienda habitual, el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, se inicia el día siguiente a aquel en que termina el plazo reglamentario para presentar la autoliquidación del ejercicio en el que se consumó el incumplimiento, que es de dos años a contar desde la fecha de la transmisión de la vivienda habitual en que se obtuvo la ganancia patrimonial. (F. D. 6º)

Resolución de las pretensiones del recurso de casación.

En consecuencia, procede desestimar las pretensiones del recurso de casación, por ser conforme la decisión de la sentencia recurrida con la interpretación de la cuestión de interés casacional que hemos establecido, y de las normas aplicables, artículos 36 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y 39, apartados 2 y 4, Reglamento del mencionado tributo, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, en relación con los artículos 66.a) y 67.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre General Tributaria..” (F.D. 7º) [F.H.G.].

## VII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Jurisprudencia: No se puede sustituir una pena de prisión inferior a un año impuesta a un ciudadano extranjero por una de expulsión.*

STS (Sala 2ª) de 26 de mayo de 2020, rec. nº 3167/2018.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bf4ce9be7cb8919d3a>

[Interpretación del art. 89 CP en el sentido de que no cabe sustituir una pena de prisión inferior a un año por pena de expulsión. Relación con el art. 57 de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España. La pena a tomar en consideración para computar el límite del año no es la abstracta asignada al delito sino la pena impuesta judicialmente. Tráfico de drogas. Penalidad. Procede dejar sin efecto el pronunciamiento sobre sustitución de la pena de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional. En penas inferiores a un año de prisión no procede la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: El Sahara no puede ser considerado España a los efectos de la nacionalidad de origen del artículo 17.1.c) del Código Civil*

STS (Sala 1ª) de 29 de mayo de 2020, rec. nº 3226/2017.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6b75588b1e417e/20200605>

[No son nacionales españoles de origen del art. 17.1 c) del Código Civil los nacidos en el Sahara Occidental antes de su descolonización. Recurso extraordinario por infracción procesal: incongruencia; no es incongruente la sentencia que, ateniéndose a lo pedido y a la causa de pedir (hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a las pretensiones) selecciona una norma no invocada en la demanda] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Jurisdicción competente en los supuestos de determinación de la edad de un extranjero menor.*

STS (Sala 3ª) 5 de junio de 2020, rec. nº 440/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9153806/derechos%20y%20libertades/20200615>

[La jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para conocer de los recursos que se interpongan frente a los decretos de la Fiscalía que fijan la

edad del extranjero sin documentación. La impugnación de la decisión administrativa corresponderá a la jurisdicción civil cuando se trata de medidas de protección de menores por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores que regula la LEC. En cambio, el conocimiento del recurso viene atribuido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando se trate de decisiones administrativas que se enmarcan en el ámbito del derecho de extranjería] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Concesión de la nacionalidad española por residencia a exmilitar argelino huido a bordo de helicóptero militar.*

STS (Sala 3ª) de 9 de julio de 2020, rec. nº 6107/20190.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2098483217e881f2/20200720>

[Exteniente argelino que huyó en junio de 1998 desde su país a Ibiza a bordo de un helicóptero militar. Derecho a obtener la nacionalidad española por razón de residencia. Se anula sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contra las resoluciones del DGRN que denegaban al recurrente la solicitud de concesión de la nacionalidad española, porque no había aportado todos los documentos exigidos para la tramitación del expediente, entre ellos los certificados de nacimiento y el de antecedentes penales de su país de origen debidamente legalizados. La imposibilidad de aportación de la documentación expresada no puede implicar necesariamente el rechazo de la solicitud de concesión de nacionalidad, por cuanto habrán de ponderarse en conjunto todas las circunstancias que concurren en el solicitante de la nacionalidad, puestas de manifiesto por el mismo, o aportadas de oficio por la Administración, con la finalidad de poder justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Anulada la expulsión de un extranjero para beneficiar las necesidades especiales de su hijo mejor de edad con el que mantiene una estrecha relación*

STSJ de Castilla y León de Burgos (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª) de 21 de febrero de 2020, rec. nº 217/2019.

