

Jurisprudencia

Reseña jurisprudencial e-Dictum 73

Por María Luisa Sánchez Paredes, profesora doctora de Derecho Mercantil. Universidad CEU San Pablo.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1951/2015] DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Contrato de compraventa de participaciones preferentes canjeadas obligatoriamente por acciones: la venta de las acciones obtenidas tras el canje obligatorio no priva de legitimación a los inversores para ejercitar la acción de anulabilidad, y tampoco cabe considerar que se haya extinguido la acción de nulidad contractual. El canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje no suponen confirmación o convalidación del contrato viciado por error en el consentimiento.

«Dña. Lorenza y D. Juan Francisco realizaron tres adquisiciones de participaciones preferentes de Catalunya Caixa:

El 2 de septiembre de 1999, por importe de 48.000 €.

El 26 de junio de 2009, por importe de 2.000 €.

El 1 de junio de 2011, por importe de 3.000 €.

2. Tales participaciones preferentes fueron canjeadas obligatoriamente por acciones de Catalunya Banc S.A., en cumplimiento de la Resolución de 7 de junio de 2013, de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, por la que se acuerda implementar acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada en ejecución del Plan de Resolución de Catalunya Banc, SA, aprobado el 27 de noviembre de 2012 por el FROB y el Banco de España y el 28 de noviembre de 2012 por la Comisión Europea.

Tras el canje obligatorio, las acciones adquiridas podían ser vendidas voluntariamente al Fondo de Garantía de Depósitos entre el 17 de junio y el 12 de julio de 2013. Los Sres. Lorenza y Juan Francisco optaron por la venta, tras la cual la pérdida de su inversión quedó en 18.680,28€.

3. Los Sres. Lorenza y Juan Francisco interpusieron una demanda de juicio ordinario contra Catalunya Banc S.A., en la que solicitaron que se declarase la nulidad de los contratos de adquisición antes indicados y se condenara a la

demandada a abonarles 18.680,28€, menos el importe de los rendimientos producidos por las participaciones preferentes.

4. Opuesta a tales pretensiones la entidad financiera, el juzgado dictó sentencia en la que estimó la demanda y condenó a la entidad financiera a indemnizar los daños y perjuicios causados por defecto de asesoramiento en la inversión, que cifró en 18.680,28€.

5. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso, al considerar, resumidamente, que: (i) la sentencia de primera instancia había incurrido en incongruencia, al conceder una indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad contractual que no había sido solicitada en la demanda; (ii) tras el canje de las participaciones preferentes por acciones y la posterior venta de las acciones obtenidas, la acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento quedó extinguida, y los demandantes carecen de legitimación activa para ejercitarla. Como consecuencia de lo cual, al estimar el recurso de apelación formulado por la entidad financiera, desestimó la demanda.

SEGUNDO. Recurso de casación. Planteamiento. Admisibilidad. Resolución conjunta de los dos motivos

1. El recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.2-3º LEC y se formula en dos motivos.

En el primer motivo se denuncia la infracción del art. 1303 CC y la jurisprudencia que lo interpreta. En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe el precepto citado porque la venta de las acciones obtenidas tras el canje de las participaciones preferentes no impide la acción de nulidad, y es posible la recíproca restitución de las prestaciones.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 1307 CC, por considerar que la falta de tenencia material de los títulos no impide ni imposibilita la declaración de nulidad contractual.

2. Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alega la inadmisibilidad de los dos motivos en que se basa, ya que no se argumenta realmente en qué han consistido las infracciones legales denunciadas.

Dicha oposición a la admisibilidad de los motivos no puede prosperar. Con independencia de que la técnica procesal sea más o menos depurada, lo cierto es que en el recurso de casación se identifican, tanto en el encabezamiento como en el desarrollo ulterior, las normas jurídicas sustantivas que se consideran infringidas y se explica razonadamente en qué consiste dicha vulneración. En resumen, se mantiene que la venta de las acciones obtenidas tras el canje obligatorio no priva de legitimación a los inversores para ejercitar la acción de anulabilidad y que es posible la restitución de las prestaciones.

3. Para un mejor análisis y resolución del recurso de casación, se considera conveniente la resolución conjunta de los dos motivos de casación, al referirse ambos a cuestiones jurídicas interconectadas que deben resolverse de consuno.

TERCERO. Legitimación activa tras el canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje

1. El problema de la legitimación activa tras el canje obligatorio de las participaciones preferentes y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos ha sido tratado por esta sala en las sentencias 448/2017, de 13 de julio, y 580/2017, de 25 de octubre. Dijimos en dichas resoluciones que no puede considerarse, con fundamento en el art. 1307 CC, que la venta voluntaria de las acciones objeto de canje obligatorio prive a los adquirentes de los títulos canjeados de su acción de anulabilidad.

Las participaciones preferentes salieron del patrimonio de los recurrentes en el momento del canje obligatorio, por lo que ya desde esa fecha no era posible su restitución en ejecución de una eventual sentencia que declarara la nulidad del negocio originario de adquisición. De manera que la posterior aceptación de la oferta de adquisición del FGD no añadió nada a dicha imposibilidad de restitución, puesto que los títulos ya habían salido del patrimonio de los adquirentes, no por su voluntad, sino por imposición administrativa anterior a la aceptación de la oferta de compra de las acciones. La cual, por cierto, no se hizo conforme a un precio negociado, y ni siquiera de mercado, sino conforme al precio fijado por un experto designado por el FGD, en el marco de la intervención administrativa de la entidad emisora y comercializadora.

Ahora bien, el art. 1307 CC no priva de la acción de anulabilidad al contratante afectado por un vicio determinante de tal nulidad, sino que únicamente, ante la imposibilidad de restitución por pérdida de la cosa, modula la forma en que debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones. Y a esa modulación se adaptaron lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia de primera instancia.

2. Tampoco cabe considerar que, conforme al art. 1314 CC, se haya extinguido la acción de nulidad contractual. A tenor del primer párrafo de dicho precepto, se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa que constituya su

objeto se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitarla. Y no puede considerarse que los recurrentes, por el hecho de efectuar el canje obligatorio y vender posteriormente las acciones hubieran perdido la cosa (las participaciones preferentes) por dolo o culpa. Es más, dicha pérdida ni siquiera le es imputable, en cuanto que vino impuesta por el FROB y por las propias circunstancias económicas de la entidad emisora/comercializadora: o vendían con pérdida o no recuperaban nada de lo invertido.

CUARTO. El canje obligatorio y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje no suponen confirmación o convalidación del contrato viciado por error en el consentimiento

1. La cuestión de la posible confirmación o convalidación de la nulidad por el posterior canje de las participaciones preferentes y las obligaciones subordinadas inicialmente adquiridas por acciones de la misma entidad emisora y la ulterior venta de tales acciones ha sido tratada por las sentencias de esta sala 57/2016, de 12 de febrero; 589/2016, de 30 de septiembre; 605/2016, de 6 de octubre; 614/2016, de 7 de octubre; 448/2017, de 13 de julio; y 580/2017, de 25 de octubre. En las que dijimos que no cabe considerar que la nulidad del consentimiento quedara posteriormente sanada o convalidada por el canje de los títulos por acciones, puesto que el error ya se había producido y los clientes, ante el riesgo cierto que suponía que la entidad emisora no tenía la solvencia que manifestaba, aceptó dicho canje y posterior venta de las acciones obtenidas a fin de intentar incurrir en las menores pérdidas posibles.

2. El canje obligatorio impuesto por el FROB no es, desde luego, un acto facultativo que quepa atribuir a la mera voluntad de la recurrente.

Igualmente, la aceptación de la oferta de adquisición de las acciones recibidas a cambio de las participaciones preferentes no integra un acto voluntario en sentido estricto, puesto que, en realidad, no existía otra alternativa razonable para los adquirentes, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad intervenida. Además, no puede tenerse por acto propio de sentido confirmatorio inequívoco la venta posterior de las acciones al FGD.

Las circunstancias concurrentes, relativas a la imposición a la adquirente por disposición administrativa, adoptada en el marco de la intervención de la entidad demandada, de la transmisión de los títulos de participaciones preferentes y de la reinversión de lo obtenido en acciones no negociables de Catalunya Banc S.A., seguida de la aceptación de la oferta para su adquisición efectuada por el FGD, impiden considerar que nos encontremos ante un supuesto de confirmación tácita, en los términos del ya citado art. 1311 CC. Resulta palmario que a quien se le impuso administrativamente canjear sus participaciones preferentes por acciones no pueda imputársele posteriormente la realización de un acto propio en sentido jurídico (es decir,

voluntario y dirigido a causar estado), ni tampoco que dicho acto impuesto revele de forma inequívoca una determinada voluntad.

QUINTO. Asunción de la instancia. Inexistencia de caducidad de la acción. Error vicio del consentimiento

1. Lo hasta ahora expuesto conlleva la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la asunción de la instancia, a fin de resolver los motivos de apelación que no fueron resueltos por la Audiencia Provincial al apreciar la falta de acción: caducidad de la acción y error vicio en el consentimiento.

2. En cuanto al error vicio del consentimiento, hemos dicho en múltiples resoluciones, que por reiteradas y conocidas es ocioso citar, que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

3. En este caso, como correctamente afirma la sentencia de primera instancia, no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos del producto; ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en los arts. 79 y 79 bis LMV y en el RD 629/1993. Tampoco consta que se hiciera un estudio previo del perfil inversor de los clientes, o que se considerase si la inversión en participaciones preferentes era adecuada a dicho perfil.

4. Como consecuencia de lo cual, debe estimarse en parte el recurso de apelación, en cuanto que la sentencia de primera instancia incurrió en incongruencia, al condenar por daños y perjuicios y no por nulidad. Pero ello no impide su confirmación, en cuanto que lo que hizo fue desestimar la causa de pedir, pero estimar la pretensión, al conceder la cantidad en que se había concretado la pérdida de los demandantes menos los rendimientos percibidos.

Como dijimos en la sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, no cabe duda de que un vicio del consentimiento, como es el error, debe dar lugar a una declaración de nulidad y no de resolución contractual. Al no hacerlo así, pese a lo solicitado en la demanda, la sentencia incurrió en incongruencia, pero no causó indefensión a la parte demandada, que se pudo defender de la alegación del vicio en el consentimiento. Y lo que es más relevante, la sentencia acabó dando lugar a la misma pretensión solicitada».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1164/2015] DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Concurso de acreedores: clasificación de créditos. El crédito cedido a Sareb no podrá calificarse como subordinado en el concurso del deudor, salvo que la cesión del crédito se realizara después de que se hubiera calificado el crédito como subordinado, en cuyo caso se mantendrá esta calificación. Para que opere esta salvedad, lo relevante es que la administración concursal ya haya calificado el crédito como subordinado en la lista de acreedores y que haya precluido la posibilidad de rectificar esta calificación, de acuerdo con las reglas concursales de reconocimiento y clasificación de créditos. De este modo, cuando ya no sea posible modificar la calificación de los créditos, por haber devenido firme la lista de acreedores, si el crédito cedido aparece calificado como crédito subordinado, habrá que estar a esta calificación.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

NCG Banco, S.A. había concedido, entre 2006 y 2009, nueve préstamos con garantía hipotecaria a la sociedad Ramiterra, S.A.

Declarado el concurso de acreedores de Ramiterra, la administración concursal comunicó, el 19 de noviembre de 2011, a NCG Banco que su crédito iba a ser reconocido como crédito concursal subordinado, sin que el banco manifestara su oposición. Más tarde, la administración concursal aportó la lista de acreedores, junto con su informe, en la que se otorgaba esa clasificación de subordinado al crédito de NCG Banco, el 30 de noviembre de 2012.

El 21 de diciembre de 2012, NCG Banco transmitió a Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración

Bancaria (Sareb) los reseñados créditos hipotecarios frente a Ramiterra.

