



KNOW

Compendio legal 2017 Jurisprudencia y Doctrina administrativa

Selección de las sentencias de tribunales y resoluciones administrativas de carácter legal, analizadas y publicadas en la Revista KNOW de KPMG Abogados, correspondientes al año 2017.

kpmgabogados.es





JUSTITIA

Índice

Jurisprudencia

Laboral y Seguridad Social

- El TEDH limita el control de las comunicaciones electrónicas por el empresario (STEDH 05/09/2017) 9
- El TS matiza su doctrina sobre la subcontratación durante el ejercicio de la huelga (STS 16/11/2016) 9
- Cambio doctrinal: ya no es obligatoria la entrega de la nómina en formato papel (STS 01/12/2016) 10
- Cómputo del plazo para recurrir (STS 01/12/2016) 10
- Supuestos de contrato a tiempo parcial o mixtos como precedente temporal de conformidad con lo previsto en el art. 211.3 del RD Leg. 1/1994 -en la redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio- (TRLGSS) (STS 27/12/2016) 11
- Práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las primeras 6 semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de calcular los días productivos para el cobro de incentivos (STS 10/01/2017) 11
- El TS no obliga a llevar un registro de la jornada diaria (STS 23/03/2017) 12
- El TS aumenta la indemnización por cese de los indefinidos no fijos de la Administración (STS 28/03/2017) 13
- Conceptos que deben incluirse en el cálculo de la indemnización por despido improcedente (STS 03/05/2017) 13
- Improcedencia del despido por causas formales y plazo para efectuar un segundo despido tras la readmisión (STS 10/10/2017) 14

Civil

- El TJUE declara la retroactividad total de la nulidad de las cláusulas suelo (STJUE 21/12/2016) 14
- De nuevo una Sentencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas en los contratos bancarios: “Vencimiento anticipado” y otras cuestiones (STJUE 26/01/2017) 16
- El procurador no está obligado a poner en conocimiento del letrado director del procedimiento la proximidad del vencimiento del plazo de caducidad de dicha anotación para evitar que se produzca (STS 29/05/2017) 16
- El TS fija como criterio general que el banco condenado por cláusulas abusivas pague las costas (STS 04/07/2017) 17

Mercantil

- Criterios para apreciar el consentimiento expreso e informado en los contratos multividiva (STJUE 20/09/2017) 18
- Aportación de socios al patrimonio de las sociedades de capital (STS 24/11/2016) 19
- El TS se pronuncia de nuevo sobre el régimen de responsabilidad por deudas de administradores sociales (STS 18/01/2017) 19
- Deber de abstención y conflicto de intereses indirecto (STS 02/02/2017) 20
- El usufructo de acciones propias no es “autocarera” (STS 15/03/2017) 20
- Ante la reclamación de deudas pendientes, una sociedad disuelta y liquidada mantiene su personalidad jurídica (STS 24/05/2017) 21
- La reestructuración de una entidad bancaria no es, por sí sola, una causa que impida el cumplimiento contractual respecto de sus productos financieros (STS 20/07/2017) 22
- Nulidad de la convocatoria de la Junta General de socios por hacerlo de un modo diverso al habitual con el fin de eludir la presencia en la misma de algunos de ellos (STS 20/09/2017) 23
- Incompatibilidades con la obligación de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes” (STS 18/10/2017) 23

Concursal

- No cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión, ya que la transmisión es un efecto propio de la escisión, que se produce con la inscripción registral (STS 21/11/2016) 24
- Especial protección del acuerdo de refinanciación, prevista en la disp. adic. 4.ª LC (introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009) (STS 15/02/2017) 26
- Previsión de soluciones alternativas en el convenio versus “trato singular” de acreedores (STS 13/03/2017) 26
- La vía adecuada para combatir los recargos de apremio referidos a deudas tributarias anteriores a la declaración de concurso es mediante los recursos administrativos y judiciales, previstos en su legislación específica (STS 15/03/2017) 27
- Concurrencia de los requisitos necesarios para condenar a los administradores de la concursada (SAP de Les Illes Balears 17/01/2017) 28

Administrativo

- Operaciones comerciales entre empresas privadas y poderes públicos (STJUE 16/02/2017) 29
- Servicios de taxi: interpretación del art. 96.1 TFUE, en relación con las normativas nacionales que regulan estos servicios (STJUE 15/03/2017) 29
- El TS confirma la condena impuesta por dos instituciones diferentes a raíz de las infracciones administrativas cometidas por omisión contable (SSTS 15/03/2017) 30
- El TS establece que los bancos pueden ser sancionados por entidades públicas por cláusulas abusivas sin previa sentencia judicial, de conformidad con la normativa de consumidores (STS 16/09/2017) 31
- Nulidad del art. 6.3 del RD 988/2015 que regula el régimen jurídico de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas (STS 25/10/2017) 32

Penal

- Estrategia defraudadora del asesor fiscal y su posible imputación penal (STS 24/05/2017) 33

Doctrina administrativa

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Registro Mercantil

- Aumento de capital social mediante aportación no dineraria (RDGRN 03/01/2017) 34
- Constitución de una S.L.: concreción del objeto social y error en la condición del compareciente (RDGRN 06/02/2017) 34
- Inscripción de reducción del capital social de una S.L. y devolución al socio único del valor de aportaciones con amortización de determinadas participaciones sociales (RDGRN 10/05/2017) 35
- En sede de S.R.L., no se admite la celebración de Junta en segunda convocatoria (RDGRN 22/05/2017) 35
- Supuesto asimilable a fusión de sociedad íntegramente participada: cuando el socio único de la sociedad absorbida también lo sea de la absorbente (RDGRN 23/05/2017) 36
- La falta de acreditación de la prórroga de la Junta General impide la inscripción de los acuerdos en esa “segunda” convocatoria (RDGRN 19/07/2017) 37
- Disolución y extinción de una sociedad extinguida por resolución judicial en procedimiento concursal (RDGRN 30/08/2017) 37
- Constancia de la inexistencia del pago a proveedores en el depósito de cuentas cuando la sociedad está inactiva (RDGRN 07/11/2017) 38
- Reducción de capital para reestablecer el equilibrio patrimonial (RDGRN 13/11/2017) 38



Jurisprudencia

Jurisprudencia

Laboral y Seguridad Social

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CONTROL DEL EMPRESARIO

El TEDH limita el control de las comunicaciones electrónicas por el empresario.

Sentencia del TEDH, Gran Sala, de 05/09/2017

En este asunto la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado un nuevo pronunciamiento sobre la validez de la monitorización de las comunicaciones electrónicas de los empleados en el trabajo por parte de las empresas. En este caso, el TEDH ha matizado su doctrina anterior al limitar dicho control al cumplimiento de una serie de condiciones.

El origen de este asunto parte del despido disciplinario de un empleado en una empresa en Rumanía, por incumplimiento de la política interna que prohíbe expresamente el uso personal de los recursos facilitados por la empresa y que el empleado conocía y había firmado. Es relevante esta resolución de la Gran Sala porque reconoce que, a pesar del amplio margen que tienen los Estados para establecer el marco legal de las comunicaciones de naturaleza no profesional realizadas por los trabajadores en su lugar de trabajo, **este ámbito de regulación no puede ser ilimitado, aclarando así el TEDH que la regulación de la monitorización de la correspondencia o de las comunicaciones de los trabajadores debe ir acompañada de una protección adecuada y suficiente de la vida privada contra el posible abuso empresarial.** Resaltar que este pronunciamiento difiere del que realizó la Sección IV del TEDH en enero de 2016 sobre el mismo asunto, donde no se consideró que hubiese habido vulneración alguna.

En suma, la Gran Sala analiza en este caso –mediante un juicio de proporcionalidad– el conflicto entre el derecho a la privacidad reconocido en el art. 8 de la Convención de Derechos Humanos y el derecho del empresario a controlar la actividad laboral. A tales efectos, se **recogen una serie de criterios en la propia resolución, los cuales deben ser tenidos en cuenta antes de realizar cualquier control de las comunicaciones de los empleados, para evitar una vulneración del derecho a la privacidad de los mismos.** En el caso concreto, el TEDH al valorar dichos criterios consideró que se produjo una vulneración del derecho a la privacidad, concluyendo que no se había respetado el equilibrio justo entre el respeto a la privacidad del empleado y el poder de dirección y disciplinario del empresario. Aclara el Tribunal que no ha sido suficiente a estos efectos que existiese una política empresarial que prohibía el uso de las herramientas informáticas de la empresa y que el empleado la conociera.

La regulación de la monitorización de la correspondencia o de las comunicaciones de los trabajadores debe ir acompañada de una protección adecuada y suficiente de la vida privada contra el posible abuso empresarial.

Tribunal Supremo

HUELGA

El TS matiza su doctrina sobre la subcontratación durante el ejercicio de la huelga.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 16/11/2016. Rec. 59/2016

El Alto Tribunal, en contra de lo dispuesto por la AN, determina que la actuación de **la empresa demandada consistente en comunicar a sus clientes que no podía realizar los trabajos comprometidos** –como consecuencia del ejercicio del derecho a la huelga de sus trabajadores–, **no puede considerarse que haya impedido o disminuido los efectos de la huelga**, o menoscabado, en su caso, la posición negociadora de los representantes legales de los trabajadores. En este sentido, mencionar que como consecuencia de dicha comunicación, los clientes de la empresa demandada contrataron a terceras empresas para desempeñar los trabajos que no podía realizar la empresa demandada por la huelga de sus trabajadores. Por ello, el TS declara ajustada a derecho la medida de reducción salarial, al quedar acreditada la disminución de las ventas y el estado global de pérdidas, no viéndose anulada dicha decisión por la vulneración del derecho de la huelga alegada por los sindicatos.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Argumenta el TS que en esta ocasión no se puede apreciar vulneración del derecho a la huelga, porque **la empresa contratista no tenía posibilidad de impedir que los clientes usaran los servicios de otras empresas y porque no existían vinculaciones entre las empresas implicadas, principal y contratista**. Añade que *“la apreciación que hace la Sentencia de la AN recurrida sobre la supuesta vinculación de la empresa con sus empresas clientes es tan amplia que conduciría a consecuencias totalmente exorbitantes respecto de una adecuada protección del derecho de huelga. Puesto que si se impidiese a los destinatarios de los trabajos, que no lo tengan prohibido por contrato, contratar con otras, llegaríamos a sostener, como señala en su informe el Fiscal de la Audiencia Nacional, que los consumidores habituales de un comercio no pudieran comprar en otro, en caso de huelga en el primero, o que, la empresa que tenga que realizar determinados trabajos no pudiera recurrir a otra empresa de servicios”*.

Finalmente es importante destacar que con **esta Sentencia no se está abriendo la puerta a la subcontratación en el caso del ejercicio del derecho de huelga**, sino que en este caso se dan unas circunstancias concretas, esto es la total desvinculación entre la empresa con los trabajadores en huelga y aquella otra empresa en su condición de cliente que decide contratar los servicios de otra tercera en sustitución.

COMUNICACIÓN DE LA NÓMINA A TRAVÉS DE SOPORTE INFORMÁTICO

Cambio doctrinal: ya no es obligatoria la entrega de la nómina en formato papel.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 01/12/2016. Rec. 3690/2014

Se rechaza el recurso planteado por un sindicato que pretendía que se declarase la nulidad de la decisión de una empresa de comunicar a los trabajadores la nómina a través de soporte informático en lugar de, como se había realizado siempre, en soporte papel.

El TS, tras el análisis de la normativa aplicable, ha **modificado su doctrina recogida en la Sentencia de 22/12/2011 y considera ajustado a derecho que las empresas comuniquen las nóminas del mes a los trabajadores en soporte informático y no en soporte papel**, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se dictó la misma y la generalización de la utilización del soporte informático en lugar del soporte papel para almacenar y comunicar datos, documentos, decisiones, (...) utilizado profusamente tanto en el ámbito privado como en la Administración Pública. Considera el Alto Tribunal que el cambio de soporte no supone perjuicio ni molestia alguna para el trabajador, ni puede calificarse de gravoso el hecho de que si el trabajador quiere una copia de su nómina en papel, sólo debe dar la orden de “imprimir” en el ordenador y esperar unos segundos a que la impresión se efectúe.