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMzAyMDRSK0stKs7Mz7MNy0xPzStjVUvOSU0sckksSXVOzEnNS0kssg0pKk0FAC-QtE03AAAAWKE>

[Se anulan las resoluciones que acordaron la expulsión del apelante con prohibición de entrada en España por un período de 5 años. La condena penal de la que deriva la expulsión del apelante es por un delito cometido contra la

madre del hijo común, menor de edad, respecto de la que se encuentran vigentes unas medidas de alejamiento. El menor presenta fuertes limitaciones, derivadas de una diplejía de etiología no filiada, que le produce una discapacidad del 73%. Se ha verificado la estrecha afectividad del hijo con el padre, habiendo testificado incluso en este sentido la mujer. La existencia de esta relación sentimental, de este arraigo, impide la expulsión del padre del menor por la existencia de esa condena penal. Aplicación directa del RD 240/2007. La obligación de velar por el superior interés del menor, de obtener un desarrollo integral de su personalidad, impide privar al menor de la afectividad de su padre] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Expulsión de territorio español de extranjero condenado por comprar a su esposa menor por 50 euros.*

STSJ de Extremadura (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª) de 30 de junio de 2020, rec. n° 71/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b116db31a5a03320/20200716>

[Extranjero expulsado durante 10 años de territorio español. Condena por delito de trata de seres humanos a la pena de 4 años y un día de prisión. Compra de su esposa menor por 50 euros] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental.*

SAP de Segovia de 5 diciembre de 2019, rec. n° 288/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e4ca885514537d29/20200320>

[Los órganos jurisdiccionales de un Estado serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Como excepción, el Estado de la anterior residencia habitual del menor mantendrá la competencia durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a una resolución judicial continúa residiendo habitualmente en el Estado de la anterior residencia habitual del menor. En el caso de autos, esa resolución judicial relativa al derecho de visitas no existía porque las medidas provisionales previas que se adoptaron por auto de 5 de octubre de 2017 tenían una subsistencia de 30 días, salvo que en ese plazo se interpusiera la demanda correspondiente, lo cual no tuvo lugar ya que la demanda se interpuso el 28 de noviembre de 2017]. [A.O.G.].

*Jurisprudencia: Denegación del retorno de una menor a Canadá para ver a la familia de su padre fallecido por la escasa relación existente*

SAP de León (Sección 2ª) de 12 de mayo de 2020, rec. nº 156/2020.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d904f7287208699/20200611>

[Demanda por sustracción internacional de menores interpuesta por una ciudadana canadiense contra la expareja de su hermano fallecido, vecina de León, para que la hija de ambos retornara a Canadá y pudiera seguir manteniendo contacto con la familia del progenitor fallecido en 2018 como consecuencia de un tumor cerebral. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Acreditación del Derecho vigente de La Columbia Británica (Canadá) por una Abogada canadiense. No concurre el requisito de que el derecho de custodia se viniera ejerciendo de manera efectiva por la demandante en el momento del traslado, ni que la custodia no haya podido hacerse efectiva debido al traslado. Se desestima la demanda de retorno] [A.O.G.].

*Jurisprudencia: A efectos de la autorización de residencia, la condición de víctima de violencia de género puede probarse mediante informe de los servicios sociales.*

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Albacete de 4 de febrero de 2020, rec. nº 303/2019.

<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/094be09fc900f91e/20200518>

[Autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de mujeres víctimas de violencia de género. Derecho de la interesada a su obtención. Posible acreditación de la condición de víctima de violencia de género por medios distintos de la orden de protección o del informe del Ministerio Fiscal. Prueba de esta condición mediante informe del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha. Interpretación flexible del art. 132 ROEx, conforme al art. 7 de la Ley autonómica 4/2018, para una Sociedad Libre de Violencia de Género. Equiparación por este precepto de la sentencia, del informe del Ministerio Fiscal y de la orden de protección al informe del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, a los efectos de acceder a las medidas reguladas en esa Ley] [A.O.G.].