Luego, el 22 de enero de 2013, se notificó a las partes personadas en el concurso el informe de la administración concursal de 30 de noviembre de 2012 y los documentos anexos, entre los que estaba la lista de acreedores.

Ni Sareb ni NCG Banco impugnaron la lista de acreedores.

El 22 de marzo de 2013 se aprobó el Real Decreto Ley 6/2013, cuya disposición final tercera modificaba la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, para añadir a su art. 36.4, entre otras, la siguiente previsión: «h) Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación».

El 20 de mayo de 2013, Sareb presentó un escrito en el juzgado que tramita el concurso en el que pedía la reclasificación de su crédito, para que dejara de ser subordinado y se le reconociera el privilegio especial que le conferían las garantías hipotecarias. Sareb entendía que los créditos le habían sido transmitidos antes de que se hubiera realizado la subordinación de los créditos. Esta pretensión fue denegada por el juzgado, mediante auto de 12 de noviembre de 2013, que además acordó la extinción de las garantías hipotecarias.

Sareb presenta una demanda de incidente concursal por la que formula lo que denomina «impugnación de los textos definitivos», al amparo de lo dispuesto en el art. 97 bis 2 de la Ley Concursal. A su juicio, la entrada en vigor del Decreto Ley 6/2013 obligaba a reclasificar, con efectos desde su entrada en vigor, los créditos cedidos a Sareb que hubieran sido calificados como subordinados con posterioridad a la transmisión. Advierte que a la fecha en que se le notificó la calificación provisional de su crédito, no podía impugnarlo. Ha sido después de la entrada en vigor de la disposición final 3ª del Decreto Ley 6/2013, que le habilita para instar la recalificación, cuando lo ha hecho.

Esta pretensión ha sido desestimada tanto en primera instancia, por el juez del concurso, como en apelación por la Audiencia Provincial que conoció del recurso.

La Audiencia entiende que cuando se transmitieron los créditos hipotecarios a Sareb, ya habían sido reconocidos y clasificados como créditos subordinados, razón por la cual, de acuerdo con la disposición final 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, debía mantenerse esa clasificación.

Frente a la sentencia de apelación, Sareb formula recurso de casación, articulado en un único motivo.

En contra de lo objetado por la parte recurrida, que incurre en el defecto -que raya en un abuso procesal- de formular causas de inadmisión inexistentes antes de oponerse al motivo de casación, el recurso justifica el interés casacional.

La norma que se aduce infringida, el art. 36.4.h) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, fue introducida por el Decreto Ley 6/2013, de 22 de marzo. Se trata de un precepto legal que, cuando se interpuso la demanda que lo invocaba como justificación de la pretensión de recalificación de los créditos, llevaba menos de cinco años de vigencia y no existe jurisprudencia que lo interprete. Conforme al art. 477.3 LEC, en estos casos debe entenderse que sí existe interés casacional.

SEGUNDO. Recurso de casación

Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 36.4.h) de la Ley 9/2012, conforme al cual, «la subordinación de los créditos cedidos a Sareb debe entenderse que se produce tras notificársele a las partes el informe de la administración concursal y no antes».

En el desarrollo del motivo se razona que el art. 36.4.h) de la Ley 9/2012 contiene un privilegio a favor de Sareb, «para proteger el precio de adquisición pagado por los activos financieros tóxicos o problemáticos de las entidades financieras españolas, sufragado en gran parte con fondos públicos». Este privilegio consiste en que los créditos adquiridos en el concurso del deudor no pueden ser calificados como subordinados, si bien establece una salvedad a esta regla: que la clasificación del crédito como subordinado fuera anterior a la cesión de los créditos, pues en estos casos se conservará la clasificación (clasificación).

El recurso considera que en nuestro caso no cabe entender que la clasificación se hubiera realizado antes de la adquisición, pues fue notificada después. En concreto, el informe provisional, que incorporaba como anexo la clasificación de créditos en la que se subordinaban los créditos de NCG Banco, fue admitido a trámite el 17 de enero de 2013, 25 días después de que se hubiera realizado la cesión de estos créditos a Sareb.

A juicio del recurso, la disposición final 3ª que introdujo la letra h) del art. 36.4 de la Ley 9/2012 constituye una regla especial que permite recalificar el crédito.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Desestimación del motivo. La disposición final 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, incorporó la letra h) al art. 36.4 de la Ley 9/2012, que prescribe lo siguiente: «h) Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual

concurso del deudor, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación».

La norma protege los créditos cedidos a Sareb de una eventual subordinación en el concurso de acreedores del deudor. Se pretende dejar sin efecto, en estos casos, la regla contenida en el apartado 3 del art. 93 LC que, después de enumerar en los dos primeros apartados qué personas pueden ser consideradas especialmente relacionadas con el deudor, para que opere la subordinación del art. 92-5º LC, dispone lo siguiente: «3. Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso».

La resolución del presente recurso requiere que primero hagamos una interpretación general de la norma del art. 36.4.h) Ley 9/2012; y después una particular de su aplicación transitoria al presente caso.

La norma del art. 36.4.h) Ley 9/2012 contiene una regla general y una salvedad. La regla general es que el crédito cedido a Sareb no podrá calificarse como subordinado en el concurso del deudor. La salvedad es que, si la cesión del crédito se realiza después de que se hubiera calificado el crédito como subordinado, se mantendrá esta calificación.

Para que opere esta salvedad, lo verdaderamente relevante es que la administración concursal ya haya calificado el crédito como subordinado en la lista de acreedores incorporada como anexo al informe del art. 76 LC y que haya precluido la posibilidad de rectificar esta calificación, de acuerdo con las reglas concursales de reconocimiento y clasificación de créditos.

Y al respecto conviene advertir que, contrariamente a lo aducido en el recurso, la disposición final 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, no contiene ninguna norma especial respecto de la regla de preclusión derivada de la falta de impugnación de la lista de acreedores prevista del art. 97 LC, que permita instar la recalificación del crédito.

Esto explica que, en el presente caso, pese a que cuando se hizo la cesión de créditos a Sareb todavía no había sido notificada la presentación del informe provisional con la lista de acreedores, y por lo tanto cabía su impugnación, luego no era definitiva la calificación de los créditos cedidos como subordinados, en aquel momento todavía no se había promulgado el RDL 6/2013, de 22 de marzo. De tal forma que cuando quiso aplicarse la norma contenida en el art. 36.4.h) Ley 9/2012, ya había precluido la posibilidad de modificar la calificación del crédito.

En este sentido debe interpretarse la salvedad contenida en el último inciso de del art. 36.4.h) Ley 9/2012: cuando ya no sea posible modificar la calificación de los créditos, por haber devenido firme la lista de acreedores, si el crédito cedido aparece calificado como crédito subordinado, habrá que estar a esta calificación».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 888/2015] DE 18 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Contrato de opción de venta sobre acciones. La empresa de servicios de inversión tiene la obligación de facilitar al cliente la información que le impone la normativa. Para que pueda excluirse la existencia de error vicio o considerar que fue inexcusable no basta con que el cliente tenga conocimientos generales del mundo de la empresa por su condición de gerente o representante legal de la empresa, sino que son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos. Además, aunque la falta de realización de los test de conveniencia y de idoneidad no determina, por sí sola, el error vicio en el consentimiento prestado, sí que incide en la presunción del mismo.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad de un contrato denominado de «venta put con barrera desactivante sobre acciones BBVA», por vicio en el consentimiento prestado por el cliente; así como la nulidad, con idéntico fundamento, del contrato de pignoración de acciones que le acompañaó.

De los hechos acreditados en la instancia, deben destacarse los siguientes.

El producto financiero fue ofertado por la entidad bancaria.

Las condiciones del contrato fueron confirmadas vía telefónica.

No se suscribió, ni se entregó, ejemplar del contrato marco de operaciones financieras (CMOF).

No se realizaron los test de conveniencia y de idoneidad.

La empresa carecía de departamento financiero y tenía una cartera de renta variable constituida por acciones de BBVA, Banco Santander y Telefónica.

El representante legal de la empresa y accionista mayoritario, el Sr. Pedro Francisco, tenía estudios primarios.

Desde que se suscribió el contrato, julio de 2008, hasta la fecha del vencimiento del mismo, junio de 2012, no existió comunicación alguna acerca de la evolución del producto financiero suscrito.

En síntesis, la empresa Agencia de Transportes Santamaría S.A., cliente de BBVA, suscribió con dicho banco, previo su ofrecimiento, un contrato de venta de put con barrera

desactivante sobre acciones de dicha entidad, con un nomenclador de 800.000€, con fecha de inicio del mismo día de suscripción y fecha de ejercicio de la opción de 18 de junio de 2012. Dicha venta tenía una barrera desactivante continua del 112% del precio de referencia inicial, con el ejercicio automático de la opción si a fecha del ejercicio el precio de referencia o precio oficial de cierre de la acción subyacente era menor que el precio de ejercicio por acción o precio de referencia inicial. Todo ello con la contraprestación a la venta de una prima de 36.030€, que la entidad bancaria hizo efectiva el 20 de junio de 2008.

El 18 de junio de 2012, fecha de vencimiento del contrato, el BBVA procedió a ejercitar la opción de venta de las acciones por un precio de 5,03€ por acción, frente a los 13,16€ de cotización de las acciones en el momento de suscripción del contrato, con una pérdida de la inversión realizada por el cliente de 494.224,92€.

En este contexto, la Agencia de Transportes Sanitaria S.A, presentó una demanda contra la entidad bancaria en la que solicitaba, de modo principal, la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos por ausencia de consentimiento y subsidiariamente, la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento otorgado y, en su caso, el incumplimiento contractual de la entidad bancaria y la correspondiente indemnización.

La entidad bancaria se opuso a la demanda y solicitó su desestimación.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad por error en el consentimiento prestado. En este sentido, de acuerdo a los antecedentes señalados, consideró que la información suministrada por la entidad bancaria fue insuficiente y defectuosa, tanto en cuanto a elementos esenciales como accesorios del contrato, habiendo generado un error como vicio esencial del consentimiento determinante de la nulidad del contrato de opción de venta sobre acciones, ya que la actora prestó su consentimiento en el entendimiento de que se trataba de una especie de depósito de sus acciones, sin riesgo alguno, percibiendo a cambio una prima al inicio del contrato en lugar de al vencimiento del mismo.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia estimó dicho recurso y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, consideró que la entidad bancaria había cumplido con su obligación de información en atención a la experiencia inversora del cliente que pudo formar su consentimiento con conocimiento de causa. Por otra parte, consideró irrelevante en el presente caso que no se hubiese suscrito, ni entregado, el contrato marco de operaciones financieras (CMOF), y que no se hubiesen realizado los test de conveniencia y de idoneidad.

Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO. Producto financiero complejo. Contrato de venta de put con barrera desactivante sobre acciones. Obligaciones de información. Error vicio en el consentimiento prestado. Doctrina jurisprudencial aplicable.

La demandante, al amparo del ordinal 3º del art. 477. 2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En los dos primeros motivos del recurso la recurrente, con cita, entre otras, de las SSTs de 20 de enero de 2014 y 17 de febrero de 2014, denuncia la infracción de los arts. 1265, 1266, 1269 y 1270 del Código Civil con relación a la existencia del error vicio en el consentimiento, así como la infracción de los arts. 79 y 79 bis LMV, del art. 64 del RD 217/2008, todo ello con relación al incumplimiento de los deberes de información y su incidencia en el error vicio del consentimiento prestado.

Se procede al examen conjunto de dichos motivos por su conexión en la ratio decidendi del presente caso.

Los motivos deben ser estimados.

En el presente caso resulta indiscutida la naturaleza compleja del producto ofertado, así como la aplicación de la normativa MiFID.

En esta línea, constituye jurisprudencia constante de esta sala que tanto bajo la normativa MiFID (en concreto el art. 79 bis. 3 LMV), como en la pre-MiFID (el art. 79 LMV y el Real Decreto 62911993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 55912015, de 27 de octubre).

