

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 251 | Diciembre 2021

ISSN: 2697-1631



Las operaciones vinculadas intragrupo

Noelia Poza Rodríguez

Suspensión de relaciones contractuales en sede cautelar

Luis Gómez-Iglesias Rosón
y Carlos Francés Bataller

Derecho al dividendo en las sociedades no cotizadas

Isaac Ibáñez García

Accidentes de tráfico entre familiares y cobertura de daños materiales

María Victoria Álvarez Buján

El transfuguismo en las entidades locales

Octavio Manuel Fernández Hernández

¡Feliz Navidad!

DEF.- **udima**



Revista CEFLegal

Núm. 251 | Diciembre 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Dolores Bardají Gálvez. Profesora titular de Derecho Civil. ESADE

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero. Profesor titular de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Alicia González Alonso. Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional. UAM y letrada del TC

Sara González Sánchez. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera Oria

Carlos Gómez Asensio. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

José Damián Irazo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas. Catedrático de D. Mercantil. Universidad CEU San Pablo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del TC

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Linda Navarro Matamoros. Profesora de Derecho Mercantil. Universidad de Murcia

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Fabio Pascua Mateo. Catedrático acreditado de Derecho Administrativo. UCM

Juan Antonio Xiol Ríos. Magistrado del Tribunal Constitucional

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

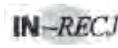
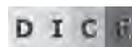
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC 5-32

Intragroup and related party transactions. In regard to the new article 231 bis of the Spanish companies act

Accésit del Premio «Estudios Financieros» 2021

Noelia Poza Rodríguez

La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar 33-56

Suspension of contractual obligations in interim proceedings

Luis Gómez-Iglesias Rosón y Carlos Francés Bataller

Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma) 57-100

Current regulation of the «right to dividend» in unlisted capital companies

Isaac Ibáñez García

Accidentes de tráfico entre familiares y daños materiales: problemas de cobertura 101-112

Traffic accidents between family members and property damage: coverage problems

María Victoria Álvarez Buján

Constitucional-administrativo

El transfuguismo político en las entidades locales y propuestas para combatirlo 113-144

Political transfuguism in local entities and proposals to combat it

Octavio Manuel Fernández Hernández

Casos prácticos

Civil

Desahucio de local; prejudicialidad civil y cláusula <i>rebus</i> . Abuso de derecho Adelaida Medrano Aranguren	145-152
Derecho al honor en el ejercicio de la profesión de abogado Casto Páramo de Santiago	153-158
Actividad procesal por edictos, intervención procesal del Ministerio Fiscal y graduación de sesiones judiciales José Ignacio Esquivias Jaramillo	159-166

Administrativo

Legalidad de ordenanzas y acuerdos municipales Julio Galán Cáceres	167-190
---	---------

Normas de publicación	191-192
-----------------------	---------

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC

Noelia Poza Rodríguez

Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.

Universidad de Zaragoza

Consultora junior. Yksios Digital Growth

n.pozarodriguez@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5118-3404>

Este trabajo ha obtenido un **accésit** del **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La escasez de referencias en la legislación societaria que regulen sustantivamente los grupos de sociedades ha provocado que, hasta la fecha, la legitimidad de las operaciones vinculadas intragrupo se resolviese según el régimen jurídico del deber de lealtad del administrador, contemplado en los artículos 228 y siguientes de la LSC. Al respecto, se ponía el interrogante en la aplicación, para la aprobación de este tipo de operaciones, del deber de abstención del administrador al consejero de la filial, nombrado por la matriz, por el deterioro a la operatividad del grupo que ello conllevaba. El presente trabajo tiene por objeto analizar la posición del administrador en las operaciones vinculadas intragrupo, entre sociedades no cotizadas, a la luz del régimen de los artículos 228 y siguientes de la LSC, y evaluar el cambio jurídico que comporta la aprobación de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de sociedades de capital, que ha introducido, a través de un novedoso artículo 231 bis, un régimen especial de aprobación de operaciones vinculadas intragrupo.

Palabras clave: grupo de sociedades; operaciones vinculadas; administrador dominical; interés del grupo; conflicto de intereses.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Poza Rodríguez, N. (2021). Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC. *Revista CEFLegal*, 251, 5-32.



Intragroup and related party transactions. In regard to the new article 231 bis of the Spanish companies act

Noelia Poza Rodríguez

Abstract

The scarcity of references in corporate law that substantively regulate groups of companies has meant that, to date, the legitimacy of intra-group related-party transactions had been resolved according to the legal regime of the administrator's duty of loyalty, contemplated in articles 228 et seq. LSC. In this regard, the matter put to question was the application, for the approval of this type of operations, of the duty of abstention to the director of the subsidiary, appointed by the parent company, due to the deterioration of the group's operativity that this would entail. The purpose of this work is to analyse the position of the director in intra-group related transactions, between unlisted companies, in the light of the articles 228 et seq. LSC, and evaluate the legal change that involves the approval of Act 5/2021, of April 12, which modifies the consolidated text of the Spanish Companies Act, which it has introduced, through a new article 231 bis, a special regime for the approval of intra-group related-party transactions.

Keywords: corporate group; related party transactions; shareholder representative director; interest of the group; conflict of interest.

Citation: Poza Rodríguez, N. (2021). Las operaciones vinculadas intragrupo. A propósito del nuevo artículo 231 bis de la LSC. *Revista CEFLegal*, 251, 5-32.





Sumario

1. Introducción
2. El interés del grupo como fundamento legitimador de las instrucciones de la sociedad dominante
 - 2.1. La doble vertiente del interés del grupo
 - 2.2. El interés del grupo como interés autónomo al interés individual de las sociedades agrupadas
 - 2.3. El interés del grupo como interés prioritario, que no superior, al interés individual de las sociedades agrupadas
 - 2.4. La aportación de la jurisprudencia en la delimitación del interés del grupo: la doctrina de las ventajas compensatorias y el límite de la supervivencia de la sociedad
3. Operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión antes de la introducción del artículo 231 bis
 - 3.1. Instrumentos de control de las operaciones intragrupo en la redacción de la LSC anterior a la Ley 5/2021
 - 3.2. Aplicación de la regulación sobre conflictos de intereses al administrador dominical en supuestos de grupo policorporativo
 - 3.2.1. La difícil inclusión de la sociedad dominante en el concepto de persona vinculada del artículo 231 de la LSC
 - 3.2.2. La deficiente regulación del artículo 228 c) y las dificultades para la clasificación de los conflictos de interés
 - 3.2.3. El controvertido deber de abstención del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo
4. La nueva regulación de las operaciones intragrupo introducida por la Ley 5/2021
 - 4.1. Delimitación del ámbito de aplicación subjetiva del novedoso artículo 231 bis: distinción entre operaciones intragrupo y operaciones vinculadas intragrupo
 - 4.2. Nuevo régimen jurídico aplicable a las operaciones vinculadas intragrupo
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Los grupos de sociedades constituyen una práctica recurrente en el panorama organizativo empresarial. Durante años, el abordaje jurídico de este fenómeno ha sido, y sigue siendo, objeto de discusión por la doctrina y la jurisprudencia societarias, cuyos esfuerzos se han centrado en comprender estos conglomerados desde la perspectiva jurídica, dado el absentismo normativo en la materia. Ciertamente, aunque la LSC regula exhaustivamente los diferentes aspectos de la sociedad-isla, atribuye un papel residual al grupo de sociedades, limitándose a referencias puntuales y dispersas en el entramado normativo. No obstante, el reconocimiento jurídico de la empresa policorporativa resulta indudable, máxime a la luz del artículo 18 de la LSC, que se remite al artículo 42 del CCom. en la definición de grupo de sociedades. Este precepto circunscribe la noción de grupo a la existencia de una relación de control entre las sociedades afectadas, de forma que solo se consideran grupos de sociedades, a efectos de la LSC, los grupos jerárquicos o verticales, creados por subordinación.

Al margen de la delimitación del grupo de sociedades, lo realmente relevante a efectos del derecho de sociedades no es tanto la capacidad de control de la dominada por parte de la dominante, sino el sometimiento de ambas sociedades a una dirección económica unitaria, articulándose sus actividades en torno a una misma estrategia económica (Paz-Ares, 1999, p. 229; o Febles Pozo, 2016, p. 212). Si bien es cierto que la existencia de control propicia el ejercicio de la dirección unitaria, no se puede pasar por alto que es esta última la que habilita que determinadas decisiones de las sociedades agrupadas no resulten del debate independiente de su órgano de administración, sino del acatamiento de instrucciones emitidas por la dirección del grupo para satisfacer el denominado «interés del grupo» (Iraculis Arregui 2017, p. 6).

Esta paradoja del reconocimiento jurídico del grupo, cuya operatividad atiende al interés del grupo, en una legislación esencialmente inspirada en la sociedad-isla (y en la preservación de su interés social), tiene como resultado fuertes ineficiencias en la interpretación de la norma a la luz de la realidad de grupos, entre ellas: la aplicación de las reglas sobre conflictos de intereses contenidas en los artículos 228 y siguientes de la LSC para la aprobación de operaciones vinculadas intragrupo, así como la desequilibrada tutela de los legítimos intereses en juego; de tal forma que la satisfacción de la política del conglomerado –en esencia, la consecución del interés del grupo–, puede verse truncada por la supremacía legal del interés social individual de la sociedad agrupada.

En este contexto de ineficiencia jurídica, se aprobó el pasado mes de abril la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financie-

ras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, y que transpone la Directiva (UE) 2017/828 al ordenamiento jurídico español. La mencionada ley se instituye como un rayo de luz para la regulación societaria de los grupos de sociedades, por cuanto pretende crear un marco jurídico que fomente la participación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas con el objeto de mejorar el gobierno corporativo de estas sociedades y, en definitiva, su sostenibilidad. Entre las mejoras previstas para alcanzar dicho objetivo, y en lo que a este trabajo afecta, destacan aquellas relacionadas con las operaciones entre la sociedad y sus partes vinculadas y, en concreto, con las operaciones vinculadas intragrupo.

Habida cuenta de que, en España, la mayoría de las sociedades filiales de una sociedad cotizada adoptan la forma de no cotizadas¹, el legislador español ha aprovechado la transposición para extender a todo tipo de sociedades el régimen de operaciones vinculadas intragrupo, previsto originalmente en la directiva para las sociedades cotizadas. Así pues, la Ley 5/2021, a través del artículo 231 bis, introduce en la LSC un régimen especial, más laxo que el general de los artículos 228 y siguientes de la LSC, para la aprobación de las operaciones vinculadas que se celebren entre sociedades de un mismo grupo, tengan o no la condición de cotizadas (y sin perjuicio de la regulación especial de sociedades cotizadas), para favorecer la existencia y funcionamiento de los grupos y superar las deficiencias legislativas que la doctrina y la jurisprudencia han ido poniendo de manifiesto.

Si bien la cobertura de la ley no es comparable con la exhaustiva regulación prevista en el malogrado anteproyecto de Ley de Código Mercantil, esta allanará el camino hacia la materialización de un marco de regulación común para la extensa fenomenología de empresas policorporativas, que supere las deficiencias que arroja la normativa de las sociedades-ísla en la regulación de esta institución y sirva como punto de partida para el resto de sectores del ordenamiento jurídico.

2. El interés del grupo como fundamento legitimador de las instrucciones de la sociedad dominante

Partiendo de la base de que la integración de una sociedad en un grupo de sociedades no redunda en la pérdida de su personalidad jurídica, sino que pervive su independencia jurídica, sus órganos decisores conservan el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad. No obstante, en la medida en que las instrucciones emanadas de la dirección uni-

¹ Véase la exposición de motivos de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021, p. 9.

taria pueden causar un perjuicio en la sociedad dependiente, este binomio independencia jurídica-dirección unitaria da lugar a una confrontación de intereses: por un lado, el interés social de la sociedad agrupada; por otro, el llamado interés del grupo, el fin al que va dirigida la dirección unitaria (Iraculis Arregui, 2017, p. 6). Este particular conflicto de intereses no puede ser estudiado sin matices en el marco del tratamiento legal de los conflictos de intereses del administrador dominical designado directa o indirectamente por la matriz, sino que requiere de una reinterpretación de acuerdo con el contexto en el que se desarrolla; de tal manera que el administrador que, al amparo del interés del grupo, cumpla instrucciones emanadas del grupo que perjudiquen al interés de la sociedad que administra, no sea considerado portador de un interés extrasocial (Iraculis Arregui, 2017, p. 4).

Esta reinterpretación de los conflictos de intereses, a la luz del singular escenario organizativo que instituye el grupo de sociedades, exige la exploración del interés del grupo, noción intrínseca al reconocimiento jurídico del grupo, pero ignorada por nuestra normativa societaria. El presente capítulo aspira a arrojar algo de luz sobre cómo debe formularse este interés para que permita el ejercicio la dirección unitaria y, simultáneamente, respete la independencia jurídica de las sociedades agrupadas.

2.1. La doble vertiente del interés del grupo

La razón por la que la sociedad dominante puede impartir instrucciones a los órganos decisores del resto de sociedades, imponiéndoles el mandato de desobedecer su deber legal de anteponer el interés social, no es la atribución a esta sociedad de la dirección económica. La dirección unitaria no es sino el instrumento a través del que se formula el interés del grupo. Así pues, de forma preliminar a la exploración del interés del grupo, conviene advertir sucintamente su doble configuración. De esta forma, encontramos, en primer lugar, la vertiente positiva, de legitimación, que responde a la función habilitante del interés del grupo de ejecutar de forma imperativa las instrucciones desventajosas emanadas en el seno de la dirección unitaria.

Fruto de la propia función legitimadora del interés del grupo nace su vertiente negativa, que se identifica con la función limitadora de la dirección del grupo. En tanto que la dirección unitaria está al servicio del interés del grupo, y no al revés, toda instrucción emanada de la dirección unitaria que no vele por el interés del grupo será valorada como ilegítima y, por tanto, los administradores de la filial no tendrán el deber de seguirla. De esta forma, el interés del grupo es un mecanismo tuitivo en sí mismo de los intereses externos (Iraculis Arregui, 2017, pp. 5 y 12).

2.2. El interés del grupo como interés autónomo al interés individual de las sociedades agrupadas

Profundizando ya en el concepto de interés del grupo, una primera aproximación exige poner el foco de atención en su titularidad. En el ámbito societario, el interés social se confi-

gura, desde una perspectiva subjetiva, como el interés común de los socios en que, a través de la actividad de la sociedad, se alcance el fin común último que, tradicionalmente, se ha identificado con la maximización del beneficio a distribuir entre sus socios². El interés social pertenece entonces a la comunidad de socios, siendo todos ellos titulares en virtud del contrato de sociedad. No obstante, el carácter «plurititular» del interés social no se proyecta como una sumatoria de los intereses individuales, sino como el mínimo común denominador de estos, o lo que es lo mismo, el interés coincidente a todos los socios (Sánchez-Calero Guilarte, 2006, p. 712). El interés social no puede identificarse con el interés particular de un socio, ni con el conjunto de intereses particulares, al contrario, este constituye un interés autónomo formado por la esfera de confluencia de los intereses individuales de los socios.