Concluye que *“la entrega del recibo en soporte informático cumple la finalidad de la entrega al trabajador de copia del recibo de salarios que, tal y como consta en la Exposición de Motivos de la Orden de 27 de diciembre de 1994, es garantizar la constancia de la percepción por el trabajador de las cantidades liquidadas y la debida transparencia en el conocimiento por el mismo de los diferentes conceptos de abono y descuento que conforman tal liquidación”*. La operación, que antes consistía en abrir el buzón mediante una llave, ahora se realiza introduciendo en el terminal informático el número de DNI y la clave, lo que supone ningún perjuicio al trabajador.

El TS modifica su doctrina y considera ajustado a Derecho que las empresas comuniquen las nóminas del mes a los trabajadores en soporte informático y no en soporte papel.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

Cómputo del plazo para recurrir.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 01/12/2016. Rec. 2110/2015

Se plantea en este caso la cuestión relativa a determinar qué **causas interrumpen el curso de la prescripción del derecho a reclamar diferencias salariales** y, en particular, qué debe entenderse, conforme al art. 1973 CC, por *“reclamación extrajudicial del acreedor”* y si tal consideración la merece la denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo por impago de salarios o de horas extras.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Determina el TS que **lo relevante es que el deudor conozca antes de la prescripción de su obligación de pago que el acreedor no ha abandonado su derecho y piensa reclamarle lo debido. El medio formal que se utilice para esa reclamación judicial no es lo importante, pues lo relevante es el conocimiento de la reclamación.** Añade que la denuncia ante la Inspección de Trabajo tiene valor de "*reclamación extrajudicial*" a estos efectos, pues significa que el trabajador no ha hecho dejación de su derecho a reclamar las diferencias salariales adeudadas y que inicia su reivindicación con la denuncia ante la autoridad laboral, autoridad incompetente para resolver el fondo, pero competente para sancionar los hechos.

Por ello, ha de entenderse que **la prescripción no se interrumpió por la presentación de la denuncia ante la Inspección de Trabajo, ni la tramitación del expediente administrativo a que dio lugar, sino por el conocimiento que tuvo el deudor de la reclamación de cantidad formulada ante la autoridad laboral por el acreedor,** momento en el que tuvo conocimiento de la "*reclamación extrajudicial*" del derecho y en el que se produjo el acto interruptivo del derecho aún no prescrito, lo que dio lugar a que el plazo prescriptivo empezara a correr de nuevo.

A efectos del cómputo para interrumpir la prescripción, lo relevante es que el deudor conozca que el acreedor no ha abandonado su derecho y que piensa reclamarle lo debido. El medio formal que se utilice para ello no es lo importante, pues lo relevante es el conocimiento de la reclamación.

DESEMPLEO Y CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL

Supuestos de contrato a tiempo parcial o mixtos como precedente temporal de conformidad con lo previsto en el art. 211.3 del RD Leg. 1/1994 –en la redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio– (TRLGSS).

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 27/12/2016. Rec. 3132/2015

La cuestión que se debate en este recurso consiste en determinar el **importe de la prestación contributiva de desempleo que debe percibir el beneficiario cuando ha mediado un trabajo a tiempo parcial como precedente temporal determinante de las cotizaciones efectuadas con arreglo al mismo**, y particularmente, el modo de determinar el importe de los topes mínimos y máximos previsto en el núm. 3 del art. 211 TRLGSS.

El TS establece, para unificación de doctrina, que en **los casos de contratos a tiempo parcial o mixtos habrá que establecer el índice de temporalidad de los últimos 180 días trabajados para proyectarlos únicamente sobre el cálculo del IPREM aplicable; y después observar si se rebasan los topes previstos, de forma que no se trata de aplicar ese índice sobre la base reguladora, sino de observar esos topes máximos en función de los periodos y los tiempos cotizados.** La nueva redacción del art. 211.3 TRLGSS supone un cambio de doctrina jurisprudencial derivada de la misma, en la que se aplicaba la anterior redacción del precepto.

Cambio doctrinal en cuanto a la interpretación del art. 211.3 del RD Leg. 1/1994 – en la redacción dada por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio– (TRLGSS).

DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las primeras 6 semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de calcular los días productivos para el cobro de incentivos.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 10/01/2017. Rec. 10/2017

En este caso, se plantea una demanda de conflicto colectivo por la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las seis semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones de diferentes incentivos. En concreto, se pretende por la parte recurrente que a las trabajadoras que se incorporan tras su permiso de maternidad se les remunere ya en el primer mes con la inclusión de los correspondientes incentivos y, para ello, habría que acudir –según propone– a calcular para ese mes la media ponderada de los incentivos generados durante el año.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

El TS determina que dicha **práctica empresarial es discriminatoria y contraria a Derecho** puesto que, aunque el sistema de incentivos se aplique por la empresa de forma generalizada, es evidente que esta forma de suspensión sólo afecta a las mujeres. De este modo, el TS revoca la Sentencia del TSJ de Andalucía que desestimó en primera instancia la demanda del sindicato porque la baja por parto y por riesgo durante el embarazo afectan de modo exclusivo a las mujeres por razón precisamente de su sexo. Argumenta el Alto Tribunal que las trabajadoras que pasan a esas situaciones de baja *“ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados sólo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considera como ausentes hasta la fecha de su reincorporación”*.

En consecuencia, y para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, **no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es éste un requisito que la situación de permiso hace imposible**.

El TS determina que es ilegal la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal o, al menos, las primeras 6 semanas obligatorias, así como la baja por riesgo de embarazo, a los efectos de calcular los días productivos para el cobro de incentivos.

JORNADA LABORAL

El TS no obliga a llevar un registro de la jornada diaria.

Sentencia del TS, Pleno de lo Social, de 23/03/2017. Rec. 246/2017

En este pronunciamiento, el TS estima el recurso de casación interpuesto por una entidad bancaria contra la Sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de fecha 04/12/2015, Núm. 301/2015, en la que se condenó a dicha entidad bancaria a establecer un registro de la jornada diaria efectiva que realiza la plantilla, de modo que así se pueda comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados e informar a los representantes de los trabajadores de la horas extraordinarias realizadas, en cómputo mensual.

El TS, tras realizar una interpretación de dicho artículo con arreglo a las diferentes normas de hermenéutica y tomando en consideración parte de su doctrina, concluye que **dicho artículo sólo obliga, salvo pacto que amplíe ese deber, a llevar el registro de las horas extras realizadas y a comunicar a final de mes al trabajador y a la representación legal de los trabajadores el número de horas extras realizadas, caso de haberse efectuado**. Considera el Alto Tribunal que llevar a cabo una interpretación extensiva del artículo cuestionado imponiendo otras obligaciones supondría un límite al derecho del empresario a tomar las medidas que estime oportunas para vigilar y controlar el cumplimiento por sus empleados –art. 20.3 ET– y al principio de libertad de empresa previsto en el art. 38 CE y reconocido por el TC como imprescindible para la buena marcha de la actividad productiva.

Argumenta el TS que esta resolución *“no deja indefenso al trabajador a la hora de probar la realización de horas extraordinarias, pues a final de mes la empresa le notificará el número de horas extras realizadas, o su no realización, lo que le permitirá reclamar frente a esa comunicación y a la hora de probar las horas extraordinarias realizadas tendrá a su favor del art. 217-6 de la LEC, norma que no permite presumir la realización de horas extras cuando no se lleva su registro, pero que juega en contra de quien no lo lleva cuando el trabajador prueba que si las realizó”*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

No obstante lo anterior, el TS reconoce que sería conveniente una **“reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias”**, pero *“esa obligación no existe por ahora y los Tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligara, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto, no se trata, simplemente, de registrar la entrada y salida, sino el desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte”*.

Por último, destacar que este pronunciamiento judicial cuenta con **tres Votos Particulares**, firmados por 5 de los 13 magistrados que componen el Pleno.

El TS, en contra de lo que dispuso la AN, no obliga a llevar un registro de la jornada diaria de los trabajadores en relación con el art. 35.5 ET.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

El TS aumenta la indemnización por cese de los indefinidos no fijos de la Administración.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 28/03/2017. Rec. 1664/2015

El TS en esta Sentencia analiza la cuestión relativa a la cuantía indemnizatoria que procede en aquellos casos en los que se produce el cese del trabajador, indefinido no fijo, por haberse cubierto la plaza que ocupaba por otra persona que superó el proceso selectivo en el ámbito de la Administración.

Señala el Alto Tribunal que la **figura jurídica del contrato indefinido-no fijo** es diferente del **contratado temporal** y del fijo, y lo que se plantea es cuál debe ser la indemnización que le corresponde por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora se ha venido reconociendo con base en el art. 49.1 c) ET. Parece **necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales**, pues el **vacío normativo al respecto no justifica**, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como se ha hecho hasta ahora.

En consecuencia la Sala concluye que es **acogible la indemnización de veinte (20) días por año de servicio, con límite de doce (12) mensualidades**, conforme al art. 53.1 b) ET en relación a los apdos. c) y e) del art. 52 ET para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. Aclara el TS que la equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que dicho art. 52 ET contempla sino porque en definitiva la extinción aquí prevista podría **ser asimilable a las que el legislador considera como causas objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato**.

El TS aumenta la indemnización a 20 días por año de servicio por el cese de los indefinidos no fijos de la Administración.

SALARIOS

Conceptos que deben incluirse en el cálculo de la indemnización por despido improcedente.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 03/05/2017. Rec. 385/2015

Versa la cuestión de fondo sobre los conceptos que deben entenderse incluidos en la base salarial para poder realizar el cálculo de la indemnización, en caso de despido improcedente.

La Sentencia del TSJ del País Vasco recurrida entiende incluidos en dicho cómputo, por ser de **naturaleza salarial**: (i) las primas de los seguros de vida y médico; (ii) el plan de jubilación; y (iii) los beneficios obtenidos por la venta de acciones; concretamente, *stock options*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

En este asunto, el TS reitera su doctrina estableciendo que **las primas de los seguros médicos y de vida y el plan de jubilación son salario a efectos indemnizatorios**. En principio, como presunción *iuris tantum*, todo lo que percibe el trabajador es salario en virtud de su carácter totalizador. Se trata de un salario en especie y no una mejora voluntaria de la Seguridad Social. Así también lo establece la legislación tributaria (art. 42.6 Ley IRPF) utilizada en este caso.

También entiende el TS **que han de computarse para el cálculo de la indemnización las ganancias por la venta de stock options**, pues el trabajador consolidó las acciones el mismo día de su despido.

Por ello, termina por desestimar el TS el recurso interpuesto y, por ende, confirma la STSJ del País Vasco impugnada.

DESPIDO OBJETIVO

Improcedencia del despido por causas formales y plazo para efectuar un segundo despido tras la readmisión.

Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 10/10/2017. Rec. 1507/2015

Esta resolución del TS gira en torno a la interpretación de lo dispuesto en el art. 110.4 LRJS, que establece que: *“Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”*. En primer lugar, el TS confirma que lo dispuesto en este artículo **no es aplicable a los despidos objetivos**.

Añade el Alto Tribunal que la previsión temporal –los siete (7) días– de dicho artículo **no puede significar la prohibición de despedir por las mismas causas una vez transcurridos los siete (7) días que el precepto refiere, porque no cabe alegar la excepción de cosa juzgada**, sino que el alcance del precepto por fuerza ha de tener algún otro sentido que resulte coherente con el resto del sistema normativo y que en todo caso sea respetuoso con el referido instituto de la cosa juzgada.

El alcance del precepto debe ir referido a facilitar el ejercicio del poder disciplinario cuando previamente se han producido deficiencias formales en su ejercicio, porque en tales extinciones objetivas no opera el mecanismo de la prescripción, siendo así que mientras persista la causa legal justificativa es viable la adopción de la medida extintiva. Además, como los procesos por despido tienen una duración superior a la deseable, es muy probable que se hayan producido variaciones en la situación de la empresa entre uno y otro despido que puedan incidir en la existencia de la causa económica alegada y que por expresa prescripción legal han de tener cumplida indicación en la nueva carta de despido.