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que

le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debía haber tomado la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

En el presente caso, debe concluirse que la entidad financiera no cumplió con los deberes de información de los riesgos concretos que podían derivarse del funcionamiento del producto financiero. En este sentido, de acuerdo con los antecedentes destacados, la sentencia de la Audiencia no deja constancia de que los riesgos derivados del contrato objeto de la litis fuesen conocidos por el cliente, especialmente respecto de la posibilidad de una pérdida significativa de la inversión realizada.

Además, como hemos señalado en las sentencias 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre y 33/2016, de 19 de mayo, entre otras, hay que resaltar que no basta, por sí solo, con que el cliente tenga conocimientos generales del mundo de la empresa, por su condición de gerente o representante legal de la empresa, para que pueda excluirse la existencia del error y, en su caso, considerar que el mismo fue inexcusable, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos. Conocimientos necesarios que tampoco pueden presumirse de una anterior actividad inversora del cliente (cartera de renta variable de acciones de la propia entidad) que no puede resultar asimilada a la complejidad del producto objeto de la presente litis.

Por último, aunque la falta de realización de los test de conveniencia y de idoneidad no determina, por sí sola, el error vicio en el consentimiento prestado, sí que incide en la presunción del mismo.

La estimación de los motivos examinados comporta la estimación del recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen del motivo tercero del recurso.

En consecuencia, tras la estimación del recurso de casación procede casar y anular la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de la demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra la sentencia de primera instancia, que se confirma».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1195/2015] DE 19 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Ignacio Sancho Gargallo]

Contrato de seguro: consecuencias del impago de la prima en los casos de fraccionamiento del pago. La prima debe entenderse impagada cuando se haya fraccionado el pago y se deje de pagar el primer fraccionamiento a su vencimiento, y sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento, de modo que desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se

suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en ese tiempo la aseguradora no hubiera reclamado la prima.

«Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Simón concertó un seguro de vía con la compañía de seguros Winthertur Vida Sociedad Anónima de Seguros, el día 18 de abril de 2002. La cobertura del riesgo comenzaba el día 1 de mayo de 2002. El riesgo asegurado era el fallecimiento del tomador del seguro, el Sr. Simón, y la suma asegurada pactada era 60.101,21 euros. Los beneficiarios del seguro eran la esposa del Sr. Simón, Sacramento, y sus hijos, Valentina y Fernando.

Para el pago de la prima se convino su domiciliación en la cuenta NUM000, del BSCH, titularidad del Sr. Simón. Se pactó el fraccionamiento de la prima en dos pagos semestrales, el primero antes del comienzo del primer semestre y el segundo antes del comienzo del segundo semestre.

Para el pago de la primera prima, la del año 2002, la compañía de seguro pasó el recibo del primer fraccionamiento a la cuenta designada para su pago, el día 6 de mayo de 2002, y el segundo el día 4 de noviembre de 2002. Los recibos correspondientes a los fraccionamientos de la prima del año 2003 se pasaron a la cuenta designada los días 5 de mayo de 2002 y 4 de noviembre de 2003. Este último recibo fue cargado en la cuenta, a pesar de que el saldo era negativo.

Por lo que respecta al año 2004, la aseguradora pasó al cobro el primer fraccionamiento de la prima el día 4 de mayo de 2004. Esta cantidad inicialmente fue cargada en la cuenta designada, a pesar de que el saldo era negativo. Pero unos días después, el 13 de mayo de 2004, fue anulado el pago.

Más tarde, el día 5 de julio de 2004, falleció Adriano.

En la demanda que dio inicio al presente procedimiento, los beneficiarios de la póliza de seguro de vida (la viuda y los dos hijos del tomador) reclamaban de la compañía el pago de la suma asegurada.

La sentencia dictada en primera instancia acogió el motivo de oposición aducido por la aseguradora demandada y desestimó la demanda. El juzgado consideró de aplicación lo previsto en el art. 15.2 LCS. Como el fallecimiento se produjo transcurrido un mes desde que el primer fraccionamiento de la prima de 2004 fuera impagado, estaba suspendida la cobertura del seguro, por lo que la demandada no estaba obligada a pagar la suma asegurada.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia desestimó el recurso y ratificó el criterio seguido por el juzgado: «Esta Sala ha de compartir el criterio expuesto en la resolución

recurrida. No solo el inicial abono por el banco y el rechazo posterior acredita una voluntad del titular de la cuenta de rechazar expresamente el pago del recibo, pues de otro modo no se entiende la actuación bancaria, sino que en modo alguno puede entenderse que el impago del primer periodo de fraccionamiento de la prima del año 2004 carezca de relevancia jurídica como parece sostenerse en el recurso, pues ha de concluirse que la obligación de pago en las condiciones pactadas fue voluntaria y conscientemente incumplida por el tomador, no habiéndose satisfecho ni parcialmente, ni retrasadamente tal obligación, lo que supone la suspensión de la cobertura una vez cumplido el primer mes desde el vencimiento conforme al Art 15.2 de la LCS».

La sentencia de apelación es recurrida en casación por los demandantes, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

Formulación del motivo. El motivo se funda en la «infracción de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 15.2 de la Ley 50/80, de 8 de febrero, de contrato de seguro en relación con el artículo 14 de dicha norma, por aplicación indebida, al desconocer la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de fechas 16 de septiembre de dos mil cuatro (...) y 22 de octubre de dos mil ocho (...)».

Y pide que se fije la siguiente doctrina jurisprudencial: «que el vencimiento de la prima periódica distinta de la inicial en el caso de haberse pactado su pago de forma fraccionada, se produce el día en que debe hacerse efecto el último pago fraccionado, y a partir de esa fecha, de no haberse hecho efecto el mismo o cualquiera de los pagos fraccionados anteriores, la cobertura del asegurador quedará suspendida durante un mes conforme dispone el apartado 2 del artículo 15 de la Ley del Contrato de Seguro, salvo que en las condiciones particulares y generales del contrato de seguro se hubiese establecido o regulado un régimen distinto de las consecuencias del impago de cualesquiera fracción conforme a la previsión contenida en el artículo 14 de dicha norma».

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

Desestimación del motivo. El motivo esgrimido, sin cuestionar la aplicación del art. 15.2 LCS al presente supuesto, se centra en la interpretación del precepto en los casos de fraccionamiento del pago de la prima. A juicio del recurrente, no existe impago de la prima hasta que no se deja de pagar la última fracción.

Esta cuestión relativa a la interpretación del art. 15.2 LCS ha sido resuelta por esta sala en una sentencia posterior al planteamiento del presente recurso. En concreto, en la sentencia 357/2015, de 30 de junio. Y la doctrina contenida en esa sentencia ha sido reiterada en otras posteriores, por

ejemplo, en la núm. 472/20015, de 10 de septiembre, que se refería a un seguro de vida en el que la prima impagada correspondía a la segunda anualidad.

En la sentencia núm. 357/2015, de 30 de junio, declaramos que cuando «se haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 LCS, sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento (...). A los efectos del art. 15.2 LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima».

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, en casos como el presente, en que se domicilió en una cuenta corriente designada por el tomador del seguro el pago de los fraccionamientos de la prima anual, «basta la acreditación de que el recibo fue cargado a la cuenta en que se domicilió el pago y que fue devuelto, para que podamos entender como momento del impago el del vencimiento de la prima, sin que sea necesario exigir la acreditación de la culpa del deudor» (sentencia 472/2015, de 10 de septiembre).

El rechazo del cargo, acaecido el día 13 de mayo de 2004, determinó el impago de la prima. Bajo la vigencia del art. 15.2 LCS, transcurrido un mes desde que debiera haberse pagado la prima, la cobertura del seguro quedó suspendida, sin que se cumplieran seis meses antes de que se produjera el siniestro, lo que hubiera determinado la extinción del seguro.

De este modo, bajo la lógica del art. 15.2 LCS, nos encontramos ante un siniestro acaecido cuando la cobertura del seguro estaba suspendida, con los consiguientes efectos, expuestos en la sentencia 357/2015, de 30 de junio: «A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que, acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que "La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado"».

Por todo lo cual, procede la desestimación del motivo, tal y como ha sido formulado.

La sala resuelve el recurso en los términos en los que ha sido planteado, esto es, en atención al concreto motivo de casación, sin que podamos tener en consideración otras razones que conllevarían la estimación parcial de la

demanda, porque no se plantearon ni en la instancia, ni, lo que ahora importa, en casación. En concreto que, como el impago de la prima es posterior a la segunda anualidad, debía regir la norma especial contenida para el seguro de vida en el art. 95 LCS, conforme a la cual el impago más que suspender la vigencia de la cobertura lo que conllevaba era la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores inserta en la póliza: «Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo dos del artículo quince sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza».

Pero insistimos en que los términos en que fue planteado el recurso de casación, la sala no puede aplicar de oficio este precepto y su consecuencia, sino que debe limitarse a dar respuesta al único motivo de casación y reiterar la jurisprudencia sobre el art. 15.2 LCS».

AUTO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 2543/2015] DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Marín Castán]

Contrato de seguro: distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura o delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. La delimitación del ámbito temporal y espacial de aplicación del seguro es materia objeto de cláusula de delimitación de cobertura, por lo que no necesita ser aceptada especialmente con la firma del tomador del seguro.

«El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio ordinario tramitado en atención a la cuantía, que se determinó en la cantidad de 30.000 euros, en el que la parte demandante, constituida por D. Vidal, que actuaba en su propio nombre y derecho y a su vez representando a D. Blas, D.ª Victoria y D.ª Daniela, pretendía que se condenase a la demandada Mapfre Familiar la pago de la cantidad de 30.000 euros, más intereses legales, en concepto de indemnización según el contrato de seguro de accidentes en el que la parte demandante era beneficiaria.

Se dictó sentencia en primera instancia desestimando la demanda. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, alegando error en la valoración de la prueba, e infracción del art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro en la calificación de la cláusula en la que se fundamentaba la negativa de la aseguradora al pago.

Se dictó sentencia de fecha 30 de junio de 2015 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, la cual desestimó el recurso, por considerar que la cláusula del contrato de seguro que establecía que el mismo tendría efecto en el territorio español, Andorra y en determinadas circunstancias en países que hubieran suscrito el convenio

multilateral de garantía y Gibraltar, era una cláusula delimitadora del riesgo, y no una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, como pretendía la demandante, lo que hacía innecesaria su aceptación especial con la firma del tomador del seguro. En consecuencia, habiendo ocurrido el siniestro en Marruecos, la aseguradora no estaba obligada a indemnizar.

El proceso fue tramitado en atención a la cuantía, siendo esta inferior a 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación habrá de efectuarse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

SEGUNDO. El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en un único motivo, enunciado como infracción del art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro, en relación con los arts. 1, 2 y 100 de la misma, y del art. 7 de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Se invoca como interés casacional la necesidad de que el Tribunal Supremo determine si toda cláusula referente al ámbito temporal o espacial del seguro debe ser considerada sin más como cláusula delimitadora del riesgo conforme a lo establecido en su día por la sentencia de esta Sala de fecha 11 de septiembre 2006.

TERCERO. Pues bien, a la vista de lo expuesto y pese a las manifestaciones de la parte recurrente tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, el recurso de casación no puede prosperar por no acreditar la concurrencia de interés casacional, al no justificar el recurso la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada, ni justificar la necesidad de establecer doctrina jurisprudencial o modificar la ya establecida al respecto, porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre esa determinada materia (art. 483.2-3º en relación con el art. 477.2.3º LEC).

El recurso cita, como ya se expuesto, varias sentencias de esta Sala (de fechas 7 de julio de 2006, 23 de diciembre de 2011, 11 de septiembre de 2006, 20 de abril de 2009, 7 de julio de 2006 y 20 de junio de 2000), en las que se define qué debe entenderse por cláusulas delimitadoras del riesgo y por cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, detallando los requisitos y condiciones que deben reunir cada una de ellas.