Idéntica apreciación merece la titularidad del interés del grupo en el contexto de los grupos de sociedades. El interés del grupo representa el interés común a las sociedades que integran el conglomerado empresarial, pero, a la vez, es independiente al resto de intereses sociales que navegan en ese conglomerado, cada uno dentro de su esfera de actuación.

A este respecto, la ausencia de personalidad jurídica del grupo, de un centro de imputación inmediata del interés del grupo, no es impedimento para tal configuración según la doctrina mayoritaria que rechaza la adscripción del interés del grupo a la sociedad dominante o a un único sujeto de derecho, y apela a la titularidad mediata de todas las sociedades agrupadas (Iraculis Arregui, 2017, pp. 7-10). El hecho de que las instrucciones de grupo emanen de la sociedad dominante, en su condición de responsable del ejercicio de la dirección económica en los grupos jerarquizados, no implica que el interés del grupo tenga que identificarse con el interés de la dominante. El interés del grupo trasciende el interés social individual de cada sociedad agrupada, incluida la dominante. Es más, la imputación del interés del grupo a la sociedad dominante acarrearía el riesgo de que el interés particular de esta sociedad absorbiese el interés del grupo y que, bajo la apariencia de este último, se impartiesen instrucciones que buscasen el solo beneficio de la dominante en detrimento de las dominadas, poniendo en peligro la integridad del grupo (Iraculis Arregui, 2017, p. 10).

Así, para el caso en que la sociedad dominante y una sociedad dependiente tuviesen intereses conflictuados, esta colisión sería ajena al grupo. El conflicto enfrentaría únicamente el interés social de la dominante y el de la dependiente, quedando al margen del ámbito de actuación del interés del grupo, el cual, como se ha dicho, es autónomo a los intereses particulares de las sociedades que lo integran (Iraculis Arregui, 2017, p. 10).

² Esta ha sido la postura tradicional, porque en la reciente RDGSJFP de 17 de diciembre de 2020 (BOE-A-2021-342) se ha admitido de forma expresa la constitución como sociedad de capital de entidades que estatutariamente carezcan de ánimo de lucro en sentido subjetivo, entendido como la búsqueda del enriquecimiento personal de los socios. Se admite así que su fin común último, su interés social, se identifique con la promoción de un fin social a través de la reinversión de las ganancias obtenidas por la sociedad a tal objeto. Para un comentario crítico a esta resolución, véase Fernández del Pozo (2021).

En atención a este presupuesto, se pueden clasificar las instrucciones impartidas por la sociedad dominante en instrucciones productivas e instrucciones distributivas (Paz-Ares, 1999, p. 243). Por instrucciones productivas entendemos aquellas que buscan incrementar el rendimiento conjunto del grupo, lo que se traduce en un beneficio para el grupo mayor que el perjuicio causado a la filial por la ejecución de dicha instrucción. Por el contrario, las instrucciones distributivas no incrementan el valor del grupo, sino que se limitan a desplazar el valor ya existente de una sociedad a otra integrante del grupo; de tal manera que se perjudica el interés de la primera para beneficiar a la segunda. Tan solo el primer grupo de instrucciones puede considerarse amparado por el interés del grupo, entendido como un interés independiente a los intereses individuales de cada sociedad y común a todas ellas. Solo entonces el interés del grupo puede legitimar instrucciones contrarias al interés social de la sociedad dependiente. Del mismo modo, toda aquella instrucción, distributiva, que se traduzca en un beneficio exclusivo para una sociedad del grupo, normalmente la dominante, a costa de otra será considerada como ilegítima. Este último tipo de instrucciones da lugar a operaciones vinculadas «extragrupo», es decir, operaciones que si bien se dan en el seno de un grupo de sociedades, entrañan un conflicto entre intereses individuales de las sociedades afectadas, pues los intereses en juego son ajenos al interés común del grupo (Iraculis Arregui, 2017, pp. 11 y 12).

2.3. El interés del grupo como interés prioritario, que no superior, al interés individual de las sociedades agrupadas

Fruto del carácter autónomo del interés del grupo, la segunda propiedad hace referencia a la relación de este interés con los restantes intereses conectados a la organización y funcionamiento del grupo. Conviene recordar que cuando una sociedad se integra dentro de una estructura policorporativa, su actividad, cuando menos la económica, pasa a estar coordinada por la política estratégica del grupo y, en definitiva, por la dirección económica. Esta situación entraña el riesgo «natural» de que la política del grupo, cuyo objetivo es el mejor interés del grupo, colisione, en ocasiones, con el concreto interés social de alguna de las sociedades agrupadas, teniendo estas que soportar una lesión patrimonial fruto de la ejecución de instrucciones suministradas por la dominante (Fernández del Pozo, 2018, p. 31).

El incremento del valor del grupo, si bien es el punto de partida para la legitimación de instrucciones perjudiciales para una empresa del grupo, no justifica íntegramente la decisión de los órganos decisores de la dependiente de desviarse en su deber legal de tutelar el interés social. Los administradores, al igual que los socios, siguen teniendo un deber de lealtad para con la sociedad que administran o participan. La consecución del interés del grupo no elimina tal deber, por lo que es necesario que, en última instancia, el interés social no se vea afectado o, lo que es lo mismo, que el perjuicio al interés social de la dependiente sea restaurado.

La idea legitimadora del daño al interés social se basa en el carácter pasajero de dicho perjuicio. Ante el riesgo de colisión entre el interés del grupo y el interés individual de las sociedades

agrupadas, la consecución del primero goza de prioridad sobre el segundo, cuya realización queda postergada, pero no anulada. En este sentido, la relación entre estos intereses no es de jerarquía, sino de coordinación. No es aceptable la concepción de la legitimidad del interés del grupo como interés supremo, que elimina la tutela del resto de intereses (Embido Irujo, 2011, p. 415). La confluencia de ambos intereses en el mismo ámbito de actuación no supone la subordinación del interés social individual al interés grupal, sino la coordinación de ambos, anteponiendo en el tiempo la consecución del interés del grupo (Iraculis Arregui, 2017, p. 11). El interés social individual de la sociedad afectada por el daño ha de ser satisfecho en última instancia. La desventaja sufrida ha de ser algo temporal, de forma que se supere al final la situación de desprotección en la que se encontrarían los socios externos y los acreedores. Por tal motivo, cuando el propio devenir del grupo no permita restaurar el interés de la sociedad afectada, la dirección unitaria tiene la obligación de desarrollar mecanismos de restauración, entre los que destaca el deber de compensar el perjuicio sufrido (Iraculis Arregui, 2017, p. 14).

2.4. La aportación de la jurisprudencia en la delimitación del interés del grupo: la doctrina de las ventajas compensatorias y el límite de la supervivencia de la sociedad

La supremacía legal del interés social, que obvia la trascendencia del interés del grupo para el correcto funcionamiento de los grupos de sociedades, da lugar a importantes problemas en la realidad empresarial y, por tanto, en la práctica jurisprudencial. Para sortear este obstáculo legislativo a la plena operatividad del grupo, que desvirtuaría el reconocimiento jurídico del propio grupo, la doctrina jurisprudencial –como de costumbre, un paso por delante del legislador– ha reconocido, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015³, el interés del grupo como fundamento legitimador de aquellas instrucciones emanadas de la dirección unitaria que entrañen un daño para la sociedad filial.

Lo relevante de esta sentencia, además del reconocimiento expreso del interés del grupo en nuestro sistema jurídico, es que concreta cómo neutralizar el perjuicio al interés social, y superar así la postergación del interés de la sociedad filial (fruto del carácter prioritario del interés del grupo). La postura del Tribunal Supremo se funda en la teoría de las ventajas compensatorias (*teoria dei vantaggi compensativi*) del derecho italiano que, a su vez, se apoya en la doctrina francesa Rozenblum.

Como preámbulo al análisis de la tesis de nuestro tribunal, considero oportuno exponer los antecedentes doctrinales sobre los que descansa. El primero de ellos es la conocida como doctrina Rozenblum, desarrollada por la jurisprudencia y doctrina francesas, a partir de la sentencia homónima dictada en 1985. El caso versaba sobre la comisión de un delito de abuso de bienes sociales (*abus de biens sociaux*) por el desvío de patrimonio de una sociedad sana a otra insol-

³ STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2141/2013 [NCJ060649]).

vente, ambas controladas y administradas por una misma persona, el Sr. Rozenblum. Si bien se trataba de un proceso penal, la *Cour de cassation* estableció, por primera vez, que la consecución del interés del grupo puede excluir la antijuridicidad de esta conducta delictiva, bajo el cumplimiento de un conjunto de condiciones, que pueden ser extrapoladas al ámbito civil⁴.

La primera condición hace referencia a la pertenencia de las sociedades afectadas a un mismo grupo, entendiéndose como tal la unión de sociedades por un vínculo de dependencia que las coloca, en la práctica, bajo el control conjunto de una dirección única⁵. Para apreciar este tipo de relaciones entre distintas sociedades y, por tanto, la existencia de un grupo, la *Cour de cassation* exige la consecución de un interés económico, social o financiero común, apreciado a través de una política elaborada por el conjunto del grupo⁶. Como corolario, se exige igualmente que la operación esté encuadrada en esa política de grupo y busque el interés común del grupo.

En segundo lugar, es necesario que se prevea una compensación a la sociedad afectada, de suerte que no se rompa el equilibrio entre las diversas sociedades agrupadas⁷. Se trata de realizar un «balance entre las ventajas y las desventajas que derivan de la integración de las filiales en el perímetro del grupo que compense, con el fin de que cada filial pueda razonablemente esperar en una perspectiva a largo plazo que las desventajas se verán compensadas por las ventajas de pertenecer al grupo» (Antunes, 2011, p. 397).

Cumulativamente, esta conducta no debe poner en peligro las posibilidades financieras de la sociedad perjudicada⁸. Esto es, se exige que no se ponga en peligro la propia supervivencia de la empresa⁹.

En el derecho italiano, la doctrina Rozenblum encontró su reflejo en la teoría de las ventajas compensatorias (*teoria dei vantaggi compensativi*), en virtud de la cual el beneficio obtenido por la matriz a costa de la filial es lícito si esta última ve compensado el perjuicio «con ventajas conseguidas o fundamentalmente previsibles derivadas de su pertenencia al grupo»¹⁰. Con la reforma del *Codice civile* italiano, en 2003, se introduce el artículo 2497, que viene a excluir la responsabilidad de la sociedad o de los entes que ejerzan la dirección de la misma respecto a

⁴ Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

⁵ «Les sociétés composantes sont unies par un lien de dépendance les mettant, en fait, sous le co-contrôle d'une direction unique», Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

⁶ «Intrêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe», Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

⁷ «Ne doit ni être demuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagement respectifs de diverses sociétés concernées», Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

⁸ «Ni vero les possibilités veroères de celle qui en supporte la charge», Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 février 1985, 84-91.581.

⁹ Así se entiende en la SJM de Oviedo de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

¹⁰ SJM de Oviedo, de 9 de enero de 2014 (ECLI: ES:JMO:2014:236).

las acciones que perjudiquen el patrimonio de la empresa cuando «no se aprecie daño a la luz de resultado conjunto de la actividad de dirección y coordinación» o cuando «dicho daño haya sido íntegramente eliminado a consecuencia de operaciones dirigidas a dicho fin»¹¹. El sacrificio del interés individual de la sociedad en beneficio del interés del grupo debe verse compensado por la propia pertenencia de dicha sociedad a esa estructura policorporativa, ya sea porque la consecución del interés común ha repercutido en un mayor beneficio para todas las sociedades agrupadas y, en consecuencia, para la sociedad afectada, que ha visto neutralizado el perjuicio inicial, o porque se han desarrollado actividades dirigidas a compensar ese daño.

Asimismo, la Corte di Cassazione, en sentencia de 4 de agosto de 2014 (n.º 16707) estableció la necesaria determinación de la ventaja compensatoria al rechazar que pueda ser hipotética o esté simplemente justificada por la mera pertenencia de la sociedad al grupo¹².

Esta línea de interpretación jurisprudencial también ha sido acogida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 2015. A través de esta sentencia, el Tribunal Supremo extiende la doctrina de las ventajas compensatorias, acuñada en el ámbito rescisorio concursal, al derecho de sociedades, y fija cómo ha de ser la compensación a la filial para que sea adecuada, esto es, para que el beneficio injusto quede justificado.

Así pues, el tribunal aprecia que estas ventajas no tienen por qué ser simultáneas o posteriores al daño o a la actuación perjudicial, pudiendo tratarse de beneficios patrimoniales generados anteriormente por actuaciones concretas del grupo dirigidas a la sociedad o por la propia pertenencia de la sociedad al grupo. No obstante, estas ventajas han de ser verificables y concretas, y no meras hipótesis o aseveraciones sin consistencia real. Como se ha dicho anteriormente, la mera pertenencia de la sociedad al grupo no constituye *per se* una ventaja suficiente para justificar la no consecución del interés individual de la sociedad agrupada en interés del grupo.

Se admiten igualmente tanto ventajas tangibles como intangibles, tales como nuevas oportunidades de negocio concretas, acceso al *know-how* del grupo..., pero han de tener siempre un valor económico. Asimismo, de la exigencia de proporcionalidad con el daño sufrido por la sociedad, se deriva que deben ser cuantificables, pues «se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial»¹³.

¹¹ El artículo 2497 del Codice Civile prevé que: «Le società' o gli enti che, esercitando attività' di direzione e coordinamento di società', agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società' medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato ver redditività' ed al valore della partecipazione sociale, nonché' nei confronti dei creditori vero per la lesione cagionata all'integrità' del patrimonio della società'. Non vi è' responsabilità' quando il danno risulta mancante ver luce del risultato complessivo dell'attività' di direzione e coordinamento vero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a cio' dirette».

¹² SJM de Oviedo de 9 de enero de 2014 (rec. núm. 221/2012).

¹³ STS (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2141/2013 [NCJ060649]).

Por último, deben contar con «una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial»¹⁴, lo que, a mi juicio, requiere que los daños sufridos han de redundar en un aumento de la productividad del grupo y, por lo tanto, de la sociedad. No son admisibles negocios que tan solo supongan una mera redistribución de valor, es decir, provengan de instrucciones distributivas y no productivas.

Como límite a esta justificación y, por tanto, al perjuicio, se encuentra la supervivencia de la sociedad dependiente, de forma que, en ningún caso, puede estar razonable y adecuadamente justificada una actuación en interés del grupo que ponga en peligro la propia viabilidad y solvencia de la filial. La propia supervivencia de la empresa es un límite lógico, ya que no es posible realizar una compensación a una empresa extinguida por no haber sobrevivido al daño infligido.

Configuración similar se apreciaba en el frustrado anteproyecto de Código Mercantil (ACM) de 30 de mayo de 2014, que contemplaba determinar la existencia de perjuicio en vista del conjunto de ventajas y desventajas que la pertenencia al grupo comportase para la sociedad dependiente (*vid.* art. 291-10 ACM), de forma que si el saldo de este balance resultaba negativo a causa de alguna instrucción, el artículo 291-11 imponía el deber de compensar a la filial afectada. La norma, convenientemente, fijaba un plazo de un año para hacer efectiva esa compensación, a contar desde la producción del perjuicio o desde la fecha de la instrucción, en el caso de que el perjuicio fuera objetivamente previsible.