El TS clarifica que cuando se ha declarado improcedente un despido por causas económicas por defectos formales y se opte por la readmisión, el empleador puede despedir una segunda vez por las mismas causas sin estar sometido al plazo de 7 días.

Civil

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CLÁUSULAS SUELO

El TJUE declara la retroactividad total de la nulidad de las cláusulas suelo.

Sentencia del TJUE, Gran Sala, de 21/12/2016. Asunto C-154/15

La cuestión analizada se centra en determinar si es conforme con lo previsto en el art. 6 apdo. 1 de la Directiva 93/13, el reconocimiento de la facultad de limitar en el tiempo los efectos de una declaración de nulidad –a favor de un órgano jurisdiccional supremo de un Estado miembro–, tras haber calificado como abusiva una cláusula contractual incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, y tras haber declarado la nulidad de dicha cláusula.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE declara que el art. 6 apdo. 1 de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante la Directiva 93/13) debe interpretarse en el sentido de que se **opone a una jurisprudencia nacional –como la española– que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.**

La Sentencia, si bien reconoce la potestad de los ordenamientos nacionales para regular los efectos del *principio de no vinculación* de las cláusulas abusivas contemplado en la Directiva 93/13, considera que el TS no es competente para determinar la limitación temporal de la interpretación que se realice del Derecho de la Unión. Se prima, por tanto, la aplicación uniforme y general de las normas comunitarias por encima del principio de seguridad jurídica al que apelaba nuestro Alto Tribunal en su Sentencia.

El TJUE en su argumentación parte, en primer lugar, de la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación de oficio una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas, generando así, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con dichos importes. No obstante, deja a los Estados miembros la determinación de las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y los efectos jurídicos concretos de tal declaración, si bien añade que la misma debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva. En el caso concreto, el TS determinó que la declaración del carácter abusivo de las cláusulas suelo controvertidas no afectaba a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia Sentencia –9 de mayo de 2013– y que, en virtud del principio de seguridad jurídica, los derechos restitutorios quedaban limitados a las cantidades indebidamente pagadas a partir de dicha fecha.

Sin embargo, y este es el principal matiz de la Sentencia del TJUE, reconoce el Tribunal europeo que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución. Si bien, obliga a distinguir la aplicación de una regla procesal –como es un plazo razonable de prescripción– de la limitación en el tiempo de los efectos de la interpretación de una norma del Derecho de la Unión. Y a este respecto, habida cuenta de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, se determina que el TJUE sea el único que puede decidir acerca de las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que él mismo haya hecho de una norma del Derecho de la Unión.

Como consecuencia de lo anterior, concluye el TJUE que la **limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013.** Por ello, **se opone a una jurisprudencia nacional como la española que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional.**

El TJUE declara la retroactividad total de la nulidad de cláusulas suelo en contra de lo dispuesto por el TS.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CLÁUSULAS ABUSIVAS

De nuevo una Sentencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas en los contratos bancarios: "Vencimiento anticipado" y otras cuestiones.

Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 26/01/2017. Asunto C-421/2014

El TJUE en este caso vuelve a pronunciarse sobre una serie de cuestiones relativas a las **cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario**. El origen de este asunto procede de un préstamo garantizado con una hipoteca sobre la vivienda donde posteriormente, como consecuencia del impago, se declaró el vencimiento anticipado del préstamo. El JPI de Santander planteó una serie de cuestiones prejudiciales ante el TJUE en relación con la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores** (en adelante, la Directiva 93/13), y a este respecto el TJUE declara:

- Que cuando ya existe un pronunciamiento del Juez nacional sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva, que ha adquirido **fuerza de cosa juzgada, no cabe realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato**, pues se impone el respeto a la cosa juzgada, esencial para *"garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia"*. No obstante, en el caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual **carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial**, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional está obligado a apreciar, a instancia de parte o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas no analizadas previamente.
- Cuáles son los criterios que deben ser tenidos en cuenta para **apreciar** el eventual **carácter abusivo** de cláusulas referidas al cálculo de los intereses ordinarios, así como los supuestos de vencimiento anticipado.
- Asimismo, determina que el Juez nacional ostenta la facultad de declarar el carácter abusivo de una cláusula contractual relativa al vencimiento anticipado que es contraria a las disposiciones del Derecho nacional **aun cuando, en la práctica, la entidad financiera no la haya aplicado**, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición nacional.
- Por último, el TJUE concluye que **el plazo preclusivo contemplado en la disp. trans. cuarta de la Ley 1/2013 es excesivamente exiguo y no garantiza la protección del derecho del consumidor a formular oposición a la ejecución hipotecaria con base en la abusividad de alguna de las cláusulas contractuales.**

Tribunal Supremo

PROCURADORES

El procurador no está obligado a poner en conocimiento del letrado director del procedimiento la proximidad del vencimiento del plazo de caducidad de dicha anotación para evitar que se produzca.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 29/05/2017. Rec. 483/2015

El problema que el recuso plantea tiene que ver con la desestimación de la demanda formulada por una entidad mercantil contra un procurador, en **ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios por negligencia profesional respecto de la caducidad de la anotación preventiva de embargo**.

Es obligación de los procuradores representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por Ley. Se trata de una obligación vinculada al seguimiento del juicio, transmisión de documentación, antecedentes o instrucciones que les remita el abogado, consistente en tener al corriente a su poderdante y abogado del curso del asunto que se le hubiere confiado y hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses del cliente, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario, conforme el art. 26 LEC.

Sin embargo, **no se ajusta a la normativa aplicable la afirmación de que dentro de las obligaciones del procurador está la de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo**, por lo que la inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Afirma el TS que al margen del auxilio que el procurador pueda prestar al abogado, no es ni un acto de impulso procesal, ni un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de **una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del procurador, como la de notificar**, como argumenta la sentencia recurrida, *“la existencia de un plazo procesal y el momento en que este comienza conforme a la notificación recibida o el acto por el realizado, pero no le corresponde un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios, como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente, sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entenderlo de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la ley”*.

La solicitud de prórroga de la anotación es una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico que es ajena a la capacidad de decisión del procurador.

CLÁUSULAS SUELO

El TS fija como criterio general que el banco condenado por cláusulas abusivas pague las costas.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 04/07/2017. Rec. 2425/2015

Analizamos en esta Sentencia este pronunciamiento judicial sobre la cuestión relativa a la **necesidad de adoptar un criterio uniforme sobre las costas de las instancias anteriores** para el caso de que proceda estimar el recurso de casación interpuesto por un particular y proceda casar la sentencia impugnada, para todos los recursos pendientes en materia de cláusulas suelo, con la consiguiente obligación de restitución de la totalidad de las cantidades cobradas de más en virtud de la cláusula suelo declarada nula, con completo efecto retroactivo, tras ajustar la Sala su doctrina a la del TJUE. Ello, sin perjuicio de que alguno de ellos –como señala expresamente el TS– pueda presentar peculiaridades propias que justifiquen otra decisión.

La Sala de lo Civil del TS considera que el **criterio** más ajustado al *principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas* y al *principio de efectividad del Derecho de la Unión* es **que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.**

Las **razones** en que se concretan esas consideraciones son las siguientes:

1. El **principio del vencimiento** es la **regla general**, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.
2. Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un **efecto disuasorio inverso**, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino **para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.**
3. La regla general del vencimiento en materia de costas procesales **favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión** y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo *principio*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

4. En el caso, la actividad procesal del banco demandado además de invocar a su favor la doctrina jurisprudencial de la propia Sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, fue más allá, incluso antes de contestar a la demanda, pidiendo la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil en todo el desarrollo del pleito; y en fin, **al personarse ante la Sala, cuando todavía no se había dictado la STJUE de 21/12/2016, interesando la inadmisión del recurso de casación del consumidor demandante, e insistiendo en dicha inadmisión, con carácter principal, incluso después de haberse dictado dicha sentencia y ser entonces ya evidente que el recurso de casación estaba cargado de razón y correctamente formulado.**

Concluye el TS estimando el recurso de casación por interés casacional interpuesto, casando la sentencia de la AP de Álava recurrida y, en su lugar, desestimando totalmente el recurso de apelación interpuesto en su día por la entidad demandada, y confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria/Gasteiz, incluido su pronunciamiento sobre costas. Acuerda por lo tanto imponer a la entidad bancaria demandada-apelante las costas de la segunda instancia, no imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación y devolver al recurrente el depósito constituido.

Además, la Sentencia cuenta con el **Voto Particular** de 3 Magistrados de la Sala.

El TS considera que el criterio más ajustado al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y al principio de efectividad del Derecho de la Unión es que las costas de las instancias en casos similares al presente se impongan al banco demandado.

Mercantil

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

CLÁUSULAS MULTIDIVISA

Criterios para apreciar el consentimiento expreso e informado en los contratos multidivisa.

Sentencia del TJUE, Sala Segunda, de 20/09/2017. Asunto C-186/16

El TJUE analiza, en el marco de un litigio entre particulares y un banco de Rumanía, el **carácter supuestamente abusivo de cláusulas incluidas en contratos de crédito en las que se estipula**, en particular, **el reembolso de los créditos en la misma divisa extranjera en que se concedieron**. El tribunal rumano somete ante el TJUE una serie de cuestiones prejudiciales sobre dicho tipo de contratos. Los diferentes aspectos planteados son las siguientes:

1. **El momento en el que debe analizarse el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes**, esto es, si es en el momento de celebración del contrato o incluye también la situación en la que se hayan producido variaciones significativas en el tipo de cambio de una divisa, durante la vigencia de un contrato de tracto sucesivo.

A estos efectos, el TJUE considera que **la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión**, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato.

2. Si la cláusula contractual sólo debe establecer los motivos por los que se incluyó en el contrato y su mecanismo de funcionamiento, o bien que también debe establecer todas sus posibles consecuencias susceptibles de provocar una variación en el precio pagado por el consumidor, como sería el riesgo del tipo de cambio.

El TJUE declara que en estos casos **el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos**. Por otra parte, el banco deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, **corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.**

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

3. Si se considera incluida dentro del “**objeto principal del contrato**” una cláusula en un contrato de crédito celebrado en moneda extranjera entre un vendedor o proveedor y un consumidor que no ha sido negociada individualmente y según la cual el crédito será devuelto en la misma divisa.

Por último, el TJUE **sí considera que el concepto de “objeto principal del contrato”, en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente** y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.

Tribunal Supremo

VALORACIÓN DEL PATRIMONIO NETO DE LAS SOCIEDADES

Aportación de socios al patrimonio de las sociedades de capital.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 24/11/2016. Rec. 871/2014

El TS en esta Sentencia analiza la determinación del patrimonio neto de una sociedad de responsabilidad limitada en el marco de una causa de disolución por pérdidas; esto es, el régimen previsto en el actual art. 363.1 e) LSC. Y específicamente se cuestiona la interpretación de la causa de disolución por pérdidas en relación al cálculo o determinación del patrimonio neto de la sociedad, en lo relativo a la conceptualización de las aportaciones realizadas por los socios, en relación con la redacción dada por el Plan General de Contabilidad de 2007.

El TS, tomando en consideración la normativa aplicable, establece que **para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución por pérdidas**, ha de **atenderse a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social**. A estos efectos, especifica que tanto **los préstamos participativos de los socios**, siempre que cumplan con las exigencias legales, como **las aportaciones de los socios, se incluirán en el patrimonio neto. Pero conviene puntualizar que estas aportaciones de los socios han de ser 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**, esto es, es preciso que no formen parte del pasivo, pues de lo contrario, se trataría de préstamos de los socios, razón por la cual, salvo que tengan la consideración de préstamos participativos, formarían parte del pasivo exigible, resultando irrelevante que el préstamo sea 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.

Asimismo, manifiesta el TS en su pronunciamiento que de cara a justificar el reequilibrio patrimonial, **corresponde a la sociedad acreditar que las aportaciones de los socios lo fueron al patrimonio neto**, esto es para compensar pérdidas o, en general, a fondo perdido, ya sea desde el principio, ya sea por voluntad posterior de los aportantes. Y puesto que en este caso no se acreditó suficientemente el carácter no reintegrable de las aportaciones, el TS considera quebrada a la sociedad por sus fondos propios negativos.