La cuestión objeto de litigio en el presente caso era si la limitación espacial de vigencia del contrato de seguro de accidentes a determinados países debía considerarse incluida en una cláusula delimitadora del riesgo por el contrario en una cláusula limitativa de los derechos, en cuyo caso debió haber sido aceptada expresamente con la firma del tomador, lo que no había ocurrido.

Más precisamente, la póliza contemplaba que sólo se encontraba cubierto el siniestro en el territorio español,

Andorra y en determinadas circunstancias países que hubieran suscrito el convenio multilateral de garantía y Gibraltar. Sin que el territorio de Marruecos, en el que ocurrió el accidente, estuviera comprendido entre aquellos.

Al contrario de lo que afirma el escrito de interposición del recurso, la cuestión ya ha sido claramente resuelta por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que no ha sido vulnerada ni desconocida por la sentencia recurrida. Las propias sentencias invocadas por la parte recurrente expresan claramente que las cláusulas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial son cláusulas delimitativas (así, la sentencia n.º 853/2006, de 11 de septiembre, del Pleno de la Sala, en su fundamento de Derecho tercero, citando otras).

Resoluciones posteriores de esta Sala han reiterado el anterior criterio, como ejemplifica la sentencia n.º 498/2016, de 19 de julio, que en su fundamento de Derecho sexto contiene una exposición detallada del estado de la cuestión objeto de recurso, esto es, de la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro. Dicha sentencia reconoce que las fronteras entre ambas clases de cláusulas no son siempre claras, e incluso que existen supuestos en los que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado. Pero en relación al supuesto que es objeto del presente recurso, reitera y precisa lo siguiente:

«[...] 2.- Las SSTs de 20 julio de 2011, Rc. 819/2008 y 30 de noviembre de 2011, Rc. 2230/2008, afirman que: "Sobre la distinción entre cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo se ha pronunciado la sentencia de 11 de septiembre de 2006, del Pleno de la Sala, dictada con un designio unificador, la cual, invocando la doctrina contenida en las SSTs de 16 octubre de 2000, RC n.º 3125/1995, 2 de febrero de 2001, 14 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2006, seguida posteriormente, entre otras, por las de 12 de noviembre de 2009, RC n.º 1212/2005, 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2009 y 1 de octubre de 2010, RC n.º 2273/2006, sienta una doctrina que, en resumen, considera delimitadoras del riesgo las cláusulas que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado".

Sentencias posteriores, como la número 82/2012, de 5 marzo, afinando más sobre la delimitación del riesgo, entienden que: "debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y

concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes)" [...].».

A lo ya expuesto ha de añadirse que el escrito de interposición del recurso no precisa por qué considera que la concreta cláusula en el contrato objeto del proceso es diferente, extraordinaria o sorpresiva frente a la generalidad de los supuestos, para los que esta Sala ha considerado que la delimitación del ámbito temporal y espacial de aplicación del seguro es materia objeto de cláusula de delimitación de cobertura. Ni indica en qué sentido interesa que se dicte la doctrina innovadora o aclaratoria que fundamenta el pretendido interés casacional.

En la póliza suscrita con la demandada se describía el ámbito espacial del seguro en el condicionado general, y se especificaba que sólo en el caso de abono de un suplemento especial se ampliaría la cobertura a siniestros producidos fuera de los países indicados. Dado que Marruecos no estaba incluido en aquellos países, y no se produjo el abono del suplemento especial, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación consideraron, aplicando la doctrina de esta Sala tanto en lo relativo a la calificación de la cláusula como a los requisitos para su validez frente al asegurado, que el siniestro que se produjo no estaba cubierto por la póliza.

CUARTO. Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1260/2015] DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Doctrina del levantamiento del velo como excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos: abuso de la personalidad mediante una sucesión de empresa destinada a defraudar o perjudicar el legítimo cobro de los acreedores.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad para defraudar a los acreedores y, en consecuencia, la procedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

En síntesis, la entidad Aleppo Castilian S.L. (en adelante, Aleppo), sociedad beneficiaria de la escisión parcial de la sociedad Tarvi Proyectos Inmobiliarios S.L. (en adelante, Tarvi), presentó una demanda en la que solicitó el pago, conjunto y solidario, de la cantidad de 572.585,88€ a la entidad Proyectos Internacionales de Hostelería Ansa S.L. (en adelante Ansa), sociedad en proceso de liquidación desde el 23 de febrero de 2011, y a la entidad Furayat II

Internacional S.L (en adelante, Furayat). En dicha demanda relató que, en su día, Tarvi fue contratada por Ansa para la realización de unas obras de adaptación y remodelación de una sala de fiestas de la que era arrendataria. De forma que, tras la finalización de dichas obras, con su correspondiente recepción, quedó pendiente de cobro la citada cantidad de 572.585,88€, que ha resultado impagada hasta la fecha. También resaltó que se había producido una clara sucesión de empresas entre Ansa y Furayat, puesto que ambas, en un corto espacio de tiempo, coincidieron en domicilio y objeto social o actividad de explotación, siendo determinante la intervención del Sr. Edemiro, antiguo socio de Ansa y persona que encargó las obras, y actual administrador único de Furayat. Por último, en los fundamentos de derecho, alegó la existencia de un uso abusivo de la personalidad jurídica en perjuicio de acreedores, en tanto en cuanto el socio mayoritario de Ansa, el citado Sr. Edemiro, procedió al vaciamiento de actividad y bienes de esta sociedad, para continuar con la misma actividad y explotación por medio de la constitución de la nueva sociedad y eludir, de este modo, la responsabilidad de los pagos debidos por la primera entidad que estaba sujeta a liquidación.

Ansa, en la contestación a la demanda, negó tener conocimiento de dicha deuda y alegó que en la situación de liquidación en la que se encontraba le era imposible conocer el estado real de las deudas impagadas

Por su parte, Furayat negó relación alguna con Ansa, y que se hubiera producido la sucesión de empresa y el empleo abusivo de la personalidad jurídica para perjudicar a los acreedores.

Como hechos relevantes acreditados en la instancia, deben señalarse los siguientes.

La realización de la obra por encargo directo del Sr. Edemiro cuando era socio mayoritario de Ansa y su compromiso verbal de hacerse cargo del pago si la entidad finalmente no lo hiciera.

La asunción, por parte del Sr. Edemiro, del pago pendiente a proveedores y suministradores que habían sido originariamente de Ansa, para continuar la explotación económica del negocio por medio de Furayat.

La constitución por el Sr. Edemiro, tras solo dos meses de su cese como liquidador de Ansa, de la nueva sociedad Furayat, de la que es administrador único y socio mayoritario.

La transmisión de la licencia de explotación que tenía la sociedad Ansa en favor de la nueva sociedad.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a ambas entidades al pago, conjunto y solidario, de la cantidad reclamada. En síntesis, consideró que Furayat era una empresa continuadora de la explotación de Ansa, administrada de forma exclusiva por el mismo comitente de las obras cuyo impago había sido reconocido, por lo que las

obras habían quedado en el local y representaban un claro beneficio en provecho de Furayat.

Interpuestos recursos de apelación por las codemandadas, la sentencia de la Audiencia acordó su desestimación y confirmó la sentencia de primera instancia. En síntesis, a los efectos que aquí interesan, consideró que en la práctica se había producido una subrogación que podría encuadrarse en la novación subjetiva por vía de una cesión del contrato. De forma que, al sucederse en la explotación de un mismo negocio de espectáculos, las sociedades demandadas se beneficiaron del resultado de las obras de remodelación que realizó la parte demandante. Por lo que la deuda era exigible a ambas sociedades en virtud de la subrogación operada.

Frente a la sentencia apelada, la codemandada Furayat interpone recurso de casación.

Recurso de casación

SEGUNDO. Contrato de obra. Reclamación de deuda. Levantamiento del velo. Abuso de personalidad societaria para defraudar a terceros. Sucesión de empresa. Doctrina jurisprudencial aplicable.

Furayat, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en dos motivos.

En el motivo primero, denuncia la infracción del art 1257 Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que recoge el principio de relatividad contractual contenida, entre otras, en las sentencias de 15 de marzo de 2007, 19 de junio de 2006, 22 de febrero de 2012, 28 de marzo de 2012, 11 de abril de 2011, 13 de diciembre de 2012, 13 de abril de 2011 y 25 de febrero de 2013. En su desarrollo sostiene que no hay ninguna circunstancia que explique la aplicación al presente caso de la doctrina que flexibiliza el principio de relatividad ya que se da en supuestos de venta o transmisión mediante negocio jurídico expreso y, en nuestro caso, nada de esto se ha producido, en orden a justificar la condena a la sociedad ahora recurrente a pagar un crédito derivado de un contrato respecto del que es un tercero completamente extraño a los contratantes intervinientes en el contrato de arrendamiento de obra, cuyo pago se reclama en la demanda. Añade que el contrato de ejecución de obra afecta exclusivamente a las partes que lo celebraron, sin que hubiera habido ningún negocio posterior que pudiera producir la introducción de Furayat en la relación jurídica configurada en el mismo o al menos se haya probado. La sentencia no señala elemento o dato alguno para fundamentar su apreciación de que ha habido esa sucesión de empresas, siendo solo apreciaciones o juicios de valor carentes de soporte probatorio alguno. De esta forma, concluye que la vinculación contractual establecida entre las partes del contrato de ejecución de obra solo debe producir efectos entre sus intervinientes, dado el carácter personal y relativo del contrato, no concurriendo los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para que los efectos del referido contrato trasciendan a un tercero extraño al mismo.

El motivo debe ser desestimado.

A la recurrente le asiste en parte la razón cuando cuestiona la corrección técnica de la fundamentación que desarrolla la sentencia recurrida. La ratio decidendi no puede descansar en la existencia de una subrogación en el crédito, pues ningún tercero o interesado en el cumplimiento de la obligación ha satisfecho el crédito reclamado (artículo 1210 del Código Civil), ni tampoco en la novación o modificación subjetiva de la relación obligatoria, pues no ha resultado acreditada la cesión del contrato de obra. Por lo que el hecho de que las obras de remodelación beneficien al actual arrendatario, por sí solo, no justifica la excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos (artículo 1257 del Código Civil).

Sin embargo, pese a lo expuesto, el motivo planteado carece de efecto útil, esto es, de consecuencias prácticas, pues de los motivos invocados en la demanda, y de las circunstancias acreditadas en la instancia, sí que resulta de aplicación la doctrina del levantamiento del velo como excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos y, con ello, el correcto fallo de la sentencia recurrida.

En esta línea, de acuerdo con la tipología de supuestos que justifican la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo (entre otras, STS 326/2012, de 30 de mayo), procede la aplicación de dicha doctrina con relación al abuso de la personalidad mediante una sucesión de empresa destinada a defraudar o perjudicar el legítimo cobro de los acreedores.

Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde el Sr. Edemiro, socio mayoritario de la originaria Ansa, persona que encargó directamente las obras de remodelación del local y se comprometió personalmente a pagarlas, impulsó, en apenas dos meses desde su cese como liquidador de Ansa, la constitución de una nueva sociedad (Furayat), de la que es administrador único y socio mayoritario. Todo ello con una clara finalidad de continuar con el objeto social y la actividad de explotación que venía ejerciendo en la sociedad objeto de liquidación, con la que comparte el mismo domicilio social.

Continuidad en la explotación que ha sido constatada en la propia «transmisión» de la licencia que concedió el Ayuntamiento de Madrid para que la nueva sociedad continuara con la explotación de la sala «Alcalá 20» y que llevó, a su vez, a que el Sr. Edemiro realizara determinados pagos a antiguos proveedores y suministradores de Ansa con el objeto de poder continuar con la explotación económica del citado local, ahora bajo la personalidad societaria de Furayat.

Por lo que cabe concluir, a los efectos que aquí interesan, de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, que Furayat ha sucedido, de forma fraudulenta, a la originaria Ansa en la explotación comercial de la citada sala, por lo que viene obligada al pago de la deuda reclamada.