El artículo 291-9 del ACM, además de imponer como el límite que la instrucción impartida no pusiese en riesgo la solvencia de la sociedad filial, establecía, como no podía ser de otra forma, el respeto de la misma a la ley y a los estatutos de la sociedad dependiente. Este precepto cristalizaba la pervivencia de la sociedad como el límite, ya no de la razonabilidad del perjuicio, sino del propio interés del grupo.

Como se ha venido exponiendo, los perjuicios infligidos a la sociedad filial, para que sean convalidados por el interés del grupo, deben ser compensables y, por tanto, pasajeros. En nombre del interés del grupo, se admite que la sociedad filial postergue la realización de su interés social individual, para que este sea entonces atendido en un momento posterior. Si la instrucción emanada de la dirección unitaria ocasiona un perjuicio exorbitante, que ponga en peligro la subsistencia de la sociedad agrupada, estaría desplazando de forma permanente el interés de la filial (Iraculis Arregui, 2017, p. 15). En tal caso, el interés del grupo ya no constituiría un interés prioritario, sino superior, pues su consecución descansaría en el sacrificio definitivo de los intereses de las sociedades agrupadas. En palabras de Girgado Perandones (2002, p. 54), este comportamiento daría lugar a supuestos de «vampirismo intragrupo». Es por ello que aquellas instrucciones que comprometan la viabilidad económica de la sociedad dependiente no quedan amparadas por el interés del grupo, y constituirán instrucciones «extragrupo» o ilegítimas (Iraculis Arregui, 2017, p. 15).

¹⁴ Véase nota anterior.

En definitiva, la doctrina de la compensación puede quedar resumida como sigue. La consecución de interés del grupo autoriza la postergación del interés social individual de la sociedad agrupada, a condición de que esta reciba una contraprestación que neutralice el perjuicio que pueda irrogársele. En cuanto a la evaluación de la existencia del perjuicio, no se trata de hacer un examen aislado de las pérdidas y ganancias que experimenta la empresa dependiente como resultado de la postergación de la realización del interés social, sino que hay que tener en cuenta el conjunto de ventajas y desventajas derivadas de su pertenencia al grupo. Para el caso de que sea precisa una contraprestación para garantizar el equilibrio entre las sociedades agrupadas, esta no tiene por qué ser simultánea a la conducta que priorizó el interés del grupo, pudiendo ser posterior o anterior a ella; pero, en todo caso, deberá ser «adecuada, lo cual se traduce en la necesaria concurrencia de otros dos elementos, tales como la certeza o concreción y la proporcionalidad» (Iraculis Arregui, 2017, p. 14). En ningún caso, el sacrificio que tenga obligación de soportar la sociedad agrupada en pos del interés del grupo podrá poner en peligro la viabilidad y solvencia de la propia sociedad (Iraculis Arregui, 2017, p. 15), configurándose la supervivencia de la empresa como límite o, mejor dicho, tope del sacrificio a soportar.

3. Operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión antes de la introducción del artículo 231 bis

3.1. Instrumentos de control de las operaciones intragrupo en la redacción de la LSC anterior a la Ley 5/2021

El ejercicio de la dirección unitaria a menudo se manifiesta mediante la celebración de operaciones internas, entre las sociedades del grupo, que obedecen a la satisfacción de la política estratégica del grupo. Sin embargo, existe el riesgo natural de que, persiguiendo el mejor interés del grupo, se produzca un perjuicio para el interés individual de alguna de las sociedades intervinientes. Debido a que las sociedades agrupadas, pese a estar integradas en una estructura policorporativa, conservan su autonomía jurídica y, por tanto, su interés social, las operaciones intragrupo deben considerarse como un supuesto especial de operaciones con partes vinculadas.

No obstante, cuando una sociedad forma parte de un grupo, su interés social es reinterpretado con base en el contexto organizativo en que se desarrolla. Por ello, en estos supuestos no habría en puridad un conflicto de intereses, sino una matización del interés social individual a la luz del interés del grupo. De esta forma, dado el carácter autónomo y prioritario del interés del grupo, el interés social de una sociedad agrupada, sin abandonar su función tradicional, desarrolla una nueva función prioritaria: «hacer eficiente la política unitaria marcada por la entidad de dirección de grupo» (Iraculis Arregui 2018, p. 13). Bajo la óptica del interés del grupo, la aparente colisión de intereses derivada de la celebración de operaciones intragrupo podría ser fácilmente sorteada a través de la priorización del interés

del grupo sobre el interés social y la compensación del posible perjuicio que la postergación del interés social pudiese acarrear. Pues bien, poner en marcha tal planteamiento no resulta tan sencillo, ya que son precisos instrumentos jurídicos que garanticen la legítima apelación al interés del grupo y protejan a los socios externos de la filial. Este problema se agrava a causa de que, hasta la fecha, la legislación societaria no amparaba el interés del grupo.

Desde estas consideraciones, antes de la introducción del nuevo artículo 231 bis, la única solución que ofrecía la LSC era recurrir a los mecanismos de resolución de conflictos de intereses recogidos en el artículo 190 y en los artículos 228 y siguientes, que someten la aprobación de determinadas operaciones en las que un socio o administrador, respectivamente, pudiesen tener un interés extrasocial, a un cauce procedimental concreto.

Así pues, sin ánimo de profundizar en esta cuestión, cuando la aprobación de la operación corresponda a la junta general en virtud del artículo 160 de la LSC, el artículo 190 de la LSC contempla la prohibición de voto del socio en conflicto en determinadas ocasiones, entre ellas, facilitarle asistencia financiera. De esta forma, en el contexto de operaciones intragrupo, el socio mayoritario o la sociedad dominante tendrá el deber de abstenerse cuando se votase la concesión de un préstamo para la sociedad dominante por parte de la dominada. En el resto casos cuya aprobación compete a la junta general, el socio conflictuado no perderá su derecho a voto. Para garantizar la transparencia e inocuidad de la operación, se articula una suerte de regla *entire fairness* por la que se invierte la carga de la prueba en caso de impugnación del acuerdo, de tal manera que si bien el socio que impugne el acuerdo deberá acreditar el conflicto de interés, será el socio conflictuado o la sociedad los que tendrán que probar la conformidad del acuerdo con el interés social (vid. art. 190.3 LSC).

Fuera de los supuestos contemplados en el artículo 160 de la LSC, la aprobación de la operación corresponde al órgano de administración. Como regla general, el artículo 228 c) de la LSC establece la abstención del administrador que tenga un interés directo o indirecto en la operación.

En términos generales, podemos observar que las reglas procedimentales citadas exigen la abstención del socio o administrador conflictuado en la aprobación de la operación, especialmente en el caso de los administradores. Estas medidas, dirigidas a proteger el interés social frente a amenazas de otros intereses extrasociales, entre los que se incluiría el interés del grupo, evidencian que los mecanismos hasta ahora previstos en la LSC para resolver los conflictos de intereses derivados de operaciones vinculadas eran claramente impropcedentes en el contexto grupal, por cuanto tenían por objetivo proteger el interés social en una sociedad-isla, obviando la posible integración de dicha sociedad en una estructura policorporativa. La aplicación sistemática de las mencionadas reglas a los grupos de sociedades conducía a que, la sociedad dominante, en calidad de socio mayoritario, se viese privada de los mecanismos jurídicos para ejercer la dirección unitaria, ya de forma directa en la junta general o, indirectamente, a través de los administradores por ella nombrados, obstaculizando en esencia el correcto funcionamiento del grupo.

3.2. Aplicación de la regulación sobre conflictos de intereses al administrador dominical en supuestos de grupo policorporativo

Expuesta la problemática general, la cuestión más espinosa surgía cuando se pretendía aplicar la regulación de las operaciones vinculadas al administrador de la sociedad filial nombrado por la sociedad dominante o controlado por ella, en relación con la toma de decisiones que afectaban a negocios entre la sociedad dominante y la filial administrada.

3.2.1. La difícil inclusión de la sociedad dominante en el concepto de persona vinculada del artículo 231 de la LSC

El primer problema que planteaba la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas a las operaciones intragrupo resultaba de la difícil inclusión de la sociedad matriz en el doble listado de personas vinculadas que contiene el artículo 231 de la LSC, en atención a si el administrador era una persona física o una persona jurídica.

Las únicas personas que la ley establecía como vinculadas al administrador persona física eran determinados familiares del administrador (padres, hijos y hermanos del administrador y los cónyuges de todos ellos) (letras a, b y c del art. 231.1 LSC) y las sociedades controladas por el propio administrador (letra d del art. 231.2 LSC) (Paz-Ares, 2017, p. 93). Empero, cuando nos encontrábamos ante un administrador persona jurídica, la relación de personas vinculadas a este no quedaba limitada a las personas vinculadas a la persona física representante del administrador persona jurídica, sino que se extendía a otros sujetos. Así pues, entre los sujetos que recogía, y para el caso que nos ocupa, se encontraba el socio que ejercía un control del administrador persona jurídica en los términos del artículo 42 del CCom. (letra a del art. 231.2 LSC), así como las sociedades, y sus socios, que formaban parte del mismo grupo que el administrador persona jurídica (letra c del art. 231.2 LSC). En este sentido, los socios de control, cualificados para influenciar en el administrador, quedaban expresamente definidos como personas vinculadas al administrador si este era persona jurídica, pero no si era persona física. Esto conduce a pensar que el legislador, en la delimitación de las personas vinculadas al administrador persona física, contempló únicamente los supuestos en los que habitualmente, aunque no necesariamente, es el administrador el que tiene capacidad de ejercer una influencia suficiente sobre la persona vinculada, obviando aquellos en los que el conflicto es ascendente, y es la persona vinculada la que tiene capacidad de influir en el administrador¹⁵.

¹⁵ A propósito de la clasificación de los conflictos como ascendentes o descendientes, leer Fernández del Pozo (2018, p. 14) y Paz-Ares (2017, p. 98).

Al respecto, la doctrina se divide al tratar el alcance de la enumeración contenida en este precepto, máxime en relación con el administrador persona física. Una tesis, minoritaria, estima que no queda otra opción que apreciar el carácter *ad exemplum* de la lista y su necesaria ampliación analógica a efectos de colmar las lagunas que presenta, tanto por sobreinclusión (p. ej. familiares directos con enemistad manifiesta con el administrador) como por infrainclusión (p. ej. amigos íntimos o incluso el supuesto del socio representado por el administrador en el órgano de administración) (Embid Irujo y Górriz López, 2009, p. 1.444)¹⁶. En el plano jurisprudencial y en relación con la cuestión que aquí interesa, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 30 de octubre de 2013 admite la integración analógica del artículo 231 de la LSC para incluir, en concreto, el conflicto en el que se encuentra el consejero dominical ante operaciones entre el *dominus* y la sociedad administrada. De esta forma, se consideró que los consejeros de Unión Fenosa Gas nombrados por Gas Natural, quien compartía el capital de la *joint-venture* a partes iguales con ENI, se encontraban conflictuados y, por ende, tenían el deber de abstenerse de intervenir en el acuerdo de notificación de fuerza mayor de los contratos celebrados con otras sociedades del grupo.

En contraposición, la doctrina mayoritaria sostiene el carácter taxativo de la norma por razones de seguridad jurídica. Ciertamente, la norma podría haber seguido un concepto abierto de persona vinculada mediante una definición general. Empero, el legislador español, en la línea del derecho comparado y de la UE, optó por una tipificación positiva de quién ha de considerarse persona vinculada (Fernández del Pozo, 2018, p. 12).

En mi opinión, y sin discutir la insuficiencia en la literalidad de la norma¹⁷, debe prevalecer esta última tesis e interpretarse el precepto como una lista cerrada, sin que dé lugar a una interpretación analógica, o al menos de analogía general, que simplemente apele a la existencia de vínculos, de diferente naturaleza, entre el tercero y el administrador (Paz-Ares, 2017, p. 93). Obviamente, toda tipificación corre el riesgo de rendir insuficiente ante determinados supuestos y, a la vez, incluir otros que resulten innecesarios en la casuística empírica, pero ello no obsta para que sea el mejor mecanismo, en términos de seguridad jurídica, para regular una norma prohibitiva. En este sentido, siguiendo el canon hermenéutico del artículo 4.2 del CC, la delimitación *rationae personae* del ámbito de aplicación del deber de abstención del artículo 228 c) de la LSC, y que se apoya en el artículo 231 de la LSC, debe responder a una interpretación restrictiva en tanto que norma prohibitiva, interpretación que la concepción cerrada de «persona vinculada» protege.

¹⁶ Igualmente, Ribas Ferrer (2010, pp. 468-471 y 480) interpreta la relación de personas vinculadas de forma abierta para añadir los conflictos derivados de vinculaciones de colaboración entre el administrador y un tercero, así como el supuesto del socio de control o *dominus*. En la misma línea, González Meneses (2015, p. 556) aboga por operaciones *de facto* «contaminadas» por la relación entre el administrador y una persona, debiéndose valorar los casos del artículo 231 a efectos meramente presuntivos (y además, *iuris et de iure*) de una relación contaminante.

¹⁷ SJM de Madrid de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 245/2013).

3.2.2. La deficiente regulación del artículo 228 c) y las dificultades para la clasificación de los conflictos de interés

Dilucidado el alcance del artículo 231 de la LSC, pasamos a analizar el apartado c) del artículo 228 de la LSC, que impone al administrador la obligación de «abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en los que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto». El lenguaje utilizado invita a deducir que el deber de abstención del administrador opera tanto cuando el administrador tiene un conflicto directo o indirecto con la sociedad como cuando es alguna de las personas vinculadas a él la que tiene dicho conflicto, pudiendo este conflicto ser a su vez directo o indirecto, en atención a la contraparte de la operación (el propio sujeto conflictuado u otro)¹⁸. Aun cuando esta es la interpretación que se desprende de una primera lectura del precepto, considero que debe rechazarse, pues solo cabe atribuirlo a una torpe redacción legislativa que ha de ser corregida con una adecuada interpretación sistemática y teleológica de la norma.

En primer lugar, las personas vinculadas al administrador no están sujetas a un conflicto de intereses societario, ni mucho menos a un conflicto indirecto. El único sujeto del que cabe predicar un conflicto de intereses con la sociedad es el administrador, al ser el único sometido por imperativo legal al cumplimiento del deber de lealtad para con la sociedad. Es este deber el que le obliga a evitar conflictos en los que el interés de la sociedad pueda verse postergado frente a otros intereses extrasociales, sean propios del administrador o de personas vinculadas a él. La persona que contrata con la sociedad, con independencia de que esté vinculada al administrador, se encontrará en una situación de conflicto, pero de naturaleza meramente contractual, propia de su condición de contraparte en una transacción¹⁹. Solo el administrador, cuando tenga una vinculación con la contraparte, se verá inmerso en una situación de conflicto de intereses societario, que le obligará a observar los concretos deberes de lealtad impuestos por el legislador para así evitar que valore la idoneidad de la operación en el mejor interés de la persona vinculada, o del suyo propio, y no en el de la sociedad.