ADMINISTRADORES SOCIALES

El TS se pronuncia de nuevo sobre el régimen de responsabilidad por deudas de administradores sociales.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 18/01/2017. Rec. 1422/2014

En este asunto el Alto Tribunal analiza de nuevo la **naturaleza jurídica de la responsabilidad por deudas sociales de administradores**; se trata de una cuestión muy discutida por la doctrina. En concreto, se analiza en el recurso planteado si cabe amortiguar el rigor de esta responsabilidad, cuando consta que los administradores no promovieron la disolución pero llevaron a cabo actuaciones tendentes a paliar la situación de crisis económica de la compañía.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

En este sentido, el TS determina que la ley no establece propiamente la ausencia de la convocatoria de la Junta para instar la disolución de la sociedad –en el plazo de dos (2) meses– como un requisito negativo para que proceda la responsabilidad del art. 367 LSC. **Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya tenido en cuenta, en algún caso, la existencia de alguna causa que justificaba el incumplimiento de los deberes de promover la disolución en algunos casos en que concurrían circunstancias que justificaban que no se imputara esa responsabilidad a los administradores cuando habían desarrollado una actuación significativa para evitar el daño.**

En este caso concreto, el TS no aprecia que el expediente de regulación de empleo, que acabó con la extinción de todas las relaciones laborales, y la posterior venta de activos y pasivos de la compañía, justifique la omisión del deber de instar la disolución de la sociedad. Estas medidas no sólo eran compatibles con la disolución de la compañía, sino que además conducían a ella. El segundo ERE de extinción de relaciones laborales y la venta de activos y pasivos suponían *de facto* el cese por parte de la sociedad de su actividad empresarial, lo que ahondaba más en la necesidad de su disolución.

Por último, añade en su argumentación que tras la actual regulación del art. 367 LSC donde se reduce la responsabilidad respecto de las **deudas posteriores a la aparición de la causa de disolución, son ya muy excepcionales las causas que pudieran justificar el incumplimiento del deber legal de promover la disolución. Debe ser algo que ponga en evidencia que, en esas condiciones, a los administradores dejaba de serles exigible el deber de instar la disolución.**

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Deber de abstención y conflicto de intereses indirecto.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 02/02/2017. Rec. 1441/2014

La cuestión objeto de análisis en esta Sentencia es **el alcance del deber de abstención** que afecta al socio-administrador cuya dispensa de la obligación de no competencia se debate en la Junta General; y en concreto si este también se extiende a una sociedad unipersonal cuyo capital pertenece íntegramente a otra sociedad de la que, a su vez, el administrador afectado posee el 50,68% de su capital y el resto su familia directa.

Ante este escenario el TS determina que **el deber de abstención no se extiende al socio cuyos intereses no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad**, aunque exista una vinculación estrecha entre tales intereses de ese socio y los de otro socio (en este caso, el administrador) que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad, puesto que el art. 190 TRLSC únicamente prohíbe el derecho de voto al socio afectado, pero no extiende dicha interdicción a las personas vinculadas. Es decir, las personas vinculadas quedan afectadas por las prohibiciones y restricciones de los arts. 229 y 230 TRLSC pero no por la privación de voto.

Concluye el TS señalando que ni en la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ni en la vigente Ley de Sociedades de Capital se ha regulado el denominado **conflicto indirecto de intereses**, es decir, aquel en que los intereses de un socio no se encuentran en contraposición directa con los de la sociedad, pero existe una vinculación estrecha entre tales intereses de un socio y los de otro socio, que en el asunto en cuestión, entran en conflicto abierto con los de la sociedad. Para que existiera dicho conflicto de intereses, la dispensa del deber de no competencia debería afectar al grupo de sociedades o a todos los socios, pero si solo afecta a alguno de ellos, no cabe apreciarlo, y por tanto no opera el deber de abstención de otra sociedad del grupo o de otro socio.

RÉGIMEN DE AUTOCARTERA

El usufructo de acciones propias no es “autocartera”.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 15/03/2017. Rec. 1203/2014

En esta resolución se analiza por parte del TS la normativa aplicable al régimen de autocartera (arts. 140 y ss. LSC) tras la petición de los recurrentes de la amortización de las participaciones adquiridas en usufructo por considerarlas participaciones de la sociedad. Así el TS determina que el régimen de autocartera se refiere exclusivamente a la titularidad del pleno dominio de capital social por parte de la propia sociedad afectada, y no a derechos reales limitados, salvo que en este caso atribuyan estatutariamente a la sociedad el derecho de voto.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Determina el TS que en el supuesto de usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas: (i) las externas, que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio que, por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad, pueden ser reguladas en sus estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que pudiera contener al respecto el título constitutivo del usufructo; y (ii) **las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario**, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos.

En este caso, los recurrentes consideran que el usufructo forma parte del capital social, en contraposición a lo declarado por la AP sobre que el capital social está totalmente desembolsado y en manos de los socios, sin que la sociedad sea titular de ninguna participación, por lo que no hay autocartera.

El TS concluye que **“la normativa sobre participaciones propias (autocartera) está dirigida exclusivamente a la plena propiedad de parte del capital por la sociedad, no a la titularidad de otros derechos reales limitados, como el usufructo, salvo que éste atribuya a la sociedad (usufructuaria) el derecho de voto, y afecta así al principio organizativo de la sociedad”**. En consecuencia, el hecho de que la sociedad sea usufructuaria de un porcentaje de sus propias participaciones, sin ostentar los derechos de voto, no constituye propiamente autocartera, ni afecta a la integridad del capital social.

SOCIEDADES DE CAPITAL

Ante la reclamación de deudas pendientes, una sociedad disuelta y liquidada mantiene su personalidad jurídica.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 24/05/2017. Rec. 197/2015

La cuestión que se dilucida en este caso es si una sociedad de capital disuelta y liquidada, una vez cancelados los asientos registrales, tiene o no capacidad para ser parte en un proceso. En definitiva, si conserva su personalidad jurídica, a efectos del pago de las deudas que tenga pendientes.

El origen de la controversia está en la reclamación que realiza la propietaria de un piso a la empresa que se lo vendió, cinco años después de su compra –estando en ese momento ya disuelta, liquidada y con la escritura de extinción inscrita en el Registro-, con el fin de que reparase los defectos en la instalación del terrazo de la vivienda.

El **TS unifica la doctrina de la Sala**, al existir sentencias con pronunciamientos contradictorios, por un lado, la **STS 979/2011**, de 27 de diciembre y la **STS 220/2013**, de 20 de marzo que **reconocen la capacidad para ser parte por entender que pervive su personalidad jurídica**; y, por otro, la STS 503/2012, de 25 de julio, que considera que la cancelación de los asientos registrales señala el momento de la extinción de la personalidad social, por lo que no cabe demandar a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre.

El Alto Tribunal ratifica la primera postura –alineándose con la misma la DGRN, en su Resolución de 14/12/2016– argumentando para ello que el art. 399 del RD Leg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, prevé la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, en caso de pasivos sobrevenidos. **“En muchos casos –señala el TS-, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero reclamaciones como la presente, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva la responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación. De este modo, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración”**.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Estima el TS el recurso de casación, al entender que la sociedad demandada gozaba de capacidad para ser parte en este concreto pleito, en el que se reclama la reparación del perjuicio sufrido por un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por la sociedad frente a la demandante.

Reconoce el TS que “a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación (...) pendientes”.

BANCA

La reestructuración de una entidad bancaria no es, por sí sola, una causa que impida el cumplimiento contractual respecto de sus productos financieros.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 20/07/2017. Rec. 342/2015

El TS analiza en esta Sentencia si es conforme a Derecho, o no, la Sentencia de apelación impugnada de la Audiencia Provincial de Barcelona, que declara resuelto un contrato de compra de un producto financiero denominado “*Nota Estructurada Autocancelable 3 Bancos Europeos*” (en adelante, la “*Nota*”) y que condena solidariamente a las entidades financieras demandadas a restituir al actor la inversión efectuada, por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, al producirse la reestructuración de uno de los bancos cuyas acciones servían de subyacente.

Califica el TS el contrato controvertido, como contrato de carácter especulativo y aleatorio, y considera que **una modificación estructural de una sociedad mercantil no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya el supuesto de hecho del art. 1184 CC** (“*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”) **o permita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus***. Menos aun cuando tal modificación afecta a una sociedad en cuyo futuro económico existían incertidumbres, como ya sabía el inversor al contratar el producto.

Concluye el TS casando la Sentencia de la AP de Barcelona, declarándola sin valor ni efecto alguno, y, en su lugar, **confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona**, en la que afirma –en contra de lo pretendido por la entidad financiera estadounidense–, (i) que **el litigio debía resolverse aplicando el Derecho español**, no el inglés; (ii) que **no había existido incumplimiento contractual pues el demandante había sido informado adecuadamente de la naturaleza y riesgos de la “Nota”**; (iii) que **tampoco concurrió imposibilidad de cumplimiento de la obligación por el hecho de que esta última entidad hubiera pasado a ser otra**, conservando el mismo código ISIN, y se dedicara únicamente al sector asegurador, abandonando el negocio bancario; y finalmente (iv) **tampoco consideró que concurrieran los requisitos de la doctrina *rebus sic stantibus* que justificara modificar la relación contractual ni que por tal razón procediera la resolución del contrato**.

Una modificación estructural de una sociedad mercantil no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya el supuesto de hecho del art. 1184 CC o permita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**Nulidad de la convocatoria de la Junta General de socios por hacerlo de un modo diverso al habitual con el fin de eludir la presencia en la misma de algunos de ellos.****Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 20/09/2017. Rec. 1330/2015**

El origen de este asunto procede de la impugnación ante los Tribunales por un socio (una comunidad hereditaria) de los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad de la que son socios pero que no acudieron a dicha Junta por no haber tenido conocimiento de la misma, al haber sido convocada de forma novedosa, rompiendo así la práctica seguida durante toda la vida de la sociedad. Desde su constitución, todas las Juntas Generales de la sociedad se habían celebrado en la modalidad de Junta Universal, hasta esta Junta objeto de impugnación, cuya convocatoria se anunció mediante publicación en el BORME y en el Diario de la provincia. El **administrador solidario convocante no avisó a los socios del abandono del modo de convocatoria seguido hasta entonces y del acogimiento al procedimiento ordinario legalmente previsto**. Y aunque la finalidad de la Junta era cesar a la otra administradora solidaria, tampoco le comunicó a ella que iba a convocar una Junta en la que se iba a discutir su cese.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, puesto que **cuando la Junta General no se constituye como Junta Universal, su convocatoria habrá de realizarse en la forma prevista por la Ley o los estatutos para que su celebración sea válida**. El art. 173.1 LSC –en su redacción vigente a la fecha de celebración de la Junta impugnada– establecía que la convocatoria se publicará en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social; previsión que venía recogida en los mismos términos en los Estatutos sociales. En principio, pues, la convocatoria sería correcta y la Junta no podría ser tachada de nulidad si se cumplen tales requisitos. No obstante, **existen supuestos en que procedería la sanción de nulidad si se acreditara el ánimo del convocante de que el anuncio pasara desapercibido, lo que puede deducirse, por ejemplo, de la ruptura de la que, hasta entonces, había sido la pauta general para convocar las juntas (notificación personal, anuncio en un diario concreto...)**. Puesto que al actuar así, considera el Alto Tribunal, frustró las expectativas legítimas de unos socios acostumbrados a que las Juntas se celebraban en la modalidad de Junta Universal, previo aviso verbal, y no mediante convocatoria formal, lo que tuvo como efecto impedir su asistencia a la Junta General.

MERCADO DE VALORES**Incompatibilidades con la obligación de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes”.****Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 18/10/2017. Rec. 225/2016**

Es objeto de análisis en esta Sentencia la sanción impuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) a una entidad bancaria que presta servicios de inversión, por la comisión de una infracción grave al realizar actividades de gestión de cartera encaminadas a la adquisición generalizada de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva (IIC), sujetas a comisiones de gestión superiores a otras de la misma clase. El TS considera que la aplicación de dicho modelo de gestión ha supuesto que los clientes soportan en las operaciones realizadas un sobre coste en comisiones injustificado, en cuanto existían otras alternativas de inversión en IIC de características similares que comportaban el pago de menores comisiones de gestión.