La desestimación del primer motivo comporta que resulte innecesario entrar en el examen del segundo motivo del recurso de casación relativo a los presupuestos de aplicación de la figura de la cesión del contrato».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 946/2015] DE 20 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno]

Carta de patrocinio como garantía de una póliza de crédito concedida a una sociedad instrumental de un Ayuntamiento: es competente la jurisdicción civil para conocer del cumplimiento del contrato privado garantizado cuando la Administración previamente no se ha pronunciado sobre la validez de los requisitos administrativos necesarios para la eficacia de la carta de patrocinio.

«El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la validez de una carta de patrocinio como garantía de buen fin de una póliza de crédito concedida a una sociedad instrumental de un Ayuntamiento.

A los efectos que aquí interesan, la citada carta de patrocinio, con fecha de 29 abril 2011, presenta el siguiente tenor: «[...]Finalmente, les manifestamos que se han obtenido todas las autorizaciones internas y consentimientos necesarios para suscribir esta carta, así como que la misma en modo alguno es contraria a cualquier normativa interna o externa que fuera aplicable a nuestra Sociedad y que la(s) persona(s) firmante(s), en nombre y representación de la misma, posee(n) los poderes suficientes a tal efecto.

» Esta garantía ha sido autorizada cumpliendo con los requisitos de los artículos 49 y concordantes de la Ley de Haciendas Locales».

En síntesis, Banco de Santander S.A, aquí recurrido, interpuso una demanda contra el Ayuntamiento de Los Barrios, aquí recurrente, en reclamación de 5.088.320,50€ por incumplimiento de las obligaciones asumidas en una póliza de crédito concedida a la empresa Gestión Agropecuaria y Medioambiental de los Alcornocales S.L, (en adelante Gama), sociedad municipal participada al 100% por dicho Ayuntamiento y que posteriormente entró en concurso de acreedores. La reclamación se hizo con base en la reseñada carta de patrocinio otorgada por el alcalde y que determinó la concesión del crédito.

El Ayuntamiento se opuso la demanda. Planteó la declinatoria por falta de competencia objetiva, al considerar que la competencia correspondía al juzgado de lo mercantil y, a su vez, interesó la intervención provocada de la entidad Gama. Ambas pretensiones fueron desestimadas. En lo que aquí interesa, alegó que la garantía en que se basaba la demanda se otorgó prescindiendo del procedimiento administrativo necesario para la validez de la misma, por lo

que era aplicable la doctrina de los actos separables de la administración.

De los hechos acreditados en la instancia, cabe destacar los siguientes.

El Alcalde de Los Barrios era, a su vez, presidente de la junta y del consejo de administración de Gama.

La validez de la carta de patrocinio no fue impugnada por la corporación municipal.

En la carta de patrocinio, párrafo penúltimo, se hacía constar que se habían obtenido «todas las autorizaciones internas y consentimientos necesarios para la suscripción de la carta».

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. En este sentido, y sin entrar en si la documentación aportada acreditaba o no que se cumpliera un determinado procedimiento administrativo, concluyó que la carta de patrocinio era válida y eficaz como garantía prestada por el Ayuntamiento a las operaciones financieras de Gama.

Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Con relación a la petición del apelante interesando la declinatoria por la competencia de la jurisdicción contenciosa, declaró lo siguiente: «[...]Expuesto lo anterior, y partiendo de que para la suscripción de la carta de patrocinio por el Ayuntamiento garantizando frente a la entidad bancaria actora la obligación contraída por la sociedad municipal GAMA, hay que partir del principio de que se debió estar a la normativa administrativa establecida al respecto y, por tanto, con cumplimiento de los preceptos legales correspondientes; ahora bien, una vez formalizada la garantía hemos de entender que sale del estricto ámbito del derecho público para quedar sujeto a las normas de derecho privado y, consecuentemente con ello, fuera de la regulación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de manera que cuando no esté el vínculo contractual interpartes encaminado a satisfacer una finalidad pública, no cabe sino concluir que se está ante un contrato privado en el que hay que distinguir entre los actos integrantes del proceso contractual, los previos que en caso de contienda si habrán de ser decididos por la jurisdicción contencioso-administrativa, y el definitivo que da lugar al contrato privado y el contenido y efectos de este, para cuyo conocimiento es competente la jurisdicción ordinaria, siendo este el parecer de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 28 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4160) que la doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración, fundándose en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente, pero sin que ello pueda

conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente, ya que en estos supuestos no existe acto administrativo que pueda tener carácter separable, y la imposición al administrado de la carga de provocar dicho acto administrativo con carácter presunto por la vía del silencio y de impugnarlo posteriormente tiene carácter desproporcionado, porque supone que para reclamar el cumplimiento del contrato debe acudirse previamente a la vía civil para determinar si la Administración, a pesar de no haberse pronunciado previamente en vía administrativa habiendo sido advertida de la reclamación, rechaza la validez del procedimiento previo seguido para la perfección del contrato, y que, en este caso, debe abandonarse la vía iniciada para acudir a la contencioso-administrativa, siendo contrario al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición de obstáculos o cargas desproporcionadas para acudir a los tribunales - T.C. SS. 182/2003, de 20 de octubre (RTC 2003 , 182), 111/2006, de 5 de abril (RTC 2006 , 11), 113/2006, de 5 de abril (RTC 2006 , 113), y 156/2005, de 9 de junio (RTC 2005, 156)».

«[...]En conclusión, si el Ayuntamiento demandado, con ocasión de la reclamación previa o con anterioridad no ha incoado el oportuno expediente ni ha ejercitado acción alguna para obtener en este caso sí ante la Jurisdicción contenciosa, el correspondiente pronunciamiento acerca de la invalidez del consentimiento prestado por el Alcalde en la carta de patrocinio, origen de la reclamación formulada, no puede reiteramos sostener dicho motivo de oposición frente a la parte actora, tal y como con acierto sostiene la sentencia recurrida».

Frente a la sentencia de apelación, el Ayuntamiento interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO. 1. El Ayuntamiento interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en tres motivos.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, denuncia la infracción del artículo 465.3 LEC. Considera que la sentencia recurrida no se ha pronunciado sobre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación en relación a las infracciones denunciadas al dictarse la sentencia de primera instancia. En particular, argumenta lo siguiente: «[...]Antes de continuar con la construcción del motivo hemos de aclarar que lo que se esgrimió en la apelación con ocasión del planteamiento de nueva declinatoria de jurisdicción fue la posible alteración de la "causa petendi" -desde el principio de la perpetuación de jurisdicción y prohibición de modificación del objeto del proceso- por la sentencia dictada en primera instancia al resolver el litigio declarando la existencia de una "vía de

hecho" tras la revisión (debe entenderse) que el órgano judicial hace de la actuación administrativa. En este sentido manteníamos que esa revisión de la actuación administrativa excede del ámbito de la Jurisdicción Civil cuando el propio operador judicial la convierte en la cuestión principal en la que hace recaer el fallo condenatorio sin percatarse de que su facultad alcanza a pronunciarse sobre cuestiones de naturaleza administrativa solo con carácter perjudicial».

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, conforme al artículo 469. 2 y los artículos 214 y 215 LEC, la incongruencia omisiva, como motivo de infracción procesal, no permite alegar el desacuerdo con la motivación, contenido o argumentación de la sentencia ni la denuncia de errores que pudieron subsanarse mediante la oportuna y necesaria aclaración, corrección o complemento de la sentencia, tal y como ha acaecido en el presente caso.

En segundo lugar, el motivo resulta artificioso. La sentencia de primera instancia no incurre en incongruencia, pues no se aparta de la validez de la carta de patrocinio tanto como causa de pedir o como ratio decidendi del fallo (fundamento de derecho quinto). La afirmación de la existencia de una «vía de hecho» revisora de la actuación administrativa es una objeción de la parte demandada en su argumentación, de la que expresamente la sentencia de primera instancia se aparta.

En el motivo segundo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, por infracción del artículo 24 CE, denuncia el error patente o notorio en la valoración de la prueba. Argumenta la existencia de un error notorio en la sentencia recurrida al partir de la veracidad de la carta de pago como hecho indiscutido, cuando en realidad dicho documento fue impugnado por las irregularidades contenidas al carecer de los necesarios acuerdos del órgano competente para su autorización.

El motivo debe ser desestimado.

No hay error notorio en la sentencia recurrida, pues la referencia a la veracidad del documento (carta de patrocinio) se realiza en el plano de la «autenticidad de dicho documento», cuestión que efectivamente resultó indiscutida, y con total distinción de la posible validez de la carta de patrocinio como cuestión sustantiva objeto de la litis.

Por último, en el motivo tercero, al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, denuncia la infracción del artículo 218.2 LEC por falta de motivación o mera apariencia de motivación en la valoración de la prueba que la vicia de arbitrariedad.

El motivo debe ser desestimado.

El recurrente vuelve en este motivo a tergiversar lo declarado por la sentencia recurrida, pues ni la autenticidad del documento fue una cuestión discutida, ni la sentencia de

primera instancia se basó en la pretendida «vía de hecho», de forma que las alegaciones sobre la validez del documento afectan a una cuestión sustantiva ajena a este recurso extraordinario.

Recurso de casación

TERCERO. Carta de patrocinio. Actos separables: contenido y alcance. Competencia de la jurisdicción civil para conocer del cumplimiento de un contrato privado cuando la Administración previamente no se ha pronunciado sobre su validez por incumplimiento de requisitos administrativos.

El Ayuntamiento, al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el primer motivo, denuncia la infracción de la doctrina de los actos separables, que comporta la aplicación de los artículos 48, 48 bis, 49, 50, 52, 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, relativo al texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Argumenta, con carácter previo, que aunque la sentencia recurrida parte del error de considerar que la carta de patrocinio no fue impugnada durante el litigio se ha probado que los acuerdos administrativos previos y preceptivos no llegaron a adoptarse por el órgano municipal competente, ni se tramitó el procedimiento reglado para concertar créditos y prestar avales, que el motivo de casación va encaminado a lograr la revisión de la aplicación de la norma administrativa por la que se ha resuelto la controversia tras partir de una declaración de perfección del negocio jurídico privado.

La Administración puede en ciertos casos contratar de acuerdo con el derecho privado, pero la Administración es una organización pública cuyo proceso de formación de la voluntad se rige por un procedimiento público tasado. La Administración, en cuanto maneja unos fondos públicos, debe atenerse a los presupuestos en cada caso aprobados. No puede gastar sino cuando existe crédito bastante en el presupuesto. Todo esto supone que antes de llegar al contrato y a su contenido, por muy privado que éste sea, haya que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo. Todos estos actos preparatorios y el acto de adjudicación son, pues, perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos.

El único título válido que legitimaría una acción directa de reclamación de cantidad contra una Administración Local de la que se reputa su condición de fiador lo constituiría un acuerdo del pleno (único órgano competente) que acordase la prestación de aval con respecto al préstamo concertado por su sociedad municipal. La adopción de un acuerdo plenario de tales características siempre debe ir precedido de la tramitación de un procedimiento administrativo, que requiere de modo imperativo que se emitan informes de

carácter preceptivo y que se cumpla con un régimen de autorizaciones.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, hay que señalar que esta sala, con relación a la denominada doctrina de los actos separables, en la citada sentencia 426/2008, de 28 de mayo, tiene declarado lo siguiente: «[...] La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente.

» Esta doctrina obliga al particular a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa dichos actos, pero no puede conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando ante ella una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente. En este supuesto no existe acto administrativo que pueda tener carácter separable, y la imposición al administrado de la carga de provocar dicho acto administrativo con carácter presunto por la vía del silencio y de impugnarlo posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter desproporcionado, porque supone que para reclamar el cumplimiento del contrato debe acudir previamente a la vía civil para determinar si la Administración -a pesar de no haberse pronunciado previamente en vía administrativa habiendo sido advertida de la reclamación-rechaza la validez del procedimiento previo seguido para la perfección del contrato, y que, en este caso, debe abandonarse la vía iniciada para acudir a la contencioso-administrativa.