La segunda razón para rechazar una interpretación literal del artículo 228 c) de la LSC obedece a la distinción ente conflicto de intereses directo o indirecto. Tal y como sostienen algunos autores, el carácter directo o indirecto responde a una concepción *rationae materiae* del conflicto (Fernández del Pozo, 2018, p.12)²⁰. Así pues, se considera conflicto directo aquel que

¹⁸ De hecho, esta es la tesis defendida por Paz-Ares (2017, pp. 92 y 97), al considerar que la norma equipara el conflicto que afecta a una persona vinculada al del administrador, pues, a efectos legales, ambos constituyen una única unidad de imputación; y que, tanto unos como otros, pueden ser directos o indirectos.

¹⁹ Así lo entiende Latorre Chiner (2019, p. 5).

²⁰ También Paz-Ares (2017, p. 96), si bien incluye en el expediente del conflicto indirecto aquella transacción que el administrador realice con un tercero y que pueda desplegar efectos colaterales típicamente perniciosos sobre la sociedad. Este último supuesto, a mi juicio, ha de ser desechado, ya que, al ser una operación extrasocial, no habría votación o deliberación de la que el administrador tuviera deber de abstenerse. Por lo tanto, los conflictos de directos o indirectos quedan reducidos a conflictos transaccio-

resulta de una transacción que realiza la sociedad directamente con el administrador, pues se corre el riesgo de que el administrador se prevalga de su posición para gestar una operación que nutra su interés particular a costa del interés social. Por el contrario, estaremos ante un conflicto indirecto cuando el riesgo de desatender el interés social traiga causa en una transacción entre la sociedad y un tercero que, por la relación existente entre este y el administrador, incline a este último a un comportamiento desleal con la sociedad que administra. En estos supuestos, aunque no sea parte en la operación, el conflicto contractual del tercero se imputa al administrador, convirtiéndolo en un operador, indirecto, de dicha transacción.

Asimismo, conviene puntualizar que la tipificación *rationae personae* del conflicto de intereses no puede buscarse en el apartado c) del artículo 228 de la LSC, sino que se ha de acudir al apartado e) del mencionado precepto. Téngase en cuenta que el apartado e) distingue entre conflictos de intereses por cuenta propia y por cuenta ajena. Los primeros afectan al interés personal del administrador, sin que ello signifique necesariamente que él realiza personalmente la operación, pues puede servirse de la interposición de una persona vinculada a él²¹. Por su parte, en los conflictos por cuenta ajena, la transacción se promueve no en beneficio del administrador, sino de un tercero, en cuyo interés existe riesgo de que el administrador actúe. Los conflictos por cuenta ajena suelen obedecer a relaciones en las que el beneficiario tiene cierto poder o influencia sobre el administrador, también llamados conflictos ascendentes, pues suben de este hacia la persona bajo cuya influencia se encuentra²².

De las consideraciones expuestas se llega a la conclusión de que la disyuntiva entre conflictos directo o indirecto y conflictos por cuenta propia o ajena no es una clasificación sinónima o excluyente, sino que ambas clasificaciones pueden concurrir en un mismo supuesto. De esta forma, y para el caso que nos interesa, el conflicto en el que incurre el administrador dominical cuando el *dominus* (el socio mayoritario o sociedad dominante) contrate con la sociedad dependiente se inscribiría dentro de los conflictos indirectos y por cuenta ajena (o ascendente).

El tercer motivo responde a razones de coherencia y seguridad jurídicas. Si extendemos el supuesto de hecho del artículo 228 c) de la LSC a los conflictos de intereses, directos e indirectos, de las personas vinculadas al administrador, estaríamos incluyendo también las tran-

nales, que son de los se ocupa el artículo 228 c), que han de tener, en todo caso, como contraparte a la propia sociedad. Al respecto, puede rebatirse el supuesto de hecho del artículo 229.1 b), que impone al administrador la prohibición de «utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas». Concibo esta situación como un conflicto por cuenta propia, en la que el administrador se prevale de su cargo, y del nombre de la sociedad, en beneficio propio, ejerciendo una influencia indebida en el devenir de la operación.

²¹ La utilización de una persona vinculada para que contrate en beneficio del administrador se inscribiría además dentro de los conflictos descendentes, pues, teniendo lugar la operación entre un tercero y la sociedad (conflicto indirecto), el administrador está en condiciones de ejercer una influencia significativa sobre este tercero para que realice la transacción en su interés. A propósito de la clasificación de los conflictos como ascendentes o descendentes, véase Fernández del Pozo (2018, p. 14) y Paz-Ares (2017, p. 98).

²² En este sentido, Fernández del Pozo (2018, pp. 13-14).

sacciones celebradas entre la sociedad y personas relacionadas con las personas vinculadas al administrador. Frente a la concepción abierta del artículo 228 c) de la LSC que propugna algún autor²³, no resulta coherente predicar el carácter taxativo del artículo 231 de la LSC y, sin embargo, interpretar de forma extensiva una norma prohibitiva como es el artículo 228 de la LSC. Además, el propio artículo 231 de la LSC perdería toda su virtualidad, pues las personas que rechazamos como vinculadas por no estar contempladas en dicho precepto quedarían luego incluidas subrepticamente por la puerta del artículo 228 c) de la LSC como personas relacionadas a las personas vinculadas. Esto, a su vez, generaría problemas de seguridad jurídica, al no quedar definida qué relación es la que debe existir entre un sujeto y una persona vinculada al administrador para que el primero sea considerado persona relacionada con la segunda, lo que culminaría en una ineficiente gestión de la sociedad, pues el administrador tendría que abstenerse de votar en cuanto la contraparte de la operación con la sociedad fuese una persona que tuviese la más mínima relación, incluso indirecta, con el administrador.

Sobre la delimitación subjetiva del artículo 228 c) de la LSC, comparto la postura del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo, en sentencia de 9 de enero de 2014, que entiende, a efectos del deber de abstención del administrador, que la fenomenología del conflicto indirecto queda limitada a las personas vinculadas del artículo 231 de la LSC²⁴.

Por todo lo anteriormente expuesto, una interpretación sistemática y teleológica del apartado c) del artículo 228 de la LSC viene a reducir el supuesto de hecho del deber de abstención del administrador a conflictos directos y conflictos indirectos con personas vinculadas, o lo que es lo mismo, transacciones entre el administrador y la sociedad y transacciones entre la sociedad y un tercero, siendo este una persona vinculada al administrador en virtud del artículo 231 de la LSC.

3.2.3. El controvertido deber de abstención del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo

Teniendo en cuenta, por un lado, que el artículo 231 de la LSC ha de ser interpretado de forma taxativa, lo que excluye toda integración analógica del socio representado en el órgano de

²³ Así lo entienden Iraculis Arregui (2019, pp. 15 y 16) y Latorre Chiner (2018), pp. 262 y 263, que extienden la aplicación del deber de abstención del artículo 228 c) de la LSC no solo a supuestos en que el administrador o una persona vinculada al mismo sean los beneficiarios de la operación, sino también cuando una persona relacionada con una persona vinculada al administrador tenga un interés en la operación. Esta postura rechaza el carácter taxativo del 231 y afirma el deber de abstención del administrador dominical cuando la operación se lleve entre la sociedad que administra y el *dominus* (que, en el ámbito de grupos de sociedades, será la sociedad dominante).

²⁴ SJM de Oviedo 9 de enero de 2014 (rec. núm. 221/2012): «A falta de un criterio legal y jurisprudencial acerca del alcance subjetivo del conflicto indirecto y existiendo en el mismo precepto (en la LSA) o capítulo (en la LSC) un catálogo de personas vinculadas, una interpretación sistemática impone extender también al genuino conflicto de intereses el art. 231, que vendría a agotar los supuestos de conflicto indirecto a fin de dotar de coherencia y seguridad jurídica al conjunto normativo».

administración como persona vinculada al administrador representante y que, por otro lado, el elemento subjetivo del apartado c) del artículo 228 del LSC viene limitado por el artículo 231, los conflictos indirectos que originan un deber de abstención en la persona del administrador solo traerán causa en transacciones entre la sociedad y personas vinculadas a dicho administrador.

Así pues, y sin discutir el carácter indirecto del conflicto, el aparente deber de abstención del administrador dominical no tendría cabida en el supuesto de hecho del artículo 228 c) del LSC en tanto en cuanto el *dominus* no está incluido en la relación de personas vinculadas al administrador del artículo 231 de la LSC, cuyo carácter, recordemos, es *numerus clausus*. La solución sería, no obstante, distinta, si el administrador fuese una persona jurídica, de forma que el *dominus*, esto es, el socio de control del administrador persona jurídica, estuviese incluido dentro de la relación de personas vinculadas a dicho administrador del artículo 231.2 de la LSC y, por tanto, operaría, en este caso, el deber de abstención del administrador del artículo 228 c) de la LSC.

Descartada la aplicación del apartado c) del artículo 228 de la LSC al supuesto del administrador dominical, persona física, en la aprobación de operaciones intragrupo, tal situación comporta, igualmente, un conflicto por cuenta ajena, que le impone al administrador la obligación general de evitar situaciones de conflicto de intereses, en virtud del artículo 228 e) de la LSC. Esta obligación legal es detallada en el artículo 229 de la LSC, que recoge un elenco de deberes de abstención y transparencia²⁵. Estos deberes se imponen en exclusiva al administrador, en tanto que es este, y no la persona vinculada a él, el que está sometido a un deber de lealtad para con la sociedad. Por este motivo, y en sentido contrario a la tesis sostenida por un sector de la doctrina (Paz-Ares, 2019, p. RB-9.1; Fernández del Pozo, 2018, p. 9)²⁶, considero que la realización de estas conductas se prohíbe únicamente al administrador (apartado 1) y no a sus personas vinculadas, en relación a las cuales el legislador prohíbe que sean beneficiarias de dichas conductas, pero no actoras (apartado 2). A mi juicio, resulta lógico que, por ejemplo, el administrador no pueda utilizar el nombre de la sociedad o su condición para obtener una ventaja para sí o para su hijo en una operación privada (*vid.* art. 229.1.b LSC); pero sería desmesurado llegar a prohibir al hijo invocar la condición de administrador de su padre para obtener dicha ventaja. Por consiguiente, si bien el administrador dominical tiene la obligación legal de abstenerse de realizar transacciones,

²⁵ Los deberes de abstención están previstos en el apartado 1 del artículo 229 de la LSC, que prohíbe al administrador, entre otras conductas, realizar transacciones con la sociedad, prevalerse del nombre de la sociedad o de su condición de administrador en sus operaciones privadas, o competir con la sociedad. Por su parte, el apartado 3 recoge los deberes de transparencia al imponerle el deber de comunicar la situación de conflicto al resto de administradores o, en caso de administrador único, a la junta general; así como informar sobre estas situaciones en la memoria de la sociedad.

²⁶ Estos autores consideran que a pesar de que la aplicación del 229.1 se limita al administrador, el artículo 230.2, en relación con la posibilidad de dispensar las prohibiciones del artículo anterior, hace referencia a las transacciones celebradas por la sociedad, tanto con el administrador como con una persona vinculada a él.

no existe prohibición legal alguna de que el *dominus*, la sociedad matriz, realice una operación con la sociedad²⁷, ni de que el administrador participe en la aprobación de la misma.

Esta tesis resulta apropiada a la realidad de los grupos. Se debe comprender que la política general sobre conflictos de intereses del administrador, que impone que las operaciones vinculadas sean aprobadas por administradores desinteresados, está dirigida a tratar conflictos esporádicos, por lo que no tiene sentido en un contexto grupal, donde los conflictos son estructurales y las transacciones internas son la norma, más que la excepción (Dammann, 2018, p. 1).

Imponerle al administrador nombrado por la matriz para velar por la política del grupo en la filial la abstención en la aprobación de aquellas operaciones para las que ha sido nombrado supondría negar la fundamentación del grupo de sociedades, obstaculizando no solo el ejercicio de la dirección unitaria, sino su propia relevancia jurídica, así como el reconocimiento del interés grupal que guía su mandato (Iraculis Arregui, 2017, p. 4). Si se dejan las decisiones de política del grupo en manos de los consejeros minoritarios, nombrados a través del sistema de representación proporcional por los socios externos de la dominada, resulta difícil pensar que estos vayan a considerar el interés del grupo en el juicio sobre tales operaciones (Vicent Chuliá, 2011, p. 8). Cabe además suponer que si todos los administradores de la filial han sido puestos por la dominante, situación habitual en sociedades cerradas, la abstención de todos ellos desencadenaría la inoperancia del órgano de administración, dejando a cargo de la junta general la aprobación, caso por caso, de los acuerdos de operaciones intragrupo, aun cuando no recaigan sobre activos esenciales del artículo 160 f) de la LSC (*vid.* art. 229.3 LSC), lo cual no resulta muy práctico (Fernández del Pozo, 2018, p. 15).

4. La nueva regulación de las operaciones intragrupo introducida por la Ley 5/2021

4.1. Delimitación del ámbito de aplicación subjetiva del novedoso artículo 231 bis: distinción entre operaciones intragrupo y operaciones vinculadas intragrupo

Zanjando la permanente disyuntiva doctrinal sobre el deber de abstención del administrador dominical en las operaciones vinculadas intragrupo que suscitaba el régimen de las operaciones vinculadas del artículo 228 y siguientes LSC²⁸, la Ley 5/2021 introduce en la LSC un nuevo artículo 231 bis que reproduce para las operaciones vinculadas entre socie-

²⁷ No solo porque las prohibiciones del artículo 229 de la LSC no son aplicables a las personas vinculadas, sino también porque el *dominus* no queda recogido en el artículo 231 de la LSC como persona vinculada del administrador persona física.

²⁸ Véase *supra* III.2.

dades de un mismo grupo la regla contenida en el artículo 190.3 de la LSC, de aplicación a conflictos de intereses entre la sociedad y el socio. Desde la consideración de este nuevo precepto, el legislador descarta imponer al administrador de la filial, nombrado por la matriz, un deber de abstención en la votación y deliberación de las operaciones entre su *dominus* (sociedad matriz) y la sociedad administrada (sociedad filial). Se reconoce así el carácter esencial de estas operaciones en la satisfacción de la política del grupo.

El novedoso artículo 231 bis, en su apartado primero, somete a un régimen especial la aprobación de las operaciones «que celebre la sociedad con su sociedad dominante u otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés».

Sobre la base de este enunciado cabe hacer las siguientes aclaraciones. En primer lugar, que no todas las operaciones celebradas entre empresas del mismo grupo son operaciones vinculadas intragrupo. En segundo lugar, y como consecuencia de la anterior, que aunque el legislador introduzca este régimen bajo la rúbrica «operaciones intragrupo», este no es de aplicación a toda la casuística de operaciones intragrupo, sino solo a operaciones vinculadas intragrupo, esto es, a aquellas operaciones intragrupo en las que exista riesgo de menoscabar el interés de la sociedad en beneficio de otra sociedad del grupo, al celebrarse con sociedades agrupadas «sujetas a conflicto de interés».