En concreto, el TS desestima el recurso de casación contra la sentencia de la AN que confirmó la multa impuesta contra la entidad financiera en cuestión, en relación el alcance de la obligación impuesta a las entidades que prestan servicios de inversión de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

A estos efectos, el TS considera para la **formación de jurisprudencia** lo siguiente:

“Resulta incompatible con la obligación de “comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes” prevista en el art. 79 Ley 24/1988, de 28 Jul., del Mercado de Valores, que las entidades que prestan servicios de inversión recomienden u ofrezcan a sus clientes inversores minoristas, inversiones en IIC que incorporen condiciones económicas que objetivamente no sean las más beneficiosas para los mismos, en cuanto que, existiendo otras alternativas similares de inversión con menores costes de gestión, comporta soportar un sobrecoste en comisiones que no resulta acorde con el mercado de prestación de servicios de intermediación financiera.

También resulta incompatible con la obligación establecida en el citado art. 79 Ley 24/1988, en relación con el art. 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, de 15 Jul., que las entidades que prestan servicios de inversión apliquen un modelo de gestión de carteras estandarizado, en un entorno de arquitectura abierta o cerrada, que no comporte un incremento sustancial de las expectativas de rentabilidad ni una reducción del riesgo de pérdidas, que conlleve que las entidades de inversión perciban incentivos por la comercialización de IIC de otras entidades financieras que generan ingresos superiores a los estándares normales devengados en la prestación de los servicios de intermediación, y que no redunden en una mejora de la calidad del servicio, cuando previamente no se haya informado y asesorado de forma personalizada y concreta y, por tanto, no genérica, al cliente sobre las características y el tipo de inversión.”

Concursal

Tribunal Supremo

RESCISIÓN CONCURSAL

No cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión, ya que la transmisión es un efecto propio de la escisión, que se produce con la inscripción registral.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 21/11/2016. Rec. 570/2015

Gira este caso en torno a una acción rescisoria concursal que pretende la reintegración de los inmuebles transmitidos con la rama de actividad objeto de escisión, en el supuesto concreto de la escisión parcial de una sociedad concursada.

Se recurre en casación una sentencia de la AP que señala que las modificaciones estructurales traslativas inscritas en el Registro Mercantil antes de la declaración de concurso no pueden ser objeto de las acciones de reintegración del art. 71 LC, como consecuencia de la eficacia convalidante de la inscripción. Entiende la AP que la utilización del término “impugnación” cubre todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a un negocio jurídico, entre ellas, las rescisorias. Asimismo, en atención a los mecanismos de protección de los acreedores a través del derecho de oposición, **su no ejercicio en el momento oportuno impide al acreedor impugnar la escisión tras su inscripción, siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), lo que alcanza a la acción de rescisión concursal.**

Afirma el TS que la transmisión de los activos y pasivos de la rama de actividad escindida a favor de la sociedad beneficiaria es un efecto propio de la escisión, sin que sea un acto posterior o distinto de la propia escisión. Conforme al régimen jurídico de la escisión previsto en el art. 73 LME, la eficacia de la escisión se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil (art. 46 LME). En consecuencia –afirma el TS–, “no cabría ejercitar, en un caso como el presente, una acción rescisoria concursal que afectara sólo a la transmisión de los inmuebles y dejara incólume la escisión. La transmisión de los inmuebles incluidos en los activos de la rama de actividad escindida forma parte del propio negocio traslativo que supone la escisión, de la que no puede disociarse para su impugnación”.

Concluye el TS, por todo lo expuesto, desestimando el recurso de casación y confirmando la sentencia impugnada.

El TS determina que, en el marco de una escisión en la que se transmiten inmuebles, no es posible el ejercicio de una acción rescisoria concursal que afecte solo a tales inmuebles puesto que no cabe disociar la aportación de los inmuebles de la propia escisión.



Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

ACUERDO DE REFINANCIACIÓN

Especial protección del acuerdo de refinanciación, prevista en la disp. adic. 4.ª LC (introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009).**Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 15/02/2017. Rec. 1229/2014**

Parten los hechos del acuerdo de reestructuración –refinanciación– de deuda concertado al amparo de la disp. adic. 4.ª vigente en aquel momento (introducida por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo), entre una entidad y sus acreedores financieros, y consistente en una póliza de préstamo sindicado, otro préstamo, la concesión de un aval para garantizar créditos de las entidades públicas, una cuenta de crédito, una póliza de descuento y otras dos cuentas corrientes cuyos saldos quedaban pignorados a favor del banco.

En un inicio, la Administración Concursal (AC) ejercitó en su demanda de reintegración dos acciones rescisorias vinculadas, en las que pedía (i) la cancelación de la hipoteca y la prenda constituida en garantía de los créditos concedidos, y (ii) la reintegración de los saldos pignorados y ejecutados. Pretensiones que, aunque estimadas en la instancia, en apelación fueron desestimadas, al resultar absueltos los bancos codemandados de la condena que les obligaba a reintegrar al concurso cierto importe. Razón por la cual, la AC interpone sendos recursos (i) extraordinario por infracción procesal y (ii) de casación argumentando, entre otros motivos, la vulneración de la citada disp. adic. 4.ª LC, al no admitir que pueda ser objeto de rescisión la aportación de garantías previstas en el acuerdo, cuando el informe del experto independiente se hizo en relación con un plan de viabilidad que preveía unas quitas mayores de las que realmente hubo.

Sostiene el TS que **el acuerdo cumplió los requisitos exigidos en su día por la disp. adic. 4.ª LC, por lo que las garantías objeto de rescisión están amparadas por el mismo**. Considera el Alto Tribunal que el experto independiente informó a favor del cumplimiento de las exigencias legales para conceder la protección frente a la rescisión concursal y aunque hubo acreedores que se negaron a realizar la quita, tal desviación no fue relevante. Además, el plan de viabilidad era equilibrado y las garantías concedidas, proporcionadas. El acuerdo concedía una ampliación significativa del crédito con la concesión de una línea de crédito y otra de descuento para garantizar la actividad ordinaria de la concursada, así como una relevante modificación de sus obligaciones.

Concluye el TS desestimando los recursos interpuestos ya que **el acuerdo de refinanciación estaba amparado por la especial protección prevista en la citada disp. adic. 4.ª LC, y no podía ser objeto de rescisión concursal**.

“La previsión de soluciones alternativas en el convenio no supone un trato singular que exija el voto favorable de la doble mayoría prevista en el art. 125.1 LC”.

CONVENIO CONCURSAL

Previsión de soluciones alternativas en el convenio versus “trato singular” de acreedores.**Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 13/03/2017. Rec. 1281/2014**

Versa la controversia analizada sobre si es conforme o disconforme a Derecho una propuesta de convenio y más concretamente, una previsión final contenida en la misma. Argumenta el acreedor recurrente –uno de los afectados por el convenio, que no asistió a la Junta ni se opuso a la aprobación del mismo– que tal previsión infringe el principio *par conditio creditorum* y otorga una prevalencia injustificada del principio *favor convenii*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

Afirma el TS que el **“trato singular” que prevé el art. 125.1 de la Ley Concursal al establecer un régimen de doble mayoría** (mayoría del pasivo ordinario necesaria para la aprobación del convenio, en los términos previstos en el art. 124, y la de la misma proporción del pasivo no afectado por el trato singular) **exige que vaya dirigido “a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características”**. Sin embargo, tal requisito no concurre en el presente caso, pues *“la posibilidad de presentar a un tercero que oferte la compra de uno de los bienes inmuebles de la sociedad concursada no afectos a su actividad, y de este modo obtener el acreedor el pago inmediato de su crédito, si bien con una quita del 50% y hasta el límite del precio ofertado por el inmueble, no está restringida a unos acreedores concretos ni a grupos de acreedores determinados por sus características. Es una opción que se ofrece a todos los acreedores afectados por el convenio”*.

En suma, lo que se da en el supuesto analizado *“constituye una proposición alternativa dentro de la propuesta de convenio, aplicable a todos los acreedores (...)”* y por ello el TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de apelación, que confirma la conformidad a Derecho de la propuesta de convenio controvertida.

“La previsión de soluciones alternativas en el convenio no supone un trato singular que exija el voto favorable de la doble mayoría prevista en el art. 125.1 LC”

ACREEDORES CONCURSALES

La vía adecuada para combatir los recargos de apremio referidos a deudas tributarias anteriores a la declaración de concurso es mediante los recursos administrativos y judiciales, previstos en su legislación específica.

Sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 15/03/2017. Rec. 2149/2014

Los hechos controvertidos parten de la impugnación de la lista de acreedores –por parte de la entidad deportiva concursada– en relación con la cuantía del crédito reconocido a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), que consideró indebido respecto a los intereses de demora y los recargos de apremio, puesto que se había concedido un aplazamiento que impedía la generación de tales recargos.

Aduce la entidad concursada la falta de una resolución que declarase el incumplimiento tras los aplazamientos, por lo que no se daban las condiciones para la aplicación de los recargos de apremio, en los términos del art. 164.2 de la Ley General Tributaria (LGT).

Ya la STS 46/2015, de 18 de febrero, declaró la incompetencia de jurisdicción del juez del concurso para dejar sin efecto los recargos de apremio administrativos. Por ello, entiende el TS que si la concursada consideraba que la certificación administrativa en que constaban tales recargos era incorrecta o contenía conceptos indebidos, debería haberla impugnado conforme a los recursos y cauces previstos en la LGT. Conforme al art. 86.2 LC deben incluirse necesariamente en la lista de acreedores los créditos reconocidos por certificación administrativa, sin perjuicio de que la Administración Concursal (AC) pueda impugnarlos a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica. Lo que en este caso no consta que se hiciera.

Afirma el Alto Tribunal que *“aunque algunos de los aplazamientos se concedieron después de la declaración de concurso, se referían a deudas surgidas con anterioridad, por lo que afectaban a créditos concursales. Que, transcurrido el aplazamiento sin haber cumplido, hubiera o no de dictarse una resolución administrativa que declarase el incumplimiento, o que fuera procedente un nuevo requerimiento, son cuestiones administrativas que escapan al reconocimiento de créditos en el concurso, y que deberían haber sido discutidos por el sujeto pasivo tributario en la vía administrativa o contencioso-administrativa correspondiente”*.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal Supremo

La impugnación de la lista de acreedores no es la vía adecuada para combatir la procedencia o cuantía de los recargos de apremio referidos a deudas tributarias anteriores a la declaración de concurso, sino que los mismos deben ser atacados, por el deudor o por la AC, mediante los recursos administrativos y judiciales (contencioso– administrativos) previstos en su legislación específica (Ley General Tributaria, Ley General de la Seguridad Social, etc.). Caso contrario, la AC debe reconocer los créditos administrativos en los términos contenidos en la correspondiente certificación de tal carácter (art. 86.2 LC), salvo que se trate de conceptos o partidas que, conforme a la propia LC no sean reconocibles como créditos en el concurso.

La impugnación de la lista de acreedores no es la vía adecuada para combatir la procedencia o cuantía de los recargos de apremio referidos a deudas tributarias anteriores a la declaración de concurso.

Audiencias Provinciales

CALIFICACIÓN CONCURSAL

Concurrencia de los requisitos necesarios para condenar a los administradores de la concursada.

Sentencia de la AP de Les Illes Balears, de 17/01/2017. Rec. 457/2016

Frente a la Sentencia de instancia que califica como culpable el concurso necesario de una sociedad de responsabilidad limitada, por concurrencia de la causa prevista en el art. 165.1 de la Ley Concursal (LC) y en la que se declaran personas afectadas por dicha calificación a los administradores de la entidad concursada, apelan éstos, argumentado que no concurren los requisitos para su declaración de condena. Por tanto, estriba este asunto en determinar si se dan o no, estos requisitos.