»Según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la imposición de obstáculos o cargas desproporcionadas para acudir a los tribunales (v. gr., SSTC 182/2003, de 20 de octubre, FJ 4 y 5; 111/2006, de 5 de abril, FJ 7 ; 113/2006, de 5 de abril, FJ 7 y 8; 111/2006, de 5 de abril, FJ 5 ; 113/2006, de 5 de abril, FJ 6 ; 156/2005, de 9 de junio , FJ 1, 2 y 3) y lo es la carga de seguir sucesivamente un doble proceso ante órdenes judiciales distintos para el ejercicio de una reclamación sobre el mismo objeto sin causa suficiente que lo justifique, pues no es causa justificada la conducta procesal de la Administración demandada que se opone a admitir la validez del contrato por incumplimiento de requisitos administrativos cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse previamente sobre ella y no lo ha hecho. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, la facultad que tiene la jurisdicción civil para resolver con carácter prejudicial cuestiones administrativas».

En el presente caso, como ha resultado acreditado, el Ayuntamiento no impugnó la validez administrativa de la

carta de patrocinio otorgada por el alcalde, ni realizó acto administrativo alguno susceptible de impugnación separada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo que dicha cuestión no puede ser objeto de revisión en la jurisdicción civil.

En segundo lugar, también hay que resaltar que los últimos dos párrafos de la carta de patrocinio incorporaba una apariencia de legalidad al declarar, expresamente, que dicha garantía contaba «con las autorizaciones necesarias y cumplía con los requisitos de la Ley de Hacienda Local», de forma que el acreedor, Banco Santander, aceptó dicha garantía en la confianza razonable que objetivamente le suscitaba la situación de apariencia de legalidad contemplada expresamente en la carta de patrocinio.

En el motivo segundo, se denuncia la infracción de los artículos 9 y 10 LOPJ en relación con las facultades otorgadas al juez civil por el artículo 42.1 LEC. Todo ello con relación a la necesaria revisión de la actuación administrativa que debió efectuarse en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El motivo debe ser desestimado.

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 477.1 LEC) y no en normas procesales, tal y como hace el recurrente en el presente motivo.

En el motivo tercero, se denuncia la vulneración de los preceptos del texto refundido de la Ley reguladora de Haciendas Locales con relación a la concertación de préstamos y prestación de avales para las administraciones públicas, organismos autónomos y sociedades municipales.

El motivo debe ser desestimado.

El recurrente, en la formulación del motivo, incurre en una causa de inadmisión que aquí da lugar a una causa de desestimación del motivo así planteado.

En efecto, el motivo infringe los requisitos del encabezamiento dirigidos a condensar sus elementos esenciales, de forma que puedan ser comprendidos sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación. En este sentido, el motivo, sin cita previa de las normas infringidas, se remite en bloque a la vulneración de la Ley de Haciendas Locales».

SENTENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO [Recurso 1818/2015] DE 21 DE DICIEMBRE DE 2017 [Ponente: Pedro José Vela Torres]

Sociedades de capital: sociedad de responsabilidad limitada. Compraventa de participaciones sociales: incurre en ilegalidad sobrevenida la norma estatutaria que atribuye al

auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor de las participaciones a los efectos de la transmisión y en contra de una norma legal imperativa (art. 107.3 LSC). Las normas legales imperativas posteriores se imponen a las normas estatutarias contrarias a ellas, en virtud del conocido como principio de la adaptación legal.

«A finales de 2012, la entidad Hermanos Mena Gericó S.L. comunicó al órgano de administración de la sociedad Desarrollos Industriales Sora S.L. su decisión de vender las participaciones sociales de dicha compañía de las que era titular.

Tras esa comunicación, la también socia UVE S.A. decidió ejercitar su derecho de adquisición preferente, pero mostró su disconformidad con el precio que se había acordado entre la vendedora y el tercero, por considerarlo excesivo.

Conforme al art. 11 de los estatutos sociales de Desarrollos Industriales Sora S.L., se encomendó a la auditora de la sociedad la valoración de tales participaciones sociales. Pese a ello, UVE S.A. solicitó al Registro Mercantil el nombramiento de auditor, lo que fue denegado por el registrador mediante resolución de 19 de febrero de 2013, al considerar prioritaria la aplicación de la norma estatutaria, que permitía la valoración por parte del auditor de cuentas contratado por la sociedad.

2. No obstante, la auditora nombrada por la sociedad se planteó su posible incompatibilidad para la realización de la valoración encomendada y elevó consulta al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC). Dicho organismo consideró en resolución de 10 de abril de 2013 que existía incompatibilidad, por el menoscabo de la independencia, fiabilidad y confianza que exige la función de auditoría, para lo que se basó en el art. 13-e) de la Ley de Auditoría de Cuentas.

A resultas de lo cual, el 16 de abril de 2013 la auditora nombrada por la sociedad declinó el encargo.

3. Tras la renuncia de la auditora de la sociedad, el 13 de mayo de 2013 UVE, S.A. instó nuevamente del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor. A la vista del informe del ICAC, el registrador modificó su criterio y en resolución de 27 de mayo siguiente acordó el nombramiento de auditor para la valoración de las participaciones sociales.

4. La resolución del registrador mercantil fue recurrida en alzada por Hermanos Mena Gericó S.L. ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que mediante Resolución de 4 de noviembre de 2013 confirmó la decisión adoptada por el registrador mercantil.

Contra dicha RDGRN se formuló reclamación previa al ejercicio de la acción civil, que fue desestimada el 25 de marzo de 2014.

5. Hermanos Mena Gericó S.L. interpuso una demanda de impugnación de la RDGRN de 4 de noviembre de 2013, al considerar, resumidamente y en lo que ahora interesa, que debía prevalecer lo previsto en los estatutos sociales frente a lo posteriormente dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC o LSC), que no previó una adaptación obligatoria de los estatutos; y que, en todo caso, la refundición había introducido una norma que con anterioridad no se aplicaba a las sociedades de responsabilidad limitada, según su ley reguladora.

6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que el TRLSC no se había extralimitado en relación con la norma que había habilitado al Gobierno para su elaboración y que los estatutos sociales eran contrarios a la nueva regulación legal.

7. La sociedad demandante recurrió en apelación, cuyo recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial. La sentencia de segunda instancia consideró, resumidamente, que (i) Resulta aplicable el art. 107.3 TRLSC, puesto que armoniza normas ya existentes y previsiones sobre la independencia de los auditores de la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo de 2006 relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas. (ii) El art. 11 de los estatutos sociales debe entenderse derogado de manera sobrevinida por incompatibilidad con la nueva regulación legal.

SEGUNDO. Primer motivo del recurso de casación. Planteamiento y admisibilidad

1. El primer motivo de casación (único admitido) se formula al amparo del art. 477.2-3º LEC y cita como infringidos los arts. 107.3 TRLSC, 82.2, 3 y 5 CE y 29 LSRL.

2. En el desarrollo del motivo, se mantiene, resumidamente, que el Gobierno se excedió al realizar el TRLSC, puesto que en el art. 107.3 introdujo una norma inexistente en la legislación refundida; así como que el mencionado precepto únicamente es aplicable a partir de la entrada en vigor del Texto Refundido, el 1 de septiembre de 2010, mientras que el art. 29 LSRL, en su redacción vigente hasta el 23 de noviembre de 2002, permitía que en los estatutos se estableciera que, en caso de compraventa de participaciones sociales, la valoración la realizara el auditor de la sociedad. Añade que el TRLSC no solo incorpora una prohibición que antes no existía, sino que no prevé plazo para la adaptación de los estatutos.

3. La recurrida UVE ha opuesto causas de inadmisibilidad del citado motivo, pero confunde la inadmisibilidad ab initio del motivo con la posibilidad de que prospere. En efecto, la parte recurrente se acoge a la modalidad de interés casacional de norma que lleva menos de cinco años en vigor (art. 477.3 LEC) y es cierto que la norma en cuestión, el art. 107.3 TRLSC, cumple el mencionado requisito temporal, conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

adoptados en el Pleno no jurisdiccional de esta sala de 27 de enero de 2017, en tanto que el cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando como dies a quo la fecha de su entrada en vigor y como dies ad quem la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento. Desde ese punto de vista, el motivo resulta admisible.

Cuestión diferente es que hayan existido o no las infracciones legales que se denuncian, relativas al exceso en la refundición de las leyes reguladoras de las sociedades de capital, o a la aplicación de una norma imperativa a unos estatutos sociales aprobados con anterioridad a su promulgación. Pero eso atañe a la estimación o desestimación del recurso, no a su admisibilidad.

TERCERO. El control jurisdiccional de los decretos legislativos

1. El artículo 82.6 de la Constitución establece que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

La mención a la «competencia propia de los Tribunales» ha suscitado la duda de cuál puede ser el tipo de control que cabe que hagan los tribunales ordinarios, dado que, como los decretos legislativos son normas con fuerza de ley y están sometidos al control de constitucionalidad, el control primigenio corresponde al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a CE), al que, en su caso, podrán elevar los tribunales ordinarios las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (art. 163 CE).

2. El Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de un doble control tanto por los tribunales ordinarios, como por el propio TC (SSTC 51/1982, de 19 de julio; 47/1984, de 4 de abril; 51/2004, de 5 de julio; y 166/2007, de 4 de julio). Así, establece que cuando los decretos legislativos incurrir en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (decretos legislativos ultra vires), o en cualquier otro vicio, vulneran la Constitución, por lo que el TC sería el único competente para enjuiciar con tal criterio dichos decretos. Pero también permite que los excesos de la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley, sino únicamente de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación, conforme a lo previsto legalmente.

Es decir, un decreto legislativo, si es correcto, tiene fuerza de ley, pero cuando la delegación ha sido excedida en todo o parte, se trata de una norma que, en todo o parte de ella, no puede tener ya fuerza de ley, pero sigue siendo una norma jurídica emanada del Gobierno, es decir un decreto sin más, que tiene un valor reglamentario. Y las normas

reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los tribunales ordinarios.

Esta jurisprudencia constitucional fue asumida legislativamente por el art. 1 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), al indicar que: «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

Previsión que ha de ser complementada con lo dispuesto en el art. 6 LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa».

3. Conforme a lo expuesto, en cumplimiento de la previsión del art. 6 LOPJ sobre la inaplicación de los reglamentos ilegales, cualquier juez o tribunal, de cualquier orden jurisdiccional, puede y debe dejar de aplicar al caso las normas de un decreto legislativo que repunte contrarias a la facultad delegada (ultra vires). Además, los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden anular con eficacia erga omnes las normas de un decreto legislativo que consideren extralimitadas con respecto a la correspondiente ley de delegación.

4. En los fundamentos siguientes justificaremos por qué consideramos que el art. 107.3 TRLSC no es una norma extralimitada y puede ser aplicada al caso.

CUARTO. La legislación aplicada por la RDGRN impugnada. Corrección de la interpretación cronológica sobre las facultades de refundición

1. La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas (que traspuso la entonces vigente Directiva 84/253/CE) fue objeto de diversas modificaciones con anterioridad a la promulgación del TRLSC. La primera se llevó a cabo mediante la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que reforzó el régimen de independencia de los auditores y, junto con el ya recogido principio general de independencia (que obligaba a todo auditor a abstenerse de actuar cuando pudiera verse comprometida su objetividad en relación a la información económica financiera a auditar), incorporó un conjunto de nuevas causas de incompatibilidad. Se instauró así un sistema mixto, incluso antes de que lo introdujera la Directiva 2006/43/CE y lo estableciera definitivamente la Directiva 2014/56/UE.