Así pues, tal y como reza la exposición de motivos de la ley, quedan excluidas de este régimen las operaciones con sociedades íntegramente participadas, por cuanto no existe en puridad un conflicto de intereses entre la sociedad dominante y su filial totalmente participada²⁹. La situación de dominio total de la dependiente hace coincidir el interés de la sociedad con el interés del socio único, la sociedad dominante, y deja sin sentido la aplicación de un régimen de tutela de los socios, por cuanto no hay socios externos distintos de la matriz (Fernández del Pozo, 2018, p. 21). De esta forma, incluso si la operación produce un daño patrimonial a la sociedad dependiente en beneficio de la dominada, se seguirá respetando el interés de la sociedad, identificado con el interés del socio único o interés de la dominante. Se trasluce aquí nítidamente una concepción del interés social desde la óptica puramente contractual, ya que no se atiende a cómo estas operaciones pueden perjudicar a otros interesados en la buena marcha de la sociedad, como pueden ser los trabajadores, acreedores u otros terceros.

No obstante, si bien este planteamiento no admite ninguna discrepancia desde la perspectiva de la dominada, se podría rebatir al respecto la existencia de un posible conflicto de intereses en el seno de la dominante, cuando esta actúe como sociedad *holding*. Cuando se produce «filialización» del negocio, la actividad empresarial de la matriz pasa a ser desarrolla-

²⁹ «Evidentemente, este nuevo régimen –del art. 231 bis– no es aplicable a las operaciones entre sociedades íntegramente participadas, puesto que estas operaciones no están sujetas, por definición, a conflicto de interés», exposición de motivos de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021, p. 9.

da por la filial, convirtiéndose la primera en una sociedad *holding*, cuya única función es administrar las participaciones del resto de sociedades agrupadas. En estos casos, la dirección del grupo queda en manos del órgano de administración de la matriz, que podría decidir reservar la totalidad de los beneficios en las filiales para evitar que reviertan en la matriz, mermando así el derecho de los socios externos de esta última a participar en los beneficios de la sociedad a través de la aplicación del resultado y, ulteriormente, del reparto del dividendo acordado. Para superar esta desprotección, la doctrina habla de un derecho de separación del socio externo de la matriz; sin embargo, su ajuste al derecho no está exento de discusión³⁰.

Por otra parte, cabría igualmente extender la regla de exclusión de las relaciones entre matriz y filial íntegramente participada a las operaciones entre filiales totalmente participadas por una misma sociedad, ya que en este supuesto tampoco entrarían en juego intereses sociales distintos al de la sociedad dominante (Fernández del Pozo, 2018, p. 24). En definitiva, la aprobación de operaciones entre sociedades íntegramente participadas, sean horizontales o verticales, no estaría sujeta al régimen del artículo 231 bis, ni a ningún otro régimen de resolución de conflictos transaccionales de intereses, al no haber intereses sociales enfrentados.

El siguiente supuesto de exclusión hace referencia a las operaciones aguas abajo con sociedades parcialmente participadas. Como regla general, los conflictos de intereses se dan aguas arriba, en la sociedad dominada, al contratar con su dominante. No en vano recoge el legislador español este supuesto de forma expresa («con su sociedad dominante»), y se limita a contemplar el resto de supuestos a través de una fórmula genérica («otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés»). Ciertamente, desde el punto de vista de la sociedad dominante, las operaciones que realiza con sus filiales parcialmente participadas no entrañan riesgo alguno, sino que son estas filiales y, en concreto, los socios externos de ellas, las que cuyos intereses pueden verse afectados en este tipo de operaciones, en beneficio del interés del grupo³¹.

No obstante, esta exclusión no es absoluta. Existirá en el seno de la dominante un conflicto de interés y, por tanto, se deberá aplicar régimen del artículo 231 bis también a esta sociedad, cuando una de las personas vinculadas a la dominante tenga intereses societarios en el capital de la dominada. Únicamente entonces, una persona vinculada a la matriz puede inclinarse a ejercer su influencia en la matriz en perjuicio de esta y en beneficio exclusivo de la filial, puesto que, en caso de que no existiese esta doble participación, no

³⁰ Expuestos los extremos objeto de debate, me remito al planteamiento seguido por Fernández del Pozo (2018, pp. 21 y 22), Vara de Paz (2013, p. 25) y, con mayor profundidad, Iraculis Arregui (2018, pp. 7-9), a propósito del derecho de separación del socio externo de la sociedad *holding*.

³¹ Véanse las enmiendas n.ºs 36 y 81 de los grupos parlamentarios VOX y Partido Popular en el Congreso al proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOCG, serie A, n.º 28-3, de 28 de diciembre de 2020, pp. 55 y 74).

tendría incentivos para realizar dicha conducta, ya que sería tanto como perjudicar el interés de su sociedad en favor de los socios externos de la filial³².

Al respecto, a pesar de que la actividad hermenéutica permite llegar cómodamente a idéntica conclusión, me parece acertada la introducción de un cuarto apartado, el cual fue introducido como respuesta a las enmiendas presentadas al articulado³³, y que viene a despejar cualquier duda sobre la no aplicación del régimen del artículo 231 bis a la sociedad dominante en operaciones verticales con su dominada, siempre y cuando ninguna persona vinculada a la primera fuese socio significativo en la sociedad dependiente, de tal forma que no pudiese «realizar la operación directamente sin aplicar el régimen de operaciones con partes vinculadas».

Se trata, en esencia, de prevenir la aplicación fraudulenta del régimen especial a operaciones «triangulares» (Fernández del Pozo, 2018, p. 23) en las que, bajo la apariencia de una operación intragrupo, entre dominante y dominada, se estaría llevando a cabo una operación «extragrupo», dirigida a producir una ventaja en el interés individual de la persona vinculada y que debería regirse por el régimen general del conflictos de intereses transaccionales de los artículos 228 de la LSC y siguientes.

4.2. Nuevo régimen jurídico aplicable a las operaciones vinculadas intragrupo

Una de las novedades más relevantes de la Ley 5/2021 en relación con la regulación de operaciones vinculadas es la ampliación de las personas vinculadas al administrador persona física, que acerca el contenido del artículo 231 de la LSC a la NIC 24, de expresa aplicación a las sociedades cotizadas. Entre los nuevos sujetos incluidos en el artículo 231 destaca el socio representado por el administrador en el órgano de administración (*vid.* art. 231.1.e LSC). Esta inclusión del *dominus* como persona vinculada al administrador resuelve el controvertido deber de abstención del consejero dominical y confirma que es portador de un conflicto de intereses, no solo por cuenta ajena³⁴, sino también indirecto, en aquellas transacciones celebradas entre la sociedad y el socio por él representado.

³² Véanse las enmiendas n.ºs 36 y 81 de los grupos parlamentarios VOX y Partido Popular en el Congreso al Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOCG, serie A, n.ºs 28-3, de 28 de diciembre de 2020, pp. 55 y 74).

³³ Véase la enmienda n.º 63 del grupo parlamentario Partido Popular en el Congreso al proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (BOCG, serie A, n.º 28-3, de 28 de diciembre de 2020, p. 55).

³⁴ Así se expresa en la exposición de motivos al confirmar su inclusión genérica en el supuesto de hecho del artículo 228 e) de la LSC y contemplarlo de forma expresa en la relación de personas vinculadas al admi-

No obstante, con la introducción del artículo 231 bis de la LSC, los conflictos de intereses derivados de operaciones intragrupo dejan de resolverse según las reglas generales de los artículos 228 y siguientes de la LSC, y se prevé para ellas un régimen específico, más laxo. En este sentido, el deber de abstención del administrador dominical solo tiene cabida para la sociedad aisladamente o independientemente considerada, y no operará cuando la operación de la que resulte el conflicto sea una operación intragrupo, entre la sociedad filial administrada y la sociedad matriz que procuró su nombramiento.

De hecho, el artículo 231 bis permite expresamente su participación en la aprobación de operaciones intragrupo, por cuanto su abstención supondría la privación a la matriz de ejercer la dirección unitaria del grupo y participar en las decisiones estratégicas del grupo³⁵. Eso no significa que se supriman los mecanismos de tutela de los socios minoritarios en sede de grupos, sino que el mecanismo *ex ante* (a través de la abstención del administrador conflictuado) es sustituido por un mecanismo *ex post* para proteger los intereses de los socios externos sin obstaculizar la planificación estratégica del grupo (Paz-Ares, 2019, p. RB-9.1). Así pues, el administrador vinculado y representante de la sociedad dominante podrá votar en este tipo de operaciones, pero recayendo en él, o en la sociedad, la carga de la prueba sobre la inocuidad de la operación y la observación del deber de diligencia en su aprobación, en caso de que dicho acuerdo sea impugnado. Se establece entonces una regla de inversión de la carga de la prueba, que sigue la línea del *entire fairness test* del derecho norteamericano, expediente ampliamente demandado por la doctrina como alternativa al deber de abstención del administrador (Fernández del Pozo, 2018, p. 23; Paz-Ares, 2019, p. RB-9.1; Iraculis Arregui, 2019, p. 26).

En todo caso, para que opere esta regla es necesario, como presupuesto, que la decisión o voto de dicho administrador haya resultado decisivo para la aprobación. Este carácter decisivo debe entenderse en el sentido de que sin sus votos no se habría podido adoptar el acuerdo en cuestión (Vives Ruiz, 2015, p. 33). Pues bien, si su voto no ha sido decisivo, ya que, deducidos sus votos, el acuerdo habría sido aprobado por una mayoría de socios desinteresados, se traslada la carga de la prueba de vuelta al demandante, aunque sin cambiar el régimen de escrutinio (Dammann, 2018, p. 21).

Por otro lado, cuando la aprobación corresponda a la junta general, ya sea porque así viene determinado legalmente (vid. art. 160 LSC) o porque el importe de la operación supere el 10 % del valor de los activos sociales (vid. art. 231 bis.1 LSC), la solución es la misma. El socio conflictuado, esto es, la matriz, tendrá derecho a votar cuando la operación no verse sobre ninguna de las materias contenidas en el artículo 190.1 de la LSC, pero invirtiéndose la carga de la prueba en caso de que su voto haya sido decisivo para la adopción del acuer-

nistrador del artículo 231, lo que determina en consecuencia su adscripción a los supuestos de conflicto de intereses indirecto que ponen en funcionamiento el deber de abstención del artículo 228 c) de la LSC.

³⁵ Véase la exposición de motivos de la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021, p. 9.

do. Finalmente, se permite la delegación de la aprobación de operaciones atribuidas al órgano de administración en órganos delegados o en miembros de la alta dirección siempre y cuando estas sean celebradas en el curso ordinario y concluidas en condiciones de mercado. Al respecto, el órgano de administración deberá implantar un procedimiento interno a efectos de evaluar periódicamente el cumplimiento de estos requisitos.

5. Conclusiones

Pese al extraordinario relieve del grupo de sociedades en la realidad empresarial, esta institución jurídica destaca por la escasez de referencias en la legislación societaria que la regulen sustantivamente. La edificación de la LSC de espaldas al grupo de sociedades ha provocado que, hasta hora, la legitimidad de las operaciones vinculadas intragrupo se resolviese en el marco del deber de lealtad del administrador en relación con las operaciones vinculadas (vid. arts. 228 y ss. LSC). Al respecto, se discutía la aplicación del deber de abstención del administrador al consejero de la filial, nombrado por la matriz, en este tipo de operaciones.

A mi juicio, partiendo de la premisa de que, por un lado, el conflicto en que se encuentra el administrador dominical en relación con su *dominus* (sociedad matriz) es un conflicto indirecto por cuenta ajena, y que, por otro lado, la aplicación del deber de abstención del administrador recogido en el artículo 228 c) de la LSC limita el ámbito subjetivo de los conflictos de intereses indirectos a la relación de sujetos contenida en el artículo 231 del LSC, el administrador dominical persona física no tiene el deber legal de abstenerse de participar en la votación y deliberación de las operaciones celebradas entre la sociedad matriz y la filial administrada, por cuanto el *dominus* no estaba incluido en la lista de personas vinculadas a él (vid. art. 231.1 LSC).

Con la aprobación de la Ley 5/2021, se incluye el *dominus* en la relación de personas vinculadas al administrador persona física del artículo 231.1, lo cual refuerza la tesis de que el conflicto existente entre ambos es un conflicto indirecto. No obstante, gracias a la introducción de un nuevo artículo 231 bis, se sortea la abstención del administrador dominical en caso de operaciones vinculadas intragrupo. Este artículo, si bien reconoce la pertinente participación del administrador dominical en las operaciones que la sociedad celebre con otras sociedades del grupo sujetas a conflicto de interés, advirtiendo el riesgo que entrañan este tipo de operaciones para el interés individual de la sociedad y, al fin y al cabo, para los socios externos, la sujeta a la regla del *entire fairness*.

De esta forma, para el caso particular de operaciones vinculadas intragrupo, el mecanismo de protección *ex ante* consistente en el deber de abstención del administrador conflictuado es sustituido por un mecanismo *ex post*: el administrador dominical puede participar en la aprobación de este tipo de operaciones, pero, si el acuerdo es impugnado y su voto ha sido decisivo para la aprobación, se invierte la carga de la prueba y recae sobre él, o la sociedad, probar la inocuidad de la operación y el cumplimiento de la diligencia debida. De esta forma, se consigue un equilibrio entre la tutela del interés del grupo y la tutela de los intereses de los socios externos.

A su vez, la aportación del legislador al introducir el artículo 231 bis en la LSC trasciende el mero reconocimiento de la participación del administrador dominical en la aprobación de operaciones intragrupo, y llega a alcanzar el propio reconocimiento del interés del grupo. En efecto, aunque no lo podemos comparar con el régimen previsto en el anteproyecto de Código Mercantil³⁶, el artículo 231 bis supone un importante paso para el derecho de grupos, por cuanto permite la consecución de la planificación estratégica del grupo a través del administrador de la filial elegido por la matriz; lo que se traduce en la legitimación de las instrucciones impartidas por la dirección unitaria en interés del grupo.

Aun reconociendo la necesaria consecución del interés del grupo para el pleno desarrollo del grupo, no se debe ignorar el riesgo de que la sociedad dominante abuse de su posición de titular del ejercicio de la dirección unitaria y alegue falsamente la realización del interés del grupo para imponer instrucciones que beneficien únicamente a su interés particular. Junto a la regla del *entire fairness* del artículo 231 bis LSC, cobran especial relevancia otros mecanismos de control *ex post*, ya recogidos, como son la impugnación de acuerdos lesivos al interés de la sociedad y el régimen de responsabilidad social del administrador, los cuales deberán ser reinterpretados a la luz del interés del grupo, ahora reconocido legalmente. El hecho de que la aportación legislativa se limite al expediente de aprobación de operaciones vinculadas intragrupo exige del jurista una labor de revisión hermenéutica del resto de mecanismos de protección de los socios minoritarios, los cuales no han sido ajustados por el legislador al contexto grupal.

Referencias bibliográficas

- Antunes, J. E. (2011). El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas. En *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España* (vol. 2, pp. 379-411). Cizur Menor.
- Dammann, J. (2018). Related Party Transactions and Intragroup Transactions. *U of Texas Law, Law and Econ Research Paper*, E583.
- Embid Irujo, J. M. (2011). Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español. En *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España: cuestiones pendientes de reforma* (vol. 2, pp. 413-445). Aranzadi.
- Embid Irujo, J. M. y Górriz López, C. (2009). Artículo 127 ter. Deberes de lealtad. En *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (pp. 1.427-1.444). Tecnos.
- Febles Pozo, N. (2016). Los grupos de sociedades. Un análisis pendiente acerca de

³⁶ El anteproyecto de Código Mercantil no solo reconocía expresamente el interés del grupo (*vid.* art. 291-9.1), sino que también establecía su delimitación en torno a la doctrina de ventajas compensatorias (*vid.* arts. 291-9 y ss.).