Comparte, por acertados –en palabras de la propia AP– la totalidad de los razonamientos jurídicos de la resolución recurrida en la que se contiene un exhaustivo y pormenorizado análisis de todas las cuestiones jurídicas y fácticas debatidas en el proceso y en los que basa su decisión tanto para la **calificación culpable del concurso como para la responsabilidad que imponen a los codemandados.**

Así, la Sentencia de instancia declara culpable el concurso fundándose en la causa prevista en el art. 165.1 LC (cuando el deudor o sus representantes legales, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso) que debe conectarse, a su vez, con el art. 5.1 LC, que exige la solicitud de declaración de concurso dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

Considera **probado** la AP que **los administradores incumplieron, dentro de su respectivo mandato, la obligación del deber de promover en tiempo la declaración de concurso, a pesar de que conocían la grave crisis por la que atravesaba la entidad.**

Desde el momento en que los administradores voluntariamente aceptan dicha designación, tienen el poder de decisión sobre la actividad empresarial y les corresponde cumplir con las obligaciones que la normativa societaria les impone, entre otras, la de solicitar el concurso tan pronto tengan conocimiento o puedan tener conocimiento de la situación de insolvencia de la sociedad que administran. Ni siquiera pueden excusarse en el comportamiento de las personas en las que han delegado, al ser un deber que la ley impone personalmente.

Concluye la AP desestimando los recursos de apelación interpuestos y confirmando, por ende, las condenas de los administradores apelantes.

No cabe desplazar la responsabilidad de los administradores de la entidad concursada por el simple hecho del modo o el tiempo en que fueron designados.

Jurisprudencia (cont.)

Administrativo

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD

Operaciones comerciales entre empresas privadas y poderes públicos.

Sentencia del TJUE, Sala Quinta, de 16/02/2017. Asunto C-555/2014

En el marco de un litigio entre un establecimiento financiero de *factoring* integral especializado en facturas del Sector Público Sanitario y el Servicio Murciano de Salud, en relación con la negativa de éste a abonar al primero, además del principal, los intereses de demora y los costes de cobro que aquél reclama en concepto de facturas no pagadas a su vencimiento, se presenta petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la **Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.**

Entre 2008 y 2013, varias empresas suministraron bienes y prestaron servicios a centros médicos dependientes del Servicio Murciano de Salud, el cual, sin embargo, no abonó su importe. Dichas empresas cedieron parte de los créditos controvertidos al establecimiento financiero de *factoring* quien, ante el impago por el Servicio de Salud, se acogió al “*mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores*” –establecido en 2012 por el legislador español para hacer frente a la morosidad acumulada, debido a la crisis económica, por las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales frente a sus proveedores-, lo que únicamente le permitió obtener el pago del principal de sus créditos.

Ante la pregunta formulada por el juzgado remitente de si el Derecho de la Unión, y más concretamente el **art. 7, apdos. 2 y 3, de la Directiva 2011/7/UE**, prohíbe supeditar el pago del principal de una deuda al requisito de renunciar a los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, declara el TJUE que el precepto mencionado debe interpretarse en el sentido de que **no se opone a una norma nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida**, lo que incumbe comprobar al juez nacional.

El TJUE declara que “(...) no se opone a una norma nacional (...) que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida”.

COMPETENCIA DESLEAL

Servicios de taxi: interpretación del art. 96.1 TFUE, en relación con las normativas nacionales que regulan estos servicios.

Sentencia del TJUE, Sala Tercera, de 15/03/2017. C-253/2016

En el marco de un litigio en el que se ejercita una acción de cesación por parte de dos sociedades –que explotan líneas regulares de transporte de personas en autocares que enlazan una estación de Bruselas con el aeropuerto de Charleroi– contra personas físicas y jurídicas –que, respectivamente, ejercen actividades de conductor de taxi y explotan servicios de taxi– por supuesta competencia desleal de estas últimas en perjuicio de las sociedades, se plantea una cuestión prejudicial cuyo objeto es la **interpretación del art. 96 apdo. 1 TFUE** y que, en palabras del propio TJUE, viene a “*regular las normativas nacionales aplicables a los transportes dentro de la Unión relativas a los precios y condiciones que impliquen, en cualquier forma, una ayuda o protección a una o más empresas o industrias determinadas*”.

La normativa nacional belga controvertida impone restricciones a estos operadores, al establecer que las personas que explotan taxis no pueden poner a disposición de sus pasajeros plazas individuales, en lugar del vehículo en su totalidad, ni predeterminar su destino.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por ello, resuelve el TJUE afirmando que **el art. 96.1 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable a una normativa nacional que regula las condiciones en las que han de prestarse los servicios de taxi**. Es más, como afirma el TJUE, una interpretación contraria menoscabaría además el efecto útil del art. 58 TFUE, que implica que la aplicación de los *principios de libertad de las prestaciones de servicios de transporte* se realice mediante la ejecución de la **política común de transportes**. En definitiva, con este precepto se pretende **evitar que los Estados miembros adopten medidas de ayuda o protección que beneficien indirectamente a los clientes del operador en cuestión que les aplica dichos precios y condiciones y no medidas de ayuda o protección que beneficien directamente a otros operadores** que se encuentren en una relación de competencia con el operador de que se trate.

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

El TS confirma la condena impuesta por dos instituciones diferentes a raíz de las infracciones administrativas cometidas por omisión contable.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 15/03/2017. Rec. 2078/20017

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 15/03/2017. Rec. 4213/2017

En estas dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de la misma fecha, respectivamente, se confirman dos sanciones impuestas en 2008 por el Ministerio de Economía y Hacienda a la entidad bancaria recurrente, derivadas de los expedientes por **infracción contable** tramitados por el Banco de España (BdE) por un lado y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) por el otro, por infracciones en relación a un patrimonio de 224,4 millones de euros no registrado contablemente por un banco cotizado y que fue gestionado en dos estructuras *off-shore* en Jersey y Liechtenstein.

La Sala de instancia reconoce haber deliberado conjuntamente por tratarse de dos sanciones por los mismos hechos.

- Así, la **sanción impuesta por la CNMV** –multa de 2 millones de euros– lo fue por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la **letra ñ) del art. 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores**, por la remisión, entre los ejercicios 1996 a 2000, a la CNMV de información de carácter financiero y contable que contenía datos inexactos, no veraces y con omisión de aspectos relevantes, en relación con un patrimonio no registrado contablemente.
- Mientras que la **sanción impuesta por el BdE** –multa de 1 millón de euros– lo fue por la infracción en la **letra p) del art. 5 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito**, como consecuencia del incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al BdE, igualmente por la omisión de un patrimonio no registrado contablemente.

El recurso de casación planteado por la entidad bancaria recurrente se articula, entre otros, en los siguientes motivos:

- 1. Infracción de los principios de personalidad de las sanciones y de culpabilidad** como consecuencia de la fusión de las dos entidades bancarias. En el fondo se analiza la posible transmisibilidad del reproche sancionador a la empresa resultante de un proceso de fusión o absorción, cuando el ilícito imputado ha sido cometido por una empresa que ha sido fusionada y por ello ha dejado de existir como tal.

El TS determina que la doctrina impone un análisis de cada proceso de sucesión empresarial, a **fin de valorar si se da una continuidad empresarial material**, con independencia del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador. En este caso, el proceso de fusión fue realmente un proceso de absorción donde la entidad resultante es continuadora de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado.

- 2.** Asimismo, se alegaba que la tramitación conjunta de dos procedimientos sancionadores por parte de dos órganos administrativos (BdE y CNMV) que no actúan de forma coordinada, por idénticos hechos –la omisión contable–, determinan la infracción del art. 25 CE, la jurisprudencia del TC y del TEDH.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TS considera que **no existe vulneración del principio non bis in idem**, puesto que en el **expediente de la CNMV**, se imputa **la infracción a la entidad bancaria (como sociedad cotizada) por la remisión de información contable con inexactitudes relevantes o la omisión de aspectos o datos relevantes**. El bien jurídico que se protege se refiere a la correcta formación de los precios en el mercado, la integridad, transparencia y la eficiencia de los mercados que exige el respeto del principio de integridad contable básico y la protección de los inversores, cuya conculcación es potencialmente lesiva de los intereses de éstos así como del sistema financiero en general.

Mientras que en el expediente del BdE, la norma sanciona **la conducta de la entidad bancaria como entidad de crédito, que exige la remisión a la autoridad supervisora de la completa información sobre la situación de la entidad financiera, su evolución y el conocimiento de las operaciones que incrementan los riesgos de insolvencia o falta de liquidez**, todo ello con la finalidad de evitar riesgos de insolvencia o iliquidez de la entidad, la protección del sistema bancario y en fin, los perjuicios para los depositantes.

Concluye el Alto Tribunal confirmando que en este caso se está ante distintos tipos sancionadores que protegen bienes jurídicos diferenciados que se contemplan en diferentes normas, en consecuencia **los bienes jurídicos protegidos en cada norma aplicada son distintos y no presentan el mismo fundamento en una y otra sanción, por lo que cabe concluir que es conforme a Derecho apreciar la existencia de dos infracciones y por tanto su diferenciada sanción**.

El TS confirma dos sanciones administrativas impuestas a una entidad bancaria por la misma conducta al tratarse de bienes jurídicos protegidos por diferente normativa y con diferente fundamentación.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

El TS establece que los bancos pueden ser sancionados por entidades públicas por cláusulas abusivas sin previa sentencia judicial, de conformidad con la normativa de consumidores.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 16/09/2017. Rec. 1625/2016

En esta Sentencia, el TS estima un recurso en interés de la ley presentado por la Junta de Andalucía contra una Sentencia del TSJ de Andalucía que anuló cuatro (4) multas impuestas por cuatro (4) infracciones muy graves interpuestas por la Secretaría General de Consumo de Andalucía a una entidad bancaria por la introducción de cláusulas abusivas en diferentes contratos.

El Alto Tribunal considera que la doctrina que había seguido el TSJ de Andalucía hasta la fecha era errónea y gravemente dañosa para el interés general, al interpretar no sólo una Ley andaluza sino también el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores, puesto que entendió que la aplicación de las sanciones administrativas previstas por la Ley andaluza 13/2003 de Defensa de los Consumidores, cuando tipifican como infracción introducir cláusulas abusivas en contratos, necesitan una previa declaración de que la cláusula es abusiva por parte de un Juzgado Civil.

Determina el Alto Tribunal que *"la doctrina que sienta la sentencia recurrida desapodera a la Administración de la potestad sancionadora en la materia de consumidores y usuarios, concretamente en una actividad tan sensible como la introducción de cláusulas abusivas. Dicho de otro modo, cuando la sentencia remite, para la fijación del carácter abusivo de las cláusulas, a una previa declaración de la jurisdicción civil, se está bloqueando la aplicación del catálogo de infracciones que describe el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, además de la Ley andaluza citada"*. Añade que la Ley General para la Defensa de los Consumidores no impone *"esa suerte de prejudicialidad civil que se infiere de la sentencia recurrida, para el ejercicio de la potestad sancionadora, toda vez que el ilícito administrativo que castiga, la introducción de cláusulas abusivas, es título suficiente para ejercer la potestad sancionadora"*. Ello sin perjuicio de que, como es natural, la sanción impuesta pueda ser luego impugnada ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que será el que se pronuncie sobre la legalidad de la sanción y por ello sobre el carácter abusivo de la cláusula, exclusivamente a esos efectos sancionadores.

Jurisprudencia (cont.)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Así el TS fija como doctrina legal que **“la Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los arts. 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil”**.

El TS establece que las entidades financieras pueden ser sancionadas por cláusulas abusivas de conformidad con la normativa de consumidores, sin necesidad de previa sentencia judicial del orden civil.

TELECOMUNICACIONES

Nulidad del art. 6.3 RD 988/2015 que regula el régimen jurídico de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas.

Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 25/10/2017. Rec. 11/2016

En este asunto, el TS estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad cinematográfica y **declara la nulidad del apdo. 3 del art. 6 del Real Decreto 988/2015, de 30 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas, por ser disconforme a Derecho**. Este apartado disponía que los ingresos procedentes de la comercialización de productos accesorios derivados directamente de los programas emitidos sólo se computarán para determinar la cuantía de la obligación de financiación en la medida en que la suma de dichos ingresos represente un porcentaje superior al 10% del total de ingresos de explotación del prestador del servicio y en la cuantía que exceda de dicho porcentaje.