La segunda de las reformas sustanciales tuvo lugar con la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se incorporó a nuestro ordenamiento la antes citada Directiva 2006/43/CE y que modificó, no solo la Ley de Auditoría de Cuentas, sino también la Ley del Mercado de Valores y la Ley de

Sociedades Anónimas. En dicha Directiva 2006/43 se incidía específicamente en que cada Estado miembro debía asegurar que un auditor de cuentas no realizara una auditoría en relación a una entidad auditada cuando existieran relaciones financieras, comerciales, laborales o de otro tipo de tal importancia que comprometieran la independencia del auditor.

2. Como quiera que el TRLSC se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, la mera comparación de las fechas revela que la refundición que dio lugar al TRLSC se llevó a cabo en paralelo a la tramitación de la Ley 12/2010, por lo que no es aventurado suponer que el Gobierno refundidor tuvo presente el contenido de la Ley que se iba a aprobar unos días antes en las Cortes.

3. Los decretos legislativos, en su modalidad de textos refundidos, tienen la finalidad de recoger en una sola norma un conjunto de disposiciones dispersas, con dos efectos distintos, a saber: uno derogatorio y otro, mantenedor o, en su caso, actualizador. El efecto derogatorio comporta que aquellas disposiciones cuyo contenido queda incorporado a la nueva norma quedan abrogadas como tales, pues su contenido queda incorporado al nuevo texto. El efecto conservador y, en su caso actualizador, se concreta en que las normas que son refundidas siguen formando parte plena del ordenamiento jurídico al quedar insertas en el nuevo texto.

El art. 82.5 CE permite que, si el legislador así lo dispone, el Gobierno pueda, no solo transcribir sin más las normas que deben refundirse, sino también actualizar, aclarar y armonizar las mismas, esto es, depurarlas a fin de asegurar su coherencia, de suerte que el texto refundido final que se ofrezca resulte completo y sistemático.

La STC 13/1992, de 6 de febrero, señaló que esta facultad permite «introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido». Es decir, es admisible la realización de algunas alteraciones en el texto literal de los preceptos objeto de refundición, en la medida en que sea necesario para clarificar una redacción unitaria del texto legal unificado, si bien con el límite de no establecer nuevos preceptos jurídicos que no estén ya expresamente incluidos en los textos legales que se refunden.

4. La sentencia de la Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012 (recurso de casación 387/2010) declaró expresamente que la inclusión en el TRLSC de previsiones de la antes citada Ley 12/2010, de 30 de junio, no supuso extralimitación alguna en las facultades refundidoras del Gobierno, concedidas por la Disposición Final Séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. En concreto, su fundamento jurídico octavo dice: «Podemos afirmar que la autorización

de refundición de determinados cuerpos legales o materias no se limita, salvo que se diga otra cosa en la Ley de delegación, a aquellas normas que estén vigentes en el momento de autorizarse la delegación.

» Esto es así por varias razones:

» En primer lugar, porque esta interpretación responde a la lógica de la legislación delegada en el caso de los textos refundidos y a la finalidad que se persigue con ella en nuestro ordenamiento constitucional. Con esta técnica se pretende básicamente reunir en un único texto legal las previsiones contenidas en varios textos legales mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad. Junto a esta finalidad principal, puede pretender además regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica como ya dijimos, debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo. Pues bien, la tesis sostenida por IBERDROLA, S.A. contradice abiertamente esa lógica del sistema de refundición y su función racionalizadora, pues permite mantener incoherencias y sobre todo fragmentación normativa, precisamente aquello que se trata de evitar con el apoderamiento del Gobierno para refundir.

» En segundo lugar, porque la limitación que se postula no aparece recogida entre los términos y condiciones que la Constitución impone. En el art. 82.3 CE se establecen las condiciones bajo las cuales pueden las Cortes atribuir al Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley: carácter expreso, plazo determinado, materia concreta y prohibición de subdelegación, sin que nada se diga sobre la necesidad de vigencia de los textos a refundir en el momento de dictarse la delegación.

» Además, el plazo para refundir, en ocasiones muy dilatado, unido a la vigencia de la potestad del Gobierno durante todo el tiempo conferido por las Cortes abunda en la misma idea de que la autorización, delegatio pendens, no tiene la restricción que se pretende y ampara la refundición de todas aquellas normas que pertenecen a aquellos cuerpos legales o materias cuya refundición se ha autorizado siempre que existan y sean válidas, o si se prefiere que estén positivizadas en el ordenamiento jurídico, cuando la potestad se ejerce y concreta con la aprobación del Decreto Legislativo. Ello es así porque en los textos refundidos, a diferencia de los textos articulados, el Gobierno no innova el ordenamiento jurídico, limitándose a ordenar y armonizar en un único texto legal aquello que las Cortes han aprobado o autorizado, reflejando lo que por propia naturaleza y voluntad legislativa forma parte del ordenamiento de la materia, sin que pueda entenderse que caigan fuera de la autorización delegante las leyes que, perteneciendo a la

materia y ámbito normativo determinado por la autorización, han introducido en ellos alteraciones. Solución contraria a la indicada conduce además al absurdo, pues si la extensión de la potestad refundidora -lo que puede ser refundido- se agota al momento de la autorización -a lo vigente en ese momento- el Gobierno estaría obligado a incluir en el Texto Refundido que finalmente apruebe normas que pudieran haber sido derogadas con posterioridad, lo que no tiene ningún sentido, salvo que entendamos que las modificaciones posteriores de los textos legales objeto de refundición conllevan la revocación de la autorización, consecuencia necesaria para mantener la coherencia del ordenamiento en esa hipótesis pero que no se deduce de la Constitución ni forma parte de la práctica del Gobierno ni del Parlamento en esta materia.

» Finalmente, el propio texto de la Disposición Final Séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, por el que se habilita al Gobierno a refundir las leyes reguladoras de las sociedades de capital justifica la posición que mantenemos pues no se contiene en esta norma ni expresa ni implícitamente la restricción sostenida por el recurrente».

5. En consecuencia, debe considerarse ajustada a derecho la conclusión a la que llega la sentencia recurrida sobre la corrección de la aplicación al caso del art. 107.3 TRLSC por la DGRN.

QUINTO. La ineficacia sobrevenida de las normas estatutarias contrarias a una norma legal imperativa.

1. El art. 11 de los estatutos sociales de la compañía mercantil Desarrollos Industriales Sora S.L. preveía, en lo que ahora interesa, que, en caso de discrepancia sobre el valor de las participaciones sociales transmitidas, se estaría al que se estableciera como valor real por el auditor de la sociedad. Dicha previsión era coherente con el texto del art. 29.2 d) LSRL vigente a la fecha de constitución de la sociedad (2001); si bien no lo era ni con la nueva redacción que a dicho precepto le dio la disposición adicional décima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, ni con el actual art. 107.3 TRLSC, que dice: «En los estatutos no podrá atribuirse al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor que tuviera que determinarse a los efectos de su transmisión [de las participaciones sociales]», que ya estaba en vigor cuando se produjo la transmisión de las participaciones que dio lugar a la controversia litigiosa.

2. Como dijimos en la sentencia 45/2001, de 30 de enero, los estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas han de ser observadas por todos los socios en tanto no se opongan a las disposiciones legales con valor de *ius cogens*. Por lo que resulta indudable la subordinación de las previsiones estatutarias a las normas legales imperativas (sentencias 391/1994, de 3 de mayo; y 419/2000, de 15 de abril), según previene expresamente el art. 28 LSC.

En este caso, es claro el carácter imperativo del art. 107.3 LSC y no hay óbice para su aplicación por el hecho de que los estatutos fueran anteriores a su vigencia, puesto que, precisamente porque no se previó en la Ley un plazo para su adaptación, debieron modificarse inmediatamente, so pena de incurrir en ilegalidad sobrevenida, como ha ocurrido.

Las normas legales imperativas posteriores se imponen a las normas estatutarias contrarias a ellas, en virtud del conocido como principio de la adaptación legal. De lo contrario, transmutaríamos el citado carácter imperativo del precepto en una simple norma dispositiva.

3. Como consecuencia de todo lo cual, el recurso de casación debe ser desestimado».

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA [Recurso 1472/2016] DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2017 [Ponente: Mireia Ríos Enrich]

Venta de crédito litigioso: no procede el retracto "Anastasiano" cuando el crédito ha sido transmitido conjuntamente con otros en bloque, por sucesión universal y no de forma individualizada.

«DON Remigio y DOÑA Débora presentan demanda de juicio ordinario de retracto legal de crédito litigioso contra BANCO SABADELL S.A.

Exponen que, en fecha 30 de septiembre de 2005, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario; seguido procedimiento de Ejecución de Título no judicial 481/2012 contra los demandantes en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vilafranca del Penedés, el día 2 de diciembre de 2013 se presentó escrito por el que se comunicaba que, en fecha 31 de mayo de 2013, las entidades BANCO MARE NOSTRUM S.A. y BANCO DE SABADELL S.A. otorgaron escritura pública de cesión parcial de Activos y Pasivos de BANCO MARE NOSTRUM S.A. a favor de BANCO SABADELL S.A.

En dicha escritura se indica que BANCO MARE NOSTRUM S.A. cede parcialmente sus activos y pasivos a BANCO SABADELL S.A., no consta el precio pagado por el crédito, ni la cesión en concreto del crédito de DON Remigio y DOÑA Débora, pues se trata de una cesión global, cuya documentación aportada es sesgada e incompleta, por tanto, no permite el ejercicio de la acción ejercitada, ni constituye título suficiente, conforme al artículo 17 de la L.E.C. para otorgar o conceder la sucesión procesal pretendida en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

DON Remigio y DOÑA Débora fueron demandados por BANCO MARE NOSTRUM S.A. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vilafranca del Penedés, habiéndose seguido Incidente de Oposición a la Ejecución por lo que el

carácter litigioso del crédito es innegable, pues el Incidente Extraordinario de Oposición a la Ejecución no ha finalizado al hallarse pendiente de recurso de apelación.

En base a lo anterior, solicitan se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se acuerde:

1. Que se requiera a la entidad demandada BANCO DE SABADELL S.A., en calidad de cesionaria, a fin de que comunique en legal forma y acredite documentalmente el precio pagado por la cesión del crédito litigioso del cual ocupa la posición deudora la parte demandante, más las costas e intereses a los efectos de informar de las condiciones en las que la actora puede ejercer el retracto legal del artículo 1.535 del Código Civil.

2. Conceda a la demandante el derecho del ejercicio de retracto del crédito litigioso, identificado conforme documento número 1, que BANCO MARE NOSTRUM S.A. vendió/cedió a BANCO DE SABADELL S.A. mediante escritura pública de fecha 31 de mayo de 2013, abonando a la entidad cesionaria, conforme al artículo 1.535 del Código Civil, el precio que pagó a la entidad cedente, más las costas que se le hubieren ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho, extinguiendo la deuda.

BANCO DE SABADELL S.A. se opone a la demanda presentada.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda deducida por DON Remigio y DOÑA Débora contra BANCO SABADELL S.A., imponiendo a la parte demandante las costas del procedimiento.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de DON Remigio y DOÑA Débora interpone recurso de apelación en el que alega, en síntesis, que la sentencia de primera instancia incurre en error en la valoración de la prueba por cuanto: a) La consideración de crédito litigioso; b) a la Sucesión Universal por transmisión parcial de activos y pasivos operada entre BANCO MARE NOSTRUM S.A. y BANCO DE SABADELL S.A. le es aplicable el artículo 1.535 del Código Civil; c) la inexistencia de la obligación de prestar fianza o caución conforme al artículo 266.3 de la L.E.C.; d) caducidad de la acción; y e) enriquecimiento injusto y contra ley de la entidad demandada.

En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se dicte otra por la que se estime íntegramente la demanda interpuesta, concediendo a la parte demandante, previa comunicación por parte de la demandada del precio objeto de la cesión, el derecho de extinguir el crédito cedido pagando el precio abonado por BANCO DE SABADELL S.A. a BANCO MARE NOSTRUM, más las costas y los intereses de la operación, con expresa condena en costas a la demandada.