- una regulación sistemática en la legislación española. *Ars Boni et Aequi*, 12(2), 205-244.
- Fernández del Pozo, L. (2018). Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 149.
- Fernández del Pozo, L. (2021). Sociedades de capital sin ánimo de lucro. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/sociedades-de-capital-sin-animo-de-lucro>
- Gigardo Perandones, P. (2002). *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons.
- González Meneses, M. (2015). Los deberes del administrador en conflicto de intereses. En *Gobierno corporativo: la estructura del órgano de gobierno y la responsabilidad de los administradores* (pp. 551-565). Aranzadi.
- Iraculis Arregui, N. (2017). Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada. *Revista de Derecho de Sociedades*, 49.
- Iraculis Arregui, N. (2018). Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección. *Revista de Derecho Mercantil*, 308.
- Iraculis Arregui, N. (2019). Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas. Formulación del conflicto «relevante» en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz. *Revista de Derecho de Sociedades*, 56.
- Latorre Chiner, N. (2018). Operaciones con partes vinculadas: conflictos de intereses con la sociedad. En *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades* (pp. 245-271). Marcial Pons.
- Latorre Chiner, N. (2019). Las operaciones vinculadas en las sociedades no cotizadas (la limitada eficacia del control preventivo). *Revista de Derecho Mercantil*, 313.
- Paz-Ares, C. (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 223-252.
- Paz-Ares, C. (2017). Identidad y diferencia del consejero dominical. En C. Espín Gutiérrez y J. Juste Mencía, (Dir.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital*. Aranzadi.
- Paz-Ares, C. (2019). *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Civitas.
- Ribas Ferrer, V. (2010). *El deber de lealtad del administrador de sociedades*. La Ley.
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006). Voz: Interés social. *Diccionario de derecho de sociedades* (pp. 709-714). Iustel.
- Vara de Paz, N. (2013). El derecho de separación del socio en caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades. *Revista de Derecho de Sociedades*, 40.
- Vicent Chuliá, F. (2011). Grupos de sociedades y conflictos de intereses. *Revista de Derecho Mercantil*, 280, 19-43.
- Vives Ruiz, F. (2015). Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 137, 7-62.



La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar

Luis Gómez-Iglesias Rosón

Abogado de Uría Menéndez

luis.gomez-iglesias@uria.com | <https://orcid.org/0000-0002-5767-8731>

Carlos Francés Bataller

Abogado de Uría Menéndez

carlos.frances@uria.com | <https://orcid.org/0000-0002-3195-0442>

Este trabajo ha obtenido ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardají Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Han proliferado en los últimos tiempos resoluciones de nuestros juzgados y tribunales que conceden medidas cautelares por las que se suspenden los efectos de obligaciones contractuales. Estas medidas frecuentemente han sido resueltas en procedimientos judiciales, en los cuales una parte contractual promueve la ineficacia total o parcial de un contrato cuyas prestaciones le resultan singularmente gravosas, hasta el punto de comprometer su solvencia. Por ejemplo, la pandemia del coronavirus o la crisis financiera iniciada en 2008 han dado lugar recientemente al ejercicio de este tipo de acciones que tratan de modificar un contrato.

Habitualmente, esas resoluciones concluyen que concurre peligro en la demora debido a un riesgo de insolvencia del demandante. Es decir, se suspende una obligación de pago cuestionada en la demanda principal sobre la base de que, en caso de tener que satisfacer esa obligación, el actor se vería abocado a una situación de insolvencia. En tales casos se plantea la duda sobre la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento de una medida cautelar que no solo adelanta los efectos de una posible sentencia estimatoria, sino que también comporta una alteración del estado de cosas previo al conflicto. También existe controversia sobre si el riesgo de que el demandante devenga en una situación concursal puede ser considerada a la hora de adoptar la medida.



Cómo citar: Gómez-Iglesias Rosón, L. y Francés Bataller, C. (2021). La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar. *Revista CEFLegal*, 251, 33-56.



Para dar respuesta a esta problemática será necesario analizar y sistematizar la difícil regulación legal de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal español, que presenta algunas cuestiones oscuras.

Pese a la notable importancia práctica de la cuestión, resulta llamativa la escasa atención que la doctrina ha dedicado a la posible alteración o suspensión de los contratos en sede cautelar. El presente trabajo se propone llenar ese vacío y aclarar si nuestro ordenamiento permite o no la modificación provisional de la relación contractual en tanto no se dicte sentencia sobre el fondo.

Palabras clave: medidas cautelares; medidas anticipatorias; medidas satisfactivas; riesgo de insolvencia.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021



Suspension of contractual obligations in interim proceedings

Luis Gómez-Iglesias Rosón

Carlos Francés Bataller

Abstract

There has been a recent proliferation of decisions by Spanish courts and tribunals ordering interim measures suspending the effects of contractual obligations. These interim measures have often been handed down in legal proceedings in which a contractual party is seeking the total or partial ineffectiveness of a contract whose performance is singularly onerous for that party, putting its solvency at risk. For instance, the coronavirus health crisis and the financial crisis that began in 2008 recently led to a spike in the filing of lawsuits seeking contractual modification.

These interim measures usually result in a finding by the court that a delay would be prejudicial by increasing the claimant's risk of insolvency. In other words, a payment obligation challenged in the claim is suspended on the basis that, if the payment obligation were to be satisfied, the claimant would be forced into insolvency. In such cases there is some doubt as to whether the Spanish legal system allows an interim measure that not only brings forward the effects of a potentially favorable judgment, but also simultaneously implies the alteration of the status quo prior to the dispute. There is also debate as to whether the risk of the claimant entering into a situation of insolvency can be taken into consideration by a court when deciding whether to order an interim measure.

In order to find a solution to this problem, it is necessary to analyze and systematize the difficult legal regulation of interim measures in Spanish procedural law, which involves some contentious issues.

Despite the significant practical importance of this subject, it is striking how little attention jurists have paid to the potential alteration or suspension of contracts in interim measures. This paper aims to fill that gap and clarify whether or not the Spanish legal system allows the provisional modification of a prior to the court issuing a final judgment.

Keywords: interim measures; precautionary measures; anticipatory actions; injunctive relief; risk of insolvency.

Citation: Gómez-Iglesias Rosón, L. y Francés Bataller, C. (2021). La suspensión de obligaciones contractuales en sede cautelar. *Revista CEFLegal*, 251, 33-56.



Sumario

1. Introducción y planteamiento
 2. El posible encaje de las modificaciones contractuales provisionales en la Ley de enjuiciamiento civil
 - 2.1. Las medidas anticipatorias: ¿«tutela cautelar» o «tutela sumaria»?
 - 2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC
 - 2.2.1. La regulación de las genuinas medidas cautelares en el artículo 726.1 de la LEC
 - 2.2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC «como» medidas cautelares
 - 2.3. La conservación del *statu quo* como límite de las medidas anticipatorias
 - 2.3.1. Medidas «conservativas» y medidas «innovativas»
 - 2.3.2. La conservación del *statu quo* en las medidas anticipatorias del artículo 727 de la LEC
 - 2.3.3. Inadmisibilidad de las medidas anticipatorias «innovativas»
 - 2.4. La inadmisibilidad de las modificaciones o suspensiones contractuales provisionales
 3. La posible caracterización del peligro en la demora procesal como el riesgo de insolvencia de la parte demandante
 - 3.1. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter anticipatorio: ¿*periculum in damno*?
 - 3.2. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter asegurativo: ¿*periculum in mora*?
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción y planteamiento

La crisis económica provocada por la pandemia del coronavirus está dando lugar al ejercicio de acciones de modificación contractual basadas en la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, con frecuencia promovidas por arrendatarios de locales comerciales. Esas demandas incluyen habitualmente peticiones de medidas cautelares que han dado lugar a un significativo número de «autos dictados por juzgados de primera instancia que acuerdan reducir temporalmente el importe de la renta a pagar por el arrendatario en un determinado porcentaje», en los que se ha venido considerando que concurre el requisito del peligro en la demora procesal cuando existe un «riesgo de insolvencia del arrendatario solicitante de no adoptarse las medidas solicitadas»¹. El propósito de este estudio es analizar el encaje de esa clase de medidas cautelares en nuestro ordenamiento procesal civil².

El interés práctico de la cuestión se ha multiplicado a raíz de la pandemia, pero su relevancia no se contrae a la actual situación. Y es que no es infrecuente que una parte contractual promueva la ineficacia total o parcial de un contrato cuyas prestaciones le resultan singularmente gravosas, hasta el punto de comprometer su solvencia. Así ocurrió, por ejemplo, durante la crisis financiera iniciada en 2008 cuando, ante el acusado desplome de los tipos de interés, multitud de empresas interpusieron demandas con las que pretendían anular contratos de permuta financiera, buscando también la suspensión cautelar de las obligaciones derivadas de aquellos contratos. También se ha pretendido la suspensión cautelar de los efectos de determinadas cláusulas contractuales reputadas abusivas para evitar las consecuencias negativas que su exigibilidad podría acarrear al demandante durante la pendencia del proceso.

Pese a la notable importancia práctica de la cuestión, resulta llamativa la escasa atención que la doctrina ha dedicado a la posible alteración o suspensión de los contratos en sede cautelar³. El presente trabajo se propone llenar ese vacío y aclarar si nuestro ordenamiento

¹ Así lo describen en un reciente artículo Virzi, Ros y Sánchez (2020, pp. 4-8).

² No es objeto del presente trabajo analizar la aplicabilidad de la doctrina *rebus sic stantibus* a los contratos afectados por la pandemia. A ello se ha dedicado un torrente doctrinal durante los últimos meses. Entre otros, *vid.* Gregoraci (2020).

³ En contra de la admisibilidad de estas medidas de modificación provisional de los contratos, Gilsanz (2012) y Giménez (2014). A favor, Juan (2013).

permite o no la modificación provisional de la relación contractual en tanto no se dicte sentencia sobre el fondo. Para ello, debe darse respuesta a dos cuestiones:

- a) En primer lugar, la concesión de estas medidas implica conceder cautelarmente la misma modificación contractual que se pretende en la demanda principal. No se trata, por tanto, de medidas cuya finalidad sea *asegurar* la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en el futuro, sino *anticipar* esa misma tutela. Aunque no cabe duda de que las medidas anticipatorias se admiten en nuestro ordenamiento (arts. 726.2 y 727.7 LEC), en este trabajo se analizará si ese reconocimiento es de alcance general o si, por el contrario, existe algún límite para la adopción de esas medidas satisfactivas. A esta cuestión se dedicará el apartado 2 de este trabajo.
- b) En segundo lugar, como se ha indicado, las resoluciones que acogen la posibilidad de ordenar una modificación contractual con carácter cautelar han venido identificando el *periculum in mora* con el riesgo de insolvencia del solicitante para el caso de que no se adopten las medidas solicitadas. La segunda cuestión a que el presente trabajo pretende dar respuesta es si esos supuestos de peligro de insolvencia del demandante podrían constituir «situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 728.1 LEC). El análisis de esta materia se encuentra en el apartado 3 de este trabajo.

Para dar respuesta a estas preguntas será necesario desgranar y sistematizar la regulación legal de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal español. Debido a la mejorable redacción de la ley, puede advertirse en la doctrina y la jurisprudencia una sorprendente –por el carácter cotidiano con que se plantean estas cuestiones– confusión sobre la materia, en particular en todo lo que se refiere a las medidas de naturaleza anticipatoria. Así pues, aunque el principal propósito de este trabajo es resolver una concreta cuestión práctica, confiamos en que sirva también como modesta contribución dogmática que ayude a clarificar un sistema que, en efecto, presenta algunas cuestiones oscuras.

2. El posible encaje de las modificaciones contractuales provisionales en la Ley de enjuiciamiento civil

Pese al recelo con que algún sector de la doctrina española ha mirado tradicionalmente a las medidas de contenido anticipatorio (Carreras, 1962, p. 575; Serra, 1974; o Fernández-Ballesteros, 2001, p. 681), no cabe duda de que este instrumento de satisfacción inicial se encuentra admitido en nuestro ordenamiento procesal civil. La cuestión que este trabajo se plantea es si esa admisibilidad es de alcance general e ilimitado –incluyendo, por tanto, las medidas dirigidas a modificar temporalmente una relación contractual–, o si por el contrario

existe algún límite en su adopción. La cuestión es de suma importancia. La admisión generalizada de la posibilidad de realizar cualquier derecho con carácter inmediato y sin que se haya dictado sentencia sobre el fondo supondría admitir no solo la modificación o suspensión de una obligación contractual, sino también, por ejemplo, la posibilidad de que el juez ordene el pago de un crédito de forma provisional –al modo de las *référé provisions* del derecho francés– (Calderón, 1992), lo cual se ha visto como algo exótico en nuestra práctica procesal.

El análisis de esta cuestión comenzará por la caracterización de las medidas anticipatorias como instrumentos de naturaleza cautelar o sumaria (apartado 2.1). A continuación se analizará el reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC (apartado 2.2), así como si la conservación del *statu quo* constituye o no un límite de esas medidas anticipatorias (apartado 2.3). Finalmente, se estudiará el caso concreto de las medidas de modificación contractual provisional en sede cautelar (apartado 2.4).

2.1. Las medidas anticipatorias: ¿«tutela cautelar» o «tutela sumaria»?

Antes de abordar el régimen de las medidas cautelares disciplinado en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), conviene caracterizar con precisión el tipo de tutela que se pretende obtener con una petición de modificación provisional de un contrato. Como se advertía en la introducción de este trabajo, la suspensión de los efectos de una relación contractual no presenta el carácter asegurativo de una eventual sentencia estimatoria típicamente predicable de una medida cautelar. Por el contrario, una medida de tales características implica la satisfacción inmediata y anticipada de la misma tutela judicial que se busca obtener con la demanda.

Existe entre ambas formas de tutela una profunda diferencia funcional: mientras que las medidas cautelares se encaminan a permitir o facilitar la futura realización del derecho afirmado en la demanda, las medidas anticipatorias permiten actuar ese derecho *hic et nunc*, de forma inmediata.

Estas medidas anticipatorias participan de la naturaleza de la denominada «tutela sumaria». Los procesos sumarios permiten una realización del derecho que se afirma de manera singularmente expeditiva. La concesión o no de la tutela interesada se decide limitando las posibilidades de alegación y prueba, lo que determina esa celeridad del proceso, que es autónomo, al no depender de la existencia de un proceso principal, pero también eventualmente provisional, en la medida en que las partes podrán plantear un nuevo proceso «plenario» (es decir, sin limitaciones en la cognición) sobre el mismo objeto. Por ello, la mejor doctrina considera que se puede «distinguir netamente» la tutela jurisdiccional sumaria de las medidas cautelares porque «son cosas bien distintas» (Oliva, 2008, p. 53)⁴.

⁴ *Vid.*, sobre la cuestión, Calderón (1995, p. 4), Fernández-Ballesteros (2001, p. 691) y Gascón (1999, p. 52).