Considera el TS que se ha llevado a cabo una errónea consideración como ingresos computables de los obtenidos por la venta a terceros de los contenidos producidos o coproducidos por el prestador de servicios y de los obtenidos por la explotación directa del contenido independientemente de la modalidad utilizada. La Sala sostiene que el Gobierno ha incurrido en **“un exceso reglamentario”** en el desarrollo del mandato contenido en el art. 5.3 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual **al incluir como computables unos ingresos que no tienen que ver con la prestación de servicios de comunicación audiovisual**, porque aunque se establezcan algunas limitaciones para que puedan ser computados, *“ello no es óbice para entender que se trata de ingresos que se obtienen por el sujeto obligado por el desarrollo de una actividad económica que resulta claramente diferenciable de la que realiza el prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva y, por ello, debe considerarse que está al margen de la explotación de los canales y de sus contenidos audiovisuales”*.

El TS declara la nulidad del apdo. 3 del art. 6 del Real Decreto 988/2015 por el que se regula el régimen jurídico de la obligación de financiación anticipada de determinadas obras audiovisuales europeas por ser disconforme a Derecho.

Jurisprudencia (cont.)**Penal**

Tribunal Supremo

FRAUDE FISCAL**Estrategia defraudadora del asesor fiscal y su posible imputación penal.****Sentencia del TS, Sala Segunda, de lo Penal, de 24/05/2017. Rec. 1729/2016**

La cuestión de fondo que subyace en esta Sentencia es si el encargo o delegación de las obligaciones fiscales del futbolista/contribuyente a unos asesores es reprobable penalmente. Es decir, la determinación de si resulta delictiva, o no, la actuación de los asesores fiscales en detrimento del dolo necesario de su cliente.

Condenados, tanto el futbolista residente en España –como autor de tres delitos contra la Hacienda Pública– y su padre –como cooperador necesario– por los ejercicios correspondientes al IRPF de 2007, 2008 y 2009, respecto a los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen, cedidos mediante simulación contractual a sociedades radicadas en paraísos fiscales, las cuales percibían los ingresos de los patrocinadores, interpusieron recurso de casación basando su defensa, principalmente, en su desconocimiento en materia fiscal, que les impedía conocer cómo debían cumplir con sus obligaciones fiscales, razón por la que contrataron a unos asesores, verdaderos responsables –según los recurrentes– de diseñar el entramado *offshore* con el que se defraudó al erario público.

Para el TS, la concurrencia en el caso del cliente y sus asesores fiscales no es una delegación que pueda exonerar la responsabilidad fiscal del cliente-delegante, como éste pretendía, sino una **asociación horizontal**, que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales para ambos, ya de coautoría o de participación. El TS parte de la premisa de una **formación cívico social elemental**; esto es, el sujeto pasivo conoce que debe tributar a Hacienda por sus ingresos, y ello, con independencia de la alta cualificación del bufete de asesores y del desconocimiento de los recurrentes, legos en materia fiscal.

Teniendo esto en cuenta, junto con la elevada cuantía de lo defraudado y las acciones y actitudes asumidas por los recurrentes, en palabras del propio Tribunal *“no estamos ante un caso de error invencible en el conocimiento de la norma, sino ante la inteligencia que busca anular las dificultades que el desconocimiento de ésta suponía para lograr el objetivo de burlarla”*. Por tanto, concluye el TS estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia recurrida, casando y revocando su Fallo pero, únicamente, para minorar la pena impuesta al cooperador necesario por apreciación de la atenuante muy cualificada de reparación del daño.

No obstante, es importante hacer hincapié en la declaración de asombro del propio TS, al resultar excluidos los asesores fiscales de toda acusación por parte del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, difícilmente comprensible, a su entender.

Por último, destacar que este pronunciamiento judicial cuenta con dos Votos Particulares emitidos por dos de los Magistrados de la Sala, entendiéndose que en el supuesto de autos concurre un delito fiscal continuado.

Para el TS, la concurrencia en el caso del cliente y sus asesores fiscales no es una delegación que pueda exonerar la responsabilidad fiscal del cliente-delegante, sino una asociación horizontal que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales para ambos, ya de coautoría o de participación.

Doctrina administrativa

Doctrina administrativa

Dirección General de los Registros y del Notariado

Registro Mercantil

Aumento de capital social mediante aportación no dineraria.

Resolución de la DGRN de 03/01/2017

Es objeto de este expediente la inscripción de una escritura de aumento de capital de una sociedad limitada mediante la aportación no dineraria por uno de los socios *“de todos y cada uno de los bienes, que forman una sola unidad económica adquiridos en diversas fechas que, no puede precisar”*. Se incorpora en la escritura de subsanación y complemento de la anterior **un listado en el que consta exclusivamente el nombre de doscientas catorce (214) sociedades mercantiles con su correspondiente N.I.F., y se expresa que son una unidad económica**, ya que son partes de una empresa que puede ser objeto de explotación individualizada, forman una unidad homogénea y susceptible de aprovechamiento al margen del conjunto del resto de la empresa; por estar constituidas las sociedades objeto de aportación con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales.

La **DGRN desestima el recurso y confirma la calificación del Registrador al considerar que por ser dichas sociedades sujetos de derecho, no pueden ser éstas objeto de aportación a otra sociedad**. Cuestión distinta es que, como se admite en la misma calificación, se aportasen las participaciones de dichas sociedades o que se llevara a cabo una modificación estructural, como por ejemplo a través de una fusión o por medio de la previa escisión de una o varias partes del patrimonio social de las sociedades relacionadas que formen ramas de actividad perfectamente identificadas, para su consiguiente aportación a la sociedad cuyo capital se pretende ampliar. En suma, concluye la DGRN que **si lo que se pretendía en este caso era realizar una aportación de una unidad económica constituida por una empresa que tenga por actividad la creación de las sociedades relacionadas** –con su nombre y DNI– y la posterior transmisión de sus acciones o participaciones a terceros, **es evidente que el objeto de tal aportación no ha sido correctamente determinado toda vez que, según la escritura calificada son objeto de aportación las propias sociedades preconstituidas**.

Constitución de una S.L.: concreción del objeto social y error en la condición del compareciente.

Resolución de la DGRN de 06/02/2017

Las cuestiones planteadas se refieren, por un lado, a la inscribibilidad de los **incisos relativos al objeto social** que resultan de los hechos *“así como cualquier otra actividad preparatoria, complementaria o derivadas de las anteriores; así como la realización de actividades complementarias y auxiliares para la realización de dichas actividades”*, y, por otro, al hecho de que el **único compareciente en representación de la sociedad constituyente acepta su designación como administrador único, si bien en la comparecencia de la escritura interviene exclusivamente en nombre de aquélla y no en nombre propio**.

Respecto a la primera cuestión, la DGRN estima el recurso y revoca la calificación del Registrador al considerar que tras la concreción de las actividades que integran el objeto social, los estatutos añaden que éste se extiende a las actividades preparatorias, complementarias, derivadas y auxiliares de las que lo constituyen **sin que de ello resulte ni una indeterminación de su contenido, previamente delimitado, ni una relación de actos o actividades que impliquen un desarrollo de aquél**.

Doctrina adm. (cont.)

Registro Mercantil

En relación con la segunda cuestión, la DGRN también estima el recurso y revoca la calificación del Registrador al confirmar que ciertamente la escritura pública no ha sido correctamente redactada por cuanto, tal y como resulta del art. 166 del Reglamento Notarial, **la intervención debe expresar si el compareciente lo hace en nombre propio o en representación de otra persona o, debe añadirse, si lo hace en ambos conceptos.** Ahora bien, **resultando del conjunto del documento que el compareciente, además de en representación de la sociedad constituyente, actúa en nombre propio para aceptar la designación de administrador, aquélla deficiencia en la elaboración del documento público no puede tener la trascendencia que pretende el Registrador.** Resultando del título que el compareciente no sólo actúa en representación de la sociedad, sino que **actúa en nombre propio al aceptar el cargo de administrador para el que ha sido designado como tal persona física** y no como representante de la sociedad constituyente, es evidente que su intervención comprende ambas actuaciones sin que el mero defecto formal de la escritura pública tenga un efecto invalidante que justifique el rechazo a la inscripción.

Inscripción de reducción del capital social de una S.L. y devolución al socio único del valor de aportaciones con amortización de determinadas participaciones sociales.**Resolución de la DGRN de 10/05/2017**

Se analiza en este expediente si es conforme a Derecho, o no, la negativa del Registrador a inscribir una escritura de reducción del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada para devolver al socio único el valor de aportaciones con amortización de determinadas participaciones sociales. Puesto que el criterio mantenido por el Registrador es que *“ha de declararse expresamente si la sociedad y el socio vendedor responderán solidariamente durante cinco (5) años de las deudas previas; o si se ha optado por dotar de una reserva indisponible de conformidad a lo dispuesto en los arts. 331 y 332 LSC”*.

En este caso, la DGRN considera que es injustificado exigir una declaración que tenga por objeto expresar si se ha constituido o no la reserva indisponible que excluiría la responsabilidad *ex lege* del socio beneficiado por la restitución. A menos que del título calificado resulten dudas manifiestas sobre cuál es el mecanismo utilizado para garantizar la tutela de los acreedores sociales, **si se ha identificado al socio beneficiado por la devolución del valor de las aportaciones sin indicar que se ha dotado la reserva especial, debe presuponerse que rige el sistema legal supletorio y debe practicarse la inscripción.**

Por consiguiente, la DGRN **estima el recurso y revoca la calificación impugnada,** pues *“en todo caso, el Registrador no solo puede sino que debe dejar claro en el asiento y en la nota de despacho que lo que se inscribe es una reducción de capital con devolución de aportaciones y responsabilidad solidaria de los socios y no una reducción de capital con cargo a beneficios o reservas libres”*.

En sede de S.R.L., no se admite la celebración de Junta en segunda convocatoria.**Resolución de la DGRN de 22/05/2017**

En este expediente es objeto de impugnación **la inscripción de determinados acuerdos adoptados por la Junta General** de una sociedad (cese del administrador único, modificación de la estructura del órgano de administración y nombramiento de administradores mancomunados), en relación con los siguientes defectos: (i) la falta de convocatoria por el medio dispuesto en los Estatutos sociales; (ii) la Junta se celebra en segunda convocatoria, lo que no es admisible tratándose de una S.L.; y (iii) no se ha dado cumplimiento al art. 111 RRM.

Doctrina adm. (cont.)

Registro Mercantil

En relación con el primer defecto, considera el registrador que, **aun cuando la convocatoria y la desconvocatoria de la Junta General no se han realizado en la forma dispuesta en los estatutos sociales** (mediante acta notarial de remisión de documento por correo) sino por correo electrónico la convocatoria y por burofax la desconvocatoria, **deben admitirse ambas comunicaciones por haber sido confirmadas por el socio destinatario de las mismas**, por lo que no pudo celebrarse una Junta que estaba desconvocada. A pesar de la reiterada afirmación de la DGRN, de que la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta General debe ser estrictamente observada, sin posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, no obstante, en su Resolución de 24/11/1999 **ha admitido la inscripción de los acuerdos tomados en una Junta General convocada judicialmente sin observarse la forma de convocatoria fijada estatutariamente**, argumentado la **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. Conforme a este último criterio, en el caso analizado, concluye la DGRN que **se han cumplido las garantías de información que tanto sobre la convocatoria como sobre la desconvocatoria de la Junta, se pretende asegurar por las normas legales y estatutarias**, sin que pueda oponerse el hecho de que el socio destinatario de dicha comunicación alegue su irregularidad por no haberse realizado mediante correo electrónico con firma electrónica sino mediante burofax, cuando es este último medio el utilizado por el mismo socio para solicitar del administrador que requiriera la presencia de notario para levantar acta de la Junta.

En relación con el segundo defecto, declara la DGRN **inadmisible, en sede de S.R.L., la celebración de Junta en segunda convocatoria** porque **(i)** la previsión legal para la adopción de acuerdos que se basa en la exigencia de un determinado porcentaje de votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social implica un *quorum* que exigiría una previsión específica para el caso de que fuese posible una segunda celebración (art. 198 LSC); y porque **(ii)** aceptar una segunda reunión no prevista legalmente implicaría la atribución al órgano de administración de unas facultades discrecionales sin distinción de *quorum* requerido y sin limitación en las fechas, lo que conllevaría una pérdida de seguridad jurídica y una amenaza para los derechos del socio.