La parte demandada impugna el recurso y solicita la confirmación íntegra de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO

Dice el artículo 1.535 del Código Civil: "Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago".

Es criterio judicial mayoritario, el que sostiene que el derecho de retracto establecido en el artículo 1.535 del Código Civil, no es aplicable cuando la cesión lo es en forma conjunta de una pluralidad de créditos como es el caso.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en dos sentencias, sentencia de 165/2015 de 1 de abril de 2015 (RJ 2015, 1175) y sentencia de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5810), que en supuestos de sucesión universal, han fijado la doctrina que no procede el retracto de créditos litigiosos cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada.

En la sentencia de 1 de abril de 2015, nº 165/2015 (RJ 2015, 1175), recurso 1.748/2013, el Tribunal Supremo, declara:

"1. La cuestión nuclear que es objeto de debate en el presente recurso versa sobre la aplicación del artículo 1.535 CC que regula el retracto de un crédito litigioso, cuando éste conjuntamente con otros créditos litigiosos o no, ha sido objeto de un traspaso en bloque por sucesión universal a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora (Caja Círculo) que conforma una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones de la sociedad beneficiaria (Banco Grupo Cajatrés, S.A.). Esta operación fue realizada al amparo del artículo 71 de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

En relación al retracto de crédito litigioso que contempla el artículo 1.535 CC, la doctrina fijada en la STS invocada por el recurrente, de 31 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5810), señala que el "vocablo crédito comprende todo derecho individualizado transmisible", acorde con un criterio general de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.459.5º CC) y, por consiguiente, debe entenderse que aquel precepto "se refiere a todos los derechos (y acciones) individualizados y que sean transmisibles".

2. La segregación a que se refiere el art. 71 de la Ley 3/2009 es una figura jurídica muy extendida en el tráfico mercantil,

que supone un solo negocio jurídico consistente en un traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a favor de una o varias sociedades, recibiendo a cambio aquellas acciones de las sociedades beneficiarias. La diferencia fundamental frente a la escisión total o parcial reside en que la contraprestación a la aportación la recibe la propia sociedad segregada y no los socios de ésta. Razón por la cual, por la segregación, no es necesario que se extinga la entidad transmitente.

En la segregación no hay individualización de los créditos, ni una pluralidad de negocios jurídicos de cesión de créditos, porque estos se transmiten en bloque, por sucesión universal, formando una unidad económica.

3. A la vista de cuanto antecede, podemos concluir que no cabe proyectar la figura del retracto de crédito litigioso cuando éste ha sido transmitido conjuntamente con otros, en bloque, por sucesión universal, no de forma individualizada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala y que, ahora, confirmamos.

4. Por último, no es ocioso precisar que la operación descrita se proyecta en el marco regulatorio de un intenso proceso de reestructuración y reforzamiento de los recursos propios del sistema financiero de este país, sumido en una profunda crisis, preferentemente de las tradicionales cajas de ahorro.

En lo que aquí interesa, el RDL 9/2009, de 26 de junio, primero por el que se crea el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y posteriormente, el RDL 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco, lo que dio lugar a las correspondientes operaciones societarias de segregación de activos y pasivos, y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera (activos y pasivos).

Es en este proceso de reestructuración del sector financiero en el que hay que situar la operación que es objeto del presente recurso, en el que no hay cabida para que los deudores puedan retraer las operaciones que dejaron impagadas y en situación de litigiosidad"

La conclusión que se deduce de la doctrina expuesta es que no procede en el caso la aplicación del artículo 1.535 del Código Civil.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de primera instancia».

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIÓN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2017 (BOE, 20.12.2017)

Sociedad anónima en liquidación: enajenación a otra sociedad de activos esenciales [art. 160 f) LSC]. Aunque, según la doctrina del Tribunal Supremo, transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de una certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a la legalidad que tiene encomendado; si bien tal manifestación no puede considerarse un requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. Art. 234.2 LSC); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate. Ahora bien, el fundamento de la norma que somete a la competencia de la junta los actos de enajenación de activos esenciales se encuentra en que pueden tener efectos similares a las modificaciones estructurales o equivalentes al de la liquidación de la sociedad, o porque se considera que excede de la administración ordinaria de la sociedad. En consecuencia, tal cautela carece de justificación en caso de enajenaciones que no son sino actos de realización del nuevo objeto social liquidatorio. Es la norma legal la que, con la apertura de la liquidación, no sólo faculta, sino que impone al órgano de administración la enajenación de los bienes para pagar a los acreedores y repartir el activo social entre los socios. De ahí que, cuando la enajenación la realice la liquidadora única de la sociedad, no se precisa autorización de la junta general.

«Vistos los artículos 160, 161, 234, 371, 387, 392, 393, 479, 489 y 511 bis de la Ley de Sociedades de Capital; la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo; los artículos 9.1 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades; 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; 3, 6, 7, 166, párrafo primero, 186, párrafo tercero, 271.2.º, 323, 324, 396, párrafo segundo, 399, 480, 489, 498, 647, párrafo segundo, 649, párrafo primero, 650, párrafo primero, 785.2.º, 975, 1259, 1297, 1298, 1320, 1322, 1377, 1389 y 1713 del Código Civil; 43.2 y 226.2.3.ª de la Ley Concursal; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; 25.5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; 11.1 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos

Rústicos; 91 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de mayo de 1984, 24 de noviembre de 1989 y 17 de abril de 2008, y Sala Tercera, de 24 de octubre de 2000 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, 1 de julio de 1976, 2 de octubre de 1981, 31 de marzo de 1986, 22 febrero y 12 de mayo 1989, 7 de julio y 17 de noviembre de 1998, 20 de abril de 2005, 22 de mayo de 2006, 26 de febrero de 2008, 11 y 26 de junio, 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 17 de septiembre, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015 y 22 de noviembre de 2017.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, una sociedad anónima en liquidación, representada por su liquidadora única, vende determinados inmuebles a otra sociedad. En dicha escritura se expresa que «aun cuando el valor del inmueble si supera el 25% del valor patrimonial de los activos sociales, es lo cierto que se transmite en cumplimiento de la obligación de liquidar el 100% de dichos activos sociales, que en fase de liquidación carecen ya, por definición, de la condición de esenciales para la continuidad de la actividad, por lo que no es precisa la autorización de la Junta General a los efectos previstos en el artículo 160 de la LSC».

La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, de conformidad con el citado apartado f) del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, es necesario que la junta de la sociedad transmitente autorice expresamente la transmisión de estos activos.

2. Para resolver el presente recurso debe partirse de la reiterada doctrina sentada por esta Dirección General (vid. las Resoluciones de 11 y 26 de junio, 8, 10, 27, 28 y 29 de julio, 23 de octubre y 14 de diciembre de 2015 y 22 de noviembre de 2017) sobre la aplicación del precepto legal invocado por la registradora en su calificación impugnada.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. En el apartado IV del Preámbulo de esa reciente ley se expresa que mediante la modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en lo que ahora interesa «se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales». Y, en la misma reforma, se añade el artículo 511 bis, según el cual en las sociedades cotizadas constituyen materias reservadas a la competencia de la junta general, además de las reconocidas en el artículo 160, entre otras, «a) La transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque esta mantenga el pleno dominio de aquellas» y «b)

Las operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad».

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado –«activos esenciales»– comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (artículos 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquéllos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. artículo 9.1 de la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, que se corresponde con los artículos 10.1 de la derogada Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, y 9.1 de la también derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968).

Según la Sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y

autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Señala que «excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario». Primero, porque la sociedad no se dedicaba a nada más que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta Sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)».

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios –y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado–. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere.

Dado que el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado, deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no sólo con su «ratio legis» sino con la imprescindible agilidad del tráfico jurídico. Así, una interpretación de ese tipo es la que exigiera un pronunciamiento expreso de la junta general en todo caso, por entender que cualquiera que sea el importe de la operación puede que se trate de un activo esencial. Y, por las mismas razones, tampoco puede estimarse exigible esa intervención de la junta en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. De seguirse esas interpretaciones se estaría sustituyendo el órgano de gestión y representación de la sociedad por la junta general, con las implicaciones que ello tendría en el tráfico jurídico.

No obstante, y aunque normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes –que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico–, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias

necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. Así, cobra sentido, por ejemplo, la exigencia de una certificación del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el hecho de que el importe de la operación no haga entrar en juego la presunción legal establecida por la norma (por no superar el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado) o, de superarlo, sobre el carácter no esencial de tales activos.

Dados los privilegiados efectos que en nuestro ordenamiento se atribuye a la escritura pública, deben extremarse las cautelas para que cumpla todos los requisitos que permitirán que despliegue la eficacia que les es inherente y que, además, permiten asegurar una sólida publicidad registral basada en títulos en apariencia válidos y perfectos mediante la añadida función calificadora del registrador.

Conforme al artículo 17 bis, apartado a), de la Ley del Notariado, el notario debe velar para que «el otorgamiento se adecúe a la legalidad», lo que implica según el apartado b) que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y según el artículo 24 de la misma Ley, reformado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, «los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice[n] o intervenga[n]».

Por lo que se refiere a la actuación del registrador, debe tenerse en cuenta que al Registro sólo pueden acceder títulos en apariencia válidos y perfectos, debiendo ser rechazados los títulos claudicantes, es decir los títulos que revelan una causa de nulidad o resolución susceptible de impugnación (cfr. artículos 18, 33, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 1259 del Código Civil). Sólo así puede garantizarse la seguridad jurídica preventiva que en nuestro sistema jurídico tiene su apoyo basilar en el instrumento público y en el Registro de la Propiedad. Y es que, como ya expresara el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de octubre de 2000, Sala Tercera, «a Notarios y registradores les incumbe en el desempeño de sus funciones un juicio de legalidad, que, recae, respectivamente, sobre los negocios jurídicos que son objeto del instrumento público, o sobre los títulos inscribibles». Pero debe también tomarse en consideración que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria delimita el ámbito objetivo de la calificación al establecer que los registradores calificarán «(...) la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, (...) así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (...)». Ciertamente, en el procedimiento registral se trata de hacer compatible la efectividad del derecho a la inscripción del título con la necesidad de impedir que los actos que estén viciados accedan al Registro, dada la eficacia protectora de éste. Ahora bien, es igualmente cierto que en nuestro

sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre la inexistencia de un vicio invalidante; y la facultad que se atribuye al registrador para calificar esa validez –a los efectos de extender o no el asiento registral solicitado–, implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que vicie el acto o negocio documentado. Por ello, sólo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido (como, por ejemplo, la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual de la familia –artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1320 del Código Civil–, la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según los artículos 25.5 de la Ley de Arrendamiento Urbanos y 11.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, etc.) constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo

cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

3. En el presente caso, del mismo título calificado resulta inequívocamente que la finca constituye un activo esencial de la sociedad hipotecante, y el registrador considera que la limitación establecida en el artículo 160.f) de la Ley es aplicable también a la enajenación realizada por la liquidadora única de la sociedad.

Este criterio no puede ser compartido por este Centro Directivo. Como se ha expuesto anteriormente, el artículo 160.f) somete a la competencia de la junta general los actos de enajenación de activos esenciales porque pueden tener efectos similares a las modificaciones estructurales o equivalentes al de la liquidación de la sociedad o, porque se considera que excede de la administración ordinaria de la sociedad. Por ello, tal cautela carece de justificación en caso de enajenaciones que no son sino actos de realización del nuevo objeto social liquidatorio. Es la norma legal la que, con la apertura de la liquidación, no sólo faculta, sino que impone al órgano de administración la enajenación de los bienes para pagar a los acreedores y repartir el activo social entre los socios (vid. el artículo 387 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que constituya óbice alguno a esta conclusión lo dispuesto en el artículo 393 de la misma ley).