Como han recordado nuestros tribunales, las medidas cautelares en sentido estricto constituyen «un mecanismo para asegurar la efectividad de la tutela impetrada en el proceso principal –de declaración– del que forman parte indisociable y en función del cual existen, y no un mecanismo de tutela sumaria», por lo que «en puridad técnica no se puede pedir y obtener a través de la tutela cautelar las mismas restricciones, impedimentos y desapoderamientos con que podrá gravarse al sujeto pasivo tras la sentencia estimatoria»⁵.

2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC

La regulación sobre las medidas anticipatorias contenida en el artículo 726.2 de la LEC se ha calificado en ocasiones de «maremágnum» (Heras, 2001), cuando no se ha tachado directamente de «despropósito» (Paz *et al.*, 2000, p. 1.143), destacándose en todo caso las «dudas de interpretación e inteligencia que el artículo 726.2 ha despertado en doctrina o jurisprudencia»⁶. El presente apartado se propone arrojar luz y sistematizar esta difícil regulación. Para ello, es necesario trazar una nítida división entre las medidas cautelares clásicas o asegurativas del artículo 726.1 de la LEC y las medidas anticipatorias del artículo 726.2 de la LEC.

2.2.1. La regulación de las genuinas medidas cautelares en el artículo 726.1 de la LEC

Con carácter general, la LEC concibe las medidas cautelares como un instrumento «para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare» (art. 721.1 LEC). En esa línea, el artículo 726.1 de la LEC exige que la medida sea «exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente» (art. 726.1.1.ª LEC). Estos preceptos, que definen con carácter general las características de la tutela cautelar, recogen su concepción tradicional estrictamente asegurativa.

Es habitual en la doctrina sostener que las medidas anticipatorias podrían encuadrarse en la definición de medida cautelar del artículo 726.1 de la LEC, porque el precepto no se refiere solo a posibilitar la *ejecución*, sino «también a la finalidad de asegurar la *efectividad*

⁵ Por todos, *vid.* autos de las audiencias provinciales de Madrid (Sección 22.ª) de 31 de enero de 2012 (Roj: AAP M 2376/2012), de Barcelona (Sección 19.ª) de 30 de diciembre de 2011 (Roj: AAP B 6901/2011) o de Tarragona (Sección 3.ª) de 5 de abril de 2011 (Roj: AAP T 500/2011).

⁶ Auto de la Audiencia Previa de Barcelona (Sección 15.ª) de 15 de marzo de 2007 (Roj: AAP B 2772/2007).

de la sentencia» (Cordón, 2005). La historia legislativa del artículo 726.1.1.^a de la LEC, sin embargo, apunta en sentido contrario. La redacción definitiva que ahora se analiza se introdujo precisamente para evitar «una interpretación que viera la efectividad de la sentencia como algo distinto y mayor que su plena ejecución en sus propios términos»⁷.

Cuestión distinta es que las medidas satisfactivas se encuentren reconocidas específicamente en el artículo 726.2 de la LEC, como una excepción al régimen general de medidas cautelares asegurativas a que se refiere el artículo 726.1 de la LEC. Pero para aceptar la viabilidad de las medidas anticipatorias en nuestro ordenamiento no es necesario difuminar las fronteras entre dos instituciones que, como se ha indicado, son funcionalmente distintas.

2.2.2. El reconocimiento de las medidas anticipatorias en el artículo 726.2 de la LEC «como» medidas cautelares

Porque, en efecto, junto a las genuinas medidas cautelares del artículo 726.1 de la LEC, el artículo 726.2 de la LEC dispone que, bajo el mismo régimen «previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar *como tales* las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso». Se reconoce así la posibilidad de adoptar medidas anticipatorias bajo los moldes propios de las medidas cautelares, admitiendo implícitamente que no se trata de genuinas medidas cautelares, sino de otro tipo de instrumentos que, no por su naturaleza –que es sumaria– sino por efecto de la ley, podrán adoptar su fisonomía procesal.

El legislador disciplina así las medidas satisfactivas pese a que «no encaja[n] exactamente en el esquema de la medida cautelar» (González, 2013), por cuanto «parecen extra-

⁷ En la redacción del proyecto de Ley de enjuiciamiento civil se establecía que la medida cautelar debía ser «exclusivamente conducente a hacer posible la *ejecución o efectividad* de una eventual sentencia estimatoria». El texto definitivo del artículo 726.1.1.^a de la LEC fue introducido por la enmienda núm. 1.014 del Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV en el Congreso motivada porque «hablar de ejecución o efectividad introduce un elemento de inseguridad innecesario, que, *entre otras posibles perversiones hermenéuticas, podría provocar una interpretación que viera la efectividad de la sentencia como algo distinto y mayor que su plena ejecución en sus propios términos*, algo así como un efecto útil que iría más allá de la concreta respuesta judicial a las pretensiones formuladas en la demanda».

La razón por la que la ley no se refiere a la «ejecución» sino a la «efectividad» de la tutela parece referirse a la conveniencia de dar cabida a la tutela cautelar en casos de pretensiones merodeclarativas o constitutivas. Así se desprende del Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 1998 sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: «Tal vez el Anteproyecto debiera sustituir la expresión "sentencias de condena" por la más comprensiva de "sentencias estimatorias". Se evitaría así cualquier duda interpretativa que pudiera conducir a restringir la tutela cautelar en aquellos procedimientos donde se persiguiera un pronunciamiento meramente declarativo o constitutivo». Piénsese en una pretensión declarativa de dominio de un inmueble si el titular registral lo enajena a un tercero de buena fe durante la pendencia del proceso.

vasar la caracterización general de que la Ley de enjuiciamiento civil trata de dotar a todas las medidas cautelares como simples prevenciones para garantizar el éxito de la ejecución forzosa que vendría tras la obtención de sentencia favorable al demandante» (Torres, 2005). Como se ha observado agudamente en la práctica judicial, la redacción del artículo 726.2 de la LEC «revela el convencimiento de que no son medidas exclusivamente conducentes a asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en una sentencia eventualmente estimatoria»⁸.

Nos encontramos, por tanto, con que, por un lado, «el legislador parte de una concepción estricta de las medidas cautelares limitadas a aquellas que tienen por contenido y finalidad el aseguramiento de la ejecución forzosa de los pronunciamientos de condena que puedan contenerse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1 LEC) y, por otro lado, admite las medidas de naturaleza sumaria «que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso» (art. 726.2 LEC) (Díez-Picazo, 2000, p. 382).

Otra de las dificultades interpretativas que plantea el artículo 726.2 de la LEC es que el legislador alude crípticamente a órdenes «de contenido *similar* a lo que se pretenda en el proceso». Se ha sostenido que ello vendría a excluir aquellos casos en los que se pretenda en sede cautelar obtener exactamente lo mismo que en la demanda principal (Ortells, 2020, p. 704). Pero esta interpretación vendría a vaciar de contenido la tutela anticipatoria allí donde es indiscutiblemente necesaria. Piénsese, por ejemplo, en una acción de defensa de derechos de propiedad industrial con la que se pretende la cesación de un hecho ilícito acompañada de una medida anticipatoria idéntica para que esa misma cesación se produzca de inmediato.

Parece más bien que ese término «similar» encierra un «cierto giro eufemístico, al que acaso se recurre para rehuir la más acre, abrupta e irritante –pero más conforme con lo que en realidad se quiere expresar– locución de "lo mismo" o "por completo idéntico"», de modo que «el legislador estaría acudiendo a una perífrasis para decir algo que por cierto sentimiento de pudor no se aventura a manifestar abierta y directamente: que también se puede pedir y acordar con el calificativo y con el régimen jurídico de las "medidas cautelares" actuaciones propiamente ejecutivas»⁹. Se ha dicho también que no sería idéntico «lo que coincide en sus rasgos externos, pero no en todas sus circunstancias ni en su relevancia o eficacia jurídica», de modo que «no hay identidad [...] entre una prohibición temporal [...] y la condena a abstenerse en lo sucesivo de hacer aquello que, previamente, se prohibió hacer» (Oliva, 2008, p. 53).

⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 23 de marzo de 2004 (Roj: AAP M 2409/2004).

⁹ Véase nota anterior. Otra posible explicación es que «la expresión *de contenido similar* haya sido introducida por el legislador con el propósito de evitar recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra el precepto que, de haberse referido explícitamente a un contenido idéntico o igual, podría haber sugerido una suerte de *executio sine titulo*» (Ormazábal, 2011).

El debate doctrinal sobre este punto se antoja estéril. Es claro que el artículo 726.2 de la LEC admite las medidas anticipatorias. Si el término «similar» es un eufemismo o alude a su eficacia indiscutiblemente provisional nada aporta al debate.

2.3. La conservación del *statu quo* como límite de las medidas anticipatorias

2.3.1. Medidas «conservativas» y medidas «innovativas»

Como se ha visto, el artículo 726.2 de la LEC reconoce la admisibilidad de las medidas anticipatorias. Nos preguntamos ahora sobre el posible contenido de este tipo de tutela satisfactiva. La duda estriba en determinar si esa anticipación tiene un alcance ilimitado, lo que permitiría virtualmente cualquier tipo de satisfacción inmediata –piénsese no solo en la suspensión o modificación de una relación contractual, sino también en una posible medida de pago provisional–, o si, por el contrario, el contenido de las medidas anticipatorias debe respetar el carácter conservativo propio de las medidas cautelares.

Debe realizarse en este punto una precisión terminológica. En ocasiones se presentan las medidas «asegurativas» como equivalentes a las «conservativas» y también se alude de forma intercambiable a las «anticipatorias» y a las «innovativas» (Garberí Llobregat, 2007, pp. 40- 41; o Torres, 2007, pp. 840-841). Pero en realidad esas categorías se mueven en planos distintos. Los conceptos «asegurar» y «anticipar» ponen en relación la tutela principal con la tutela cautelar: la medida cautelar será asegurativa si se limita a posibilitar que en el futuro la tutela principal sea realizable, mientras que será anticipatoria si adelanta a la sede cautelar los efectos que se pretenden en la demanda. En cambio, el que las medidas sean «conservativas» o «innovativas» dependerá de si con ellas se trata de preservar el *statu quo* previo al conflicto –medidas «conservativas»– o si tienen como efecto alterar ese estado de cosas –medidas «innovativas»–¹⁰.

Admitida la posibilidad de pedir no solo el aseguramiento de la efectividad de la tutela principal, sino también de obtener una anticipación, se trata de determinar ahora si esa medida anticipatoria ha de ser necesariamente conservativa del *statu quo* o si puede ser también innovativa, dando como resultado un estado de cosas inédito hasta la adopción de la medida, es decir, con el efecto de satisfacer «lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido» (Ortells, 2020, p. 703)¹¹.

¹⁰ Es clara a este respecto la sistematización trazada con acierto por Ortells (2020, p. 700) sobre los posibles efectos de las medidas. El autor identifica certeramente tres categorías de posibles efectos: «efectos de aseguramiento»; «efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio»; y «efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio».

¹¹ Sobre los efectos innovativos, el autor considera «dudoso si la potestad que el art. 726 confiere al tribunal alcanza a autorizarle la concesión de efectos de esta clase». En una monografía anterior a la LEC de

A nuestro juicio, el carácter conservativo no solo es consustancial a las medidas cautelares en sentido estricto, sino también a las medidas de contenido anticipatorio. Los efectos innovativos de las medidas son desconocidos en el proceso civil general¹².

2.3.2. La conservación del *statu quo* en las medidas anticipatorias del artículo 727 de la LEC

El efecto puramente conservativo se advierte sin dificultad en la medida anticipatoria consistente en la «suspensión de acuerdos sociales impugnados» (art. 727.10.^a LEC). Pero, en contra de lo que en ocasiones se ha indicado (Torres, 2007, pp. 840-841), el efecto conservativo está también presente en las medidas consistentes en órdenes judiciales de «cesar provisionalmente en una actividad», de «abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta» o de «interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo» (art. 727.7.^a LEC).

Hasta la LEC de 2000, estas órdenes de cesación y de abstención se encontraban dispersas en diversas leyes especiales. Como en otros aspectos de la tutela cautelar, la LEC se propuso consolidar esas formas de tutela cautelar anticipatoria en el artículo 727.7.^a (López-Alanís, 2004, p. 107). En esa tarea unificadora, la LEC derogó diversos procedimientos cautelares que preveían las regulaciones sectoriales, aunque subsistieron una serie de disposiciones especiales en diferentes cuerpos legales (Armengot, 2004).

En cualquier caso, las medidas de cesación y prohibición objeto de regulación bajo este paraguas unificador del 727.7.^a de la LEC comparten una misma finalidad. Su propósito consiste en lograr la inmediata cesación o la evitación de un hecho ilícito que está causando

2000, el mismo autor consideraba que «no parece correcto patrocinar que las normas que confieren al juez discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas», pues «este tipo de medidas constituyen un cuerpo extraño, difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares», lo que aconseja mantener «el criterio restrictivo en cuanto a la aceptación de tales medidas» (Ortells y Calderón, 1996, p. 20).

¹² A salvo quedan las medidas cautelares que pueden adoptarse en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En particular, en los procesos sobre filiación el artículo 768.2 de la LEC admite expresamente la posibilidad de adoptar una medida cautelar, no solo anticipatoria sino también innovativa («Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el apartado anterior»).

El otro supuesto de medida anticipativa e innovativa de naturaleza civil lo encontramos en un texto legal que da buena cuenta de su excepcional singularidad. Se trata del artículo 765.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, que en los procesos penales relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor autoriza al juez a adoptar la medida consistente en «señalar y ordenar el pago de una pensión provisional» para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo. No parece que del reconocimiento de esta medida –en el marco del proceso penal y con un marcado carácter tuitivo de la víctima– puedan predicarse conclusiones extrapolables al proceso civil general.

o previsiblemente causará un daño al demandante. Estas medidas se han desarrollado al calor del avance de mecanismos de prevención frente al daño futuro, es decir, de la denominada «tutela inhibitoria» encargada de preservar el interés de indemnidad¹³. El progresivo ensanchamiento del derecho de daños determina que no se agote ya con la tutela resarcitoria, sino que comprenda también esa tutela inhibitoria, cuyo fundamento se encuentra en la «antijuridicidad del daño amenazante» (Llamas, 2020, p. 175).

La competencia desleal, la propiedad industrial, la publicidad o la propiedad intelectual, cuyas regulaciones sustantivas contemplan acciones de cesación y prohibición, son campos singularmente propicios para el despliegue de la tutela anticipatoria¹⁴. También se encuentra en casos de inmisiones por ruidos o de intromisiones en el derecho al honor. En todos estos casos, el retraso en conseguir la evitación del daño comportaría la insatisfacción del derecho del demandante. El actor podría acaso ser resarcido de los daños sufridos durante la sustanciación del procedimiento, pero eso es precisamente lo que, en el plano sustantivo, trata de evitar la tutela inhibitoria. Y ello demanda del ordenamiento procesal una expeditiva respuesta a través del expediente de la anticipación. Así, la tutela inhibitoria cautelar «encuentra su específica aplicación en la medida que contempla el ordinal 7.º del artículo 727» (Llamas, 2020, p. 110).