Por último, en relación con el tercer defecto la DGRN determina que, conforme al art. 326 LH, el expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad o Mercantiles tiene por objeto exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho. En consecuencia, **no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición del Registrador al tiempo de llevar a cabo su calificación**, sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos.

Por todo ello, la DGRN **desestima el recurso** interpuesto y, por ende, **confirma la calificación impugnada**.

Supuesto asimilable a fusión de sociedad íntegramente participada: cuando el socio único de la sociedad absorbida también lo sea de la absorbente.

Resolución de la DGRN de 23/05/2017

Se cuestiona en este expediente la negativa del Registrador mercantil a inscribir una fusión por absorción de una S.L.U. y una S.A.U., cuando en la misma escritura se expresa que la sociedad absorbente es titular de forma directa, como socio único, de todas las acciones de la sociedad absorbida. Posteriormente, una diligencia extendida en la propia escritura expresa que el accionista único de la sociedad absorbida es otra S.L. que, a su vez, es socio único de la sociedad absorbente.

El Registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, debe acreditarse que esta última sociedad está íntegramente participada por la sociedad absorbente, mientras que el apoderado recurrente alega que, al ser una misma sociedad el socio único tanto de la sociedad absorbente como de la absorbida, debe entenderse que esta sociedad está íntegramente participada por la sociedad absorbente, cumpliéndose así lo dispuesto en el art. 49 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

Doctrina adm. (cont.)

Registro Mercantil

Resuelve la DGRN **estimar el recurso y revocar la calificación** impugnada, argumentado que las sociedades absorbente y absorbida, ambas unipersonales, tienen el mismo socio único, como consta en el Registro Mercantil y reconoce el registrador en su informe. Además, no se aumenta el capital de la sociedad absorbente, por lo que **“es indudable que se trata de un supuesto asimilable a la fusión de sociedad íntegramente participada (art. 52.1 de la Ley 3/2009), de suerte que resulta aplicable el art. 49.1 de la misma Ley... Al no tratarse de absorción de una sociedad indirectamente participada por la absorbente no es necesario manifestar por el administrador –y mucho menos acreditar– que el socio único de la sociedad absorbida esté participada por la absorbente”**.

La falta de acreditación de la prórroga de la Junta General impide la inscripción de los acuerdos en esa “segunda” convocatoria.**Resolución de la DGRN de 19/07/2017**

Ante la negativa del Registrador Mercantil a inscribir determinados acuerdos sociales –unos, adoptados por la Junta General de una S.A, y otro, por el Consejo de Administración–, resuelve la DGRN **desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada**.

En la misma línea que el registrador, considera la DGRN que, una vez cerrada el acta notarial de la Junta General, no puede entenderse que la sesión de la misma haya continuado con la asistencia sólo de *“los socios mayoritarios, representantes del 65% del capital social”*, sino que se trataría de una nueva reunión que ha tenido lugar en un emplazamiento distinto al de celebración de la originaria Junta General y en la que se ha designado a un nuevo Secretario sin previo acuerdo de sustitución del mismo en esa Junta originaria. Por ello, **esa “continuación” de la primitiva sesión debe ser considerada como una nueva reunión de la Junta General que ha de cumplir con todos los requisitos de convocatoria de la LSC**.

Por otro lado, también señala el registrador que no es posible acordar el cese de los consejeros con sólo el voto favorable de accionistas que representan el 65% del capital social, toda vez que los estatutos establecen para tales acuerdos un quórum reforzado del 68% del capital social. Afirma la DGRN que **no puede entenderse que el Consejo de Administración que adopta los acuerdos haya sido constituido válidamente al haber concurrido a la reunión de tal órgano únicamente 2 de los 5 miembros del mismo**, al no ser válido el acuerdo adoptado en Junta el acuerdo que reduce el número de consejeros de 5 a 3.

Disolución y extinción de una sociedad extinguida por resolución judicial en procedimiento concursal.**Resolución de la DGRN de 30/08/2017**

Se cuestiona en este expediente la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de una sociedad limitada cuando, según el Registro Mercantil, ya consta que la sociedad ha quedado extinguida y cancelados todos sus asientos. Dicha cancelación se produjo en virtud de **Auto, dictado por el Juzgado de lo Mercantil, que declaró la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa de la sociedad, acordando la extinción y cancelación de la inscripción de la sociedad en los registros públicos y el cierre de las hojas registrales a los efectos concursales**. El recurrente alega expresamente que si bien la sociedad está extinguida por resolución judicial en procedimiento concursal, no por ello carece de personalidad jurídica residual y puede y debe realizar determinados actos respecto de operaciones de liquidación y de sus relaciones con socios y terceros.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del Registrador al considerar que en el supuesto de este expediente **el concurso se ha declarado y concluido sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación, por lo que, al haber relaciones jurídicas pendientes, la liquidación societaria complementaria, fuera del concurso, no debe quedar al margen del Registro Mercantil**. A estos efectos, el cierre de la hoja registral, por su propia configuración, debe admitir posibles asientos posteriores como los solicitados por el recurrente.

Doctrina adm. (cont.)

Registro Mercantil

Constancia de la inexistencia del pago a proveedores en el depósito de cuentas cuando la sociedad está inactiva.

Resolución de la DGRN de 07/11/2017

La única cuestión que constituye el objeto de este expediente consiste en dilucidar **si puede llevarse a cabo el depósito de las cuentas de una sociedad presentadas en formato normalizado y abreviado cuando resulta que no aparece cumplimentado el apartado correspondiente a “información sobre el periodo medio de pago a proveedores durante el ejercicio”, contenido en la hoja IDA2, cuando en la hoja anterior IDA1 de datos generales de identificación e información complementaria requerida en la legislación española, se ha hecho constar que la sociedad está inactiva.**

A juicio del Registrador Mercantil el depósito no es posible mientras que el recurrente considera que la cumplimentación es de imposible ejercicio por lo que no puede constituir un requisito ineludible para llevar a cabo el depósito de las cuentas.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación del Registrador al considerar que **la cuestión es trascendental porque si la sociedad que deposita cuentas ha carecido de acreedores comerciales durante el ejercicio o de compras y gastos por servicios exteriores, es evidente que no puede expresar un periodo medio de pago.** Aclara la DGRN que la previsión legal de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, es que todas las sociedades mercantiles incluirán de forma expresa en la memoria de sus cuentas anuales su periodo medio de pago a proveedores, pero resulta evidente que se parte del hecho de que hayan existido proveedores y pago de bienes o servicios, de modo que cuando no hayan existido unos y otros no puede existir la obligación. La DGRN considera que llegados a esta punto **la cuestión se traslada a cómo hacer constar dicha circunstancia en el modelo normalizado de cuentas previsto en el anexo I de la Orden JUS/471/2017,** y es forzoso reconocer, que como afirma el recurrente, **la consignación en el epígrafe correspondiente (01903), de la hoja IDA1, sobre datos generales de identificación e información complementaria requerida en la legislación española, de que la empresa está inactiva, es suficiente para justificar la ausencia de datos en los epígrafes relativos al periodo medio de pago a proveedores.**

Reducción de capital para reestablecer el equilibrio patrimonial.

Resolución de la DGRN de 13/11/2017

Se analiza en este expediente si es o no inscribible el acuerdo adoptado por la Junta General de una sociedad limitada por el que, a la vista del balance (del que resulta una cifra negativa de fondos propios), y con la finalidad de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad, disminuido como consecuencia de pérdidas, se reduce a cero el capital social fijado en 46.375,80 euros, y su simultánea ampliación hasta la cantidad de 150.000 euros. En el informe del administrador se menciona que la citada propuesta se hace, tras la aplicación de la totalidad de las reservas existentes a la compensación de créditos.

La Registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, no resulta del acuerdo de la Junta que el importe de la prima de asunción –emisión– se haya destinado a enjugar las pérdidas, ya que como exige el art. 322 LSC, no puede reducirse el capital por pérdidas mientras la sociedad cuenta con cualquier clase de reservas voluntarias, teniendo esta consideración la prima de emisión, tal y como señaló la RDGRN de 31 de agosto de 1993.

La DGRN estima el recurso y revoca la calificación impugnada al considerar que atendiendo al informe del órgano de administración, al balance que sirve de base a la operación de reducción del capital y al acuerdo de la Junta general sobre la misma, resulta del acuerdo de la Junta general que **se corrige el desequilibrio patrimonial mediante dicha reducción una vez que el importe de la prima de asunción se ha restado del saldo de las pérdidas acumuladas,** a diferencia de lo que ocurría en la Resolución de 31 de agosto de 1993, mencionada anteriormente, en la que existía una prima de emisión más que suficiente para enjugar las pérdidas, sin tener que reducir el capital social, y en la que el recurrente, en aquella resolución, negaba su equiparación, a estos efectos, a las reservas.



Oficinas de KPMG en España

A Coruña

Calle de la Fama, 1
15001 A Coruña
T: 981 21 82 41
Fax: 981 20 02 03

Alicante

Edificio Oficentro
Avda. Maisonnave, 19
03003 Alicante
T: 965 92 07 22
Fax: 965 22 75 00

Barcelona

Torre Realia
Plaça de Europa, 41
08908 L'Hospitalet de Llobregat
Barcelona
T: 932 53 29 00
Fax: 932 80 49 16

Bilbao

Torre Iberdrola
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao
T: 944 79 73 00
Fax: 944 15 29 67

Girona

Edifici Sèquia
Sèquia, 11
17001 Girona
T: 972 22 01 20
Fax: 972 22 22 45

Las Palmas de Gran Canaria

Edificio San Marcos
Dr. Verneau, 1
35001 Las Palmas de Gran Canaria
T: 928 33 23 04
Fax: 928 31 91 92

Madrid

Paseo de la Castellana, 259 "C"
28046 Madrid
T: 91 456 34 00
Fax: 91 456 59 39

Málaga

Marqués de Larios, 12
29005 Málaga
T: 952 61 14 60
Fax: 952 30 53 42

Oviedo

Ventura Rodríguez, 2
33004 Oviedo
T: 985 27 69 28
Fax: 985 27 49 54

Palma de Mallorca

Edificio Ca'n de Segura
Avda. del Comte de Sallent, 2
07003 Palma de Mallorca
T: 971 72 16 01
Fax: 971 72 58 09

Pamplona

Edificio Iruña Park
Arcadio M. Larraona, 1
31008 Pamplona
T: 948 17 14 08
Fax: 948 17 35 31

San Sebastián

Avenida de la Libertad, 17-19
20004 San Sebastián
T: 943 42 22 50
Fax: 943 42 42 62

Sevilla

Edificio Menara
Avda. Buhaira, 31
41018 Sevilla
T: 954 93 46 46
Fax: 954 64 70 78

Valencia

Edificio Condes de Buñol
Isabel la Católica, 8
46004 Valencia
T: 963 53 40 92
Fax: 963 51 27 29

Vigo

Arenal, 18
36201 Vigo
T: 986 22 85 05
Fax: 986 43 85 65

Zaragoza

Centro Empresarial de Aragón
Avda. Gómez Laguna, 25
50009 Zaragoza
T: 976 45 81 33
Fax: 976 75 48 96

kpmg.es



© 2018 KPMG Abogados S.L., sociedad española de responsabilidad limitada y miembro de la red KPMG de firmas independientes, miembros de la red KPMG, afiliadas a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza. Todos los derechos reservados.

KPMG y el logotipo de KPMG son marcas registradas de KPMG International Cooperative ("KPMG International"), sociedad suiza.

La información aquí contenida es de carácter general y no va dirigida a facilitar los datos o circunstancias concretas de personas o entidades. Si bien procuramos que la información que ofrecemos sea exacta y actual, no podemos garantizar que siga siéndolo en el futuro o en el momento en que se tenga acceso a la misma. Por tal motivo, cualquier iniciativa que pueda tomarse utilizando tal información como referencia, debe ir precedida de una exhaustiva verificación de su realidad y exactitud, así como del pertinente asesoramiento profesional.