Se trata, como ha subrayado la práctica judicial, de casos en que se verifica una «inmisión ilícita y sin justa causa en el ámbito del derecho ajeno, apreciada *prima facie* como antijurídica, [que] justifica que se ordene la inmediata paralización de una conducta productora de un daño que, de otro modo, seguiría agravándose durante la pendencia del proceso»¹⁵. En esa línea, nuestros tribunales indican también que la tutela cautelar anticipatoria se refiere a «un acto infractor, a modo de una tutela cautelar inhibitoria de carácter satisfactivo o anticipativo del fallo –que de este modo más que asegurar la ejecución de la sentencia garantiza la efectividad del derecho accionado, evitando que se prolongue en el tiempo una situación que, al menos "prima facie", se presenta como antijurídica y, con ello, que se agrave el daño al derecho del actor»¹⁶.

¹³ Sobre la tutela inhibitoria en el plano sustantivo, *vid.* Llamas (2020).

¹⁴ Además, la doctrina ha advertido también la irreparabilidad del daño en estos casos: «Tanto la violación del derecho de exclusiva como un acto de competencia desleal tienen el efecto inmediato de afectar a la posición competitiva de la empresa, al perjudicar o destruir su relación con la clientela. Y lo que una futura sentencia no puede asegurar, en casi ningún caso, es que se vaya a reponer a la empresa perjudicada en la posición competitiva que tenía cuando se produjo el ataque ilegítimo del tercero demandado. Y no puede asegurarlo porque la sentencia no tiene la posibilidad de restituir la clientela, puesto que la relación entre esta y la empresa es una relación de hecho» (Bercovitz, 1992, p. 53). Por ello, las medidas anticipatorias de cesación y prohibición «proporcionan la tutela más conveniente para los intereses de este concreto sector industrial» (Ruiz, 2012).

¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 26 de febrero de 2016 (Roj: AAP M 167/2016).

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) de 25 de noviembre de 2011 (Roj: AAP TF 1357/2011). En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.ª) de 4 de febrero de 2011 (Roj: AAP L 77/2011).

En este contexto, la naturaleza conservativa de las órdenes de prohibición, indicadas para casos de amenaza de un daño inminente, no ofrece dudas. Y son igualmente conservativas las órdenes de cesación dirigidas contra hechos ilícitos que se están produciendo ya en el momento en que se interpone la demanda. Lo son porque el *statu quo* a que debe referirse la conservación es aquel estado de cosas previo al advenimiento del hecho dañoso¹⁷. Se trata en esos casos no ya de *preservar* el estado de cosas al tiempo de la interposición de la demanda, sino de *retornar* al *statu quo* previo a la infracción o al conflicto.

También es conservativa la medida consistente en la «prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo» prevista en el artículo 727.7.^a *in fine* de la LEC. La ley admite en sede contractual medidas de signo opuesto a las que aquí se analizan, es decir, aquellas que no tienen como finalidad suspender o alterar cautelarmente una obligación contractual, sino mantener las prestaciones de un contrato que se hayan visto indebidamente interrumpidas y preservar así la «continuidad de la relación jurídica obligacional mientras se resuelve en definitiva el conflicto»¹⁸. Se trata en este caso de una tutela inhibitoria frente a un ilícito contractual encaminada «a evitar un daño o perjuicio que pudiera sufrir el demandante durante la pendencia del proceso por el incumplimiento nacido de esa relación contractual de tracto sucesivo»¹⁹.

Es significativo que el artículo no se refiera a cualquier prestación contractual, sino específicamente a aquella «que viniera llevándose a cabo», sobre la cual se autoriza al tribunal a dictar una prohibición de «interrumpir» o «cesar». El precepto, por tanto, se refiere de esa forma a un supuesto muy específico: relaciones contractuales de tracto sucesivo y que efectivamente estuvieran siendo objeto de cumplimiento²⁰.

En estos casos las medidas cautelares anticipan el resultado del fallo del mismo modo que lo haría la desestimación de las medidas solicitadas. Así, aunque «pudiera pensarse que una resolución favorable para el solicitante condiciona el resultado también favorable para él en el

¹⁷ Nos referimos, claro está, al *statu quo tunc* o *ante bellum*, es decir, al estado de cosas inmediatamente precedente al conflicto.

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.^a) de 12 febrero de 2003 (Roj: SAP H 103/2003). En el mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1.^a) de 27 de febrero de 2004 (Roj: AAP SO 51/2004) y el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1.^a) de 4 de junio de 2002 (Roj: AAP SA 25/2002).

¹⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre de 2020 (Roj: AAP M 6902/2020).

²⁰ En estos casos, el juzgador se encontrará en el irremediable trance de anticipar el fallo del procedimiento principal en un sentido o en otro. Piénsese en un contrato de suministro con una duración determinada de cinco años. Al cabo de dos años y ante la subida del precio de la materia prima suministrada, el proveedor comunica al suministrado una abusiva resolución anticipada del contrato. El suministrado interpone entonces una demanda en ejercicio de una acción de cumplimiento contractual con la petición cautelar de que se prohíba al proveedor interrumpir la realización de la prestación que venía llevándose a cabo.

pleito, pues ya se ha comparado en esta sede el derecho que alega el actor con el que invoca el demandado y se ha dado preferencia a uno sobre el otro», lo cierto es que «si una de las razones para no dar lugar a una medida cautelar fuera la de anticipar así el resultado del fallo, por el mismo motivo tampoco podría desestimarse la solicitud, pues aquí también se estaría anticipando el fallo, pero en este caso con un resultado contrario y adverso para la parte actora»²¹.

2.3.3. Inadmisibilidad de las medidas anticipatorias «innovativas»

En fin, todas las medidas anticipatorias específicamente previstas en el listado del artículo 727 de la LEC presentan invariablemente un carácter conservativo, coincidiendo en este punto con las medidas cautelares en sentido estricto. Sus efectos, por tanto, deben limitarse salvaguardar el estado de cosas previo al conflicto.

Este límite del *statu quo* ha sido destacado por nuestros tribunales, que han negado que las medidas anticipatorias puedan utilizarse para alterar la situación de hecho preexistente. Así, se ha advertido que «puede concebirse la medida cautelar como medio para impedir que, durante el proceso, se produzca o persista la vulneración de los legítimos derechos del solicitante o para conseguir el restablecimiento del mismo en el ejercicio de ellos, mas *no como instrumento para imponer un cambio en la situación de hecho preexistente* que le pueda interesar conseguir a la parte demandante en un momento determinado, de modo que pretenda que se altere el "statu quo" en su favor, con lo que pasaría a gozar mientras perdurase el litigio de una ventaja que antes no tenía»²². En otras palabras, son admisibles las medidas anticipatorias pero no las que, además, sean innovativas.

Es esa falta del elemento conservativo del *statu quo* la que impide en nuestro sistema procesal la adopción de medidas anticipatorias innovativas, como sería la orden de realizar un pago provisional como forma de satisfacción cautelar de un crédito. Por el mismo motivo, como se verá a continuación, deben descartarse también las medidas de modificación o suspensión de las relaciones contractuales.

2.4. La inadmisibilidad de las modificaciones o suspensiones contractuales provisionales

La admisibilidad de las medidas de suspensión o modificación de obligaciones se ha defendido fundamentalmente sobre la base de tres argumentos: el primero es que, con ca-

²¹ Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª) de 9 abril de 2007 (Roj: AAP BU 32/2007).

²² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 28 de junio de 2019 (Roj: AAP M 3565/2019). En el mismo sentido, Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 26 de junio de 2015 (Roj: AAP M 641/2015) y de 2 de marzo de 2012 (Roj: AAP M 4806/2012).

rácter general, esas medidas encajarían «con lo previsto en el art. 726.2 LEC»; el segundo, que la medida sería «adoptable en virtud del art. 726.2 LEC en relación con el art. 727.7.º LEC»; y el tercero, que podrían adoptarse en virtud de la potestad del juez prevista en los artículos 726.1 y 727.11.^a de la LEC «para adoptar efectos cautelares no especificados» en la ley (Juan, 2013).

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, sin embargo, ninguno de esos argumentos normativos puede servir para sostener la admisibilidad de semejante medida innovativa.

En primer lugar, una medida de modificación contractual no puede ampararse en el reconocimiento general de las medidas anticipatorias que contiene el artículo 726.2 de la LEC. Como se ha visto en el apartado 2.3.3 anterior, la admisibilidad de la tutela anticipativa no es ilimitada, sino que necesariamente deben dirigirse a preservar o reestablecer el *statu quo* previo al conflicto.

En segundo lugar, tampoco son admisibles estas medidas al amparo del artículo 727.7.^a de la LEC, bajo la forma de una orden de cesación o abstención de exigir el cumplimiento de una obligación contractual en los términos pactados. En el apartado 2.3.2 se ha comprobado que esas medidas se encuentran reservadas para la inhibición de daños antijurídicos. Las audiencias provinciales han desestimado la adopción de medidas anticipatorias de modificación contractual precisamente porque «lo que no tiene sentido en un puro marco contractual es que se invoque la doctrina de las medidas cautelares anticipatorias que se aplica en situaciones de infracción de derechos de exclusiva o situaciones similares», puesto que «poco tiene eso que ver con las disensiones suscitadas en el seno de una relación contractual, donde, como aquí ocurre, mientras se produce el normal desenvolvimiento de las obligaciones pactadas se debate, de modo paralelo, sobre la validez de determinada estipulación concreta»²³.

Por último, una medida de modificación contractual tampoco puede ampararse en la cláusula general de los artículos 726.1 y 727.11.^a de la LEC. La potestad del juez para adoptar medidas innominadas no permitiría, a nuestro juicio, sortear la naturaleza exclusivamente conservativa de las medidas que hemos descrito. Nuevamente debemos recordar que el reconocimiento de la posibilidad de adoptar medidas anticipativas e innovativas sin ningún límite conduciría a la admisibilidad de medidas cautelares como la satisfacción cautelar del crédito. Es pacífico que ello no es posible, como tampoco lo es, por el mismo motivo, la alteración o suspensión cautelar de las obligaciones contractuales.

²³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 26 de febrero de 2016 (Roj: AAP M 167/2016). En el mismo sentido, se ha indicado que «no puede entenderse que la vigencia de los contratos y la aplicación de sus efectos durante la pendencia del proceso resulte asimilable a la realización de conductas por la parte demandada que, "prima facie", se presenten como antijurídicas y contrarias a un derecho del que la parte actora sea titular» (Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) de 25 de noviembre de 2011 [Roj: AAP TF 1357/2011]). *Vid.*, también, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre de 2020 (Roj: AAP M 6902/2020).

Además, aunque la opción del legislador procesal español por establecer un régimen abierto de medidas cautelares es indudable²⁴, es dudoso que ese *numerus apertus* se extienda a las medidas anticipatorias. Si bien se observa, esa posibilidad de adoptar medidas innominadas se refiere específicamente a las medidas cautelares propias o asegurativas, es decir, a aquellas necesarias para «hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria» (art. 726.1.1.ª LEC) o para «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria» (art. 727.11.ª LEC), pero no a aquellas otras medidas que, sin responder a la definición jurídico-técnica de las medidas cautelares, se pueden acordar «como tales» (art. 726.2 LEC).

En definitiva, como han observado gráficamente nuestros tribunales, «la modificación, o extinción, de relaciones jurídicas obliga a esperar», pues «sería pavorosa la creación, modificación, o extinción provisional de contratos en sede cautelar»²⁵.

3. La posible caracterización del peligro en la demora procesal como el riesgo de insolvencia de la parte demandante

Se ha visto ya que, con carácter general, resultan inadmisibles las medidas que no solo adelantan los efectos de la tutela que se solicita en la demanda del procedimiento principal, sino que comportan también una alteración del *statu quo* previo al conflicto. Este motivo sería suficiente para concluir que las medidas de suspensión de las obligaciones contractuales no tienen encaje en nuestro ordenamiento.

Sin perjuicio de la anterior conclusión, resulta también de interés analizar si el riesgo de que, como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones cuya suspensión se pretende, el demandante incurra en una situación de insolvencia –que, como se ha visto en la introducción, se ha venido identificado como la situación que se trataría de evitar con esta clase de medidas– puede ser constitutivo del *periculum in mora* que exige el artículo 728.1 de la LEC para la adopción de la medida.

Para dar respuesta a esta cuestión se analizará, en primer lugar, si esa situación de insolvencia del demandante podría encajar en el concepto de riesgo en la demora desde la singular óptica de las medidas anticipatorias (apartado 3.1). A continuación, se analizará

²⁴ Tal propósito se expresa con claridad en la exposición de motivos de la LEC, que proclama su intención de «sentar con claridad las características generales de las medidas que pueden ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de una futura sentencia, perfilando unos presupuestos y requisitos igualmente generales, de modo que resulte un régimen abierto de medidas cautelares y no un sistema de número limitado o cerrado».

²⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 31 de marzo de 2011 (Roj: AAP M 5188/2011).

la posible concurrencia del peligro en la demora desde la perspectiva clásica de un riesgo para la posible ejecución de la sentencia que haya de dictarse en el futuro (apartado 3.2).

3.1. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter anticipatorio: *¿periculum in damno?*

El primero y más importante de los presupuestos para otorgar una medida cautelar es el peligro por la mora procesal²⁶. Según el artículo 728.1 de la LEC, «solo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que *impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela* que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

El artículo 728.1 de la LEC parte de la concepción clásica de las medidas cautelares, es decir, de su tradicional finalidad de asegurar o hacer posible la futura efectividad de la tutela, evitando situaciones que pudieran impedir la o dificultarla. Desde ese entendimiento, la dicción del precepto apunta a que el riesgo debe ponerse necesariamente en relación con «una dificultad o impedimento para la satisfacción de la pretensión formulada»²⁷ o con circunstancias «que impidan o dificulten la tutela que en su día pudiera otorgarse»²⁸.

Pero tal presupuesto encaja mal con la tutela anticipatoria, pues con ella no se pretende propiamente neutralizar los posibles riesgos que afecten a la futura efectividad de la tutela. En cambio, en tanto instrumentos de tutela inhibitoria (*vid. supra* apartado 2.3.2), el peligro reside en «la fundada probabilidad de que la conducta infractora se va a producir, repetir o mantener durante la pendencia del proceso»²⁹. Por tanto, lo que se trata de evitar con estas medidas anticipatorias es «el peligro de continuación de la situación antijurídica, a modo de represión inmediata de la conducta infractora y la preservación o evitación de prolongación de sus efectos» (Torres, 2005, p. 851).

En estos casos «el peligro de demora no es tanto el riesgo de que sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil [...], sino de poner fin a un *daño efectivo en el derecho protegido* o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño

²⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) de 28 de enero de 2020 (Roj: AAP B 289/2020).

²⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª) de 3 de junio de 2018 (Roj: AAP M 3013/2018).

²⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) de 14 de febrero de 2020 (Roj: AAP M 1097/2020).

²⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) de 25 de noviembre de 2011 (Roj: AAP TF 1357/2011).

amente»³⁰. De modo que, cuando la concesión de la medida anticipa los efectos de la tutela que se pretende en la demanda principal, el *periculum in mora* «cambia y se trasmuta en *periculum in damno*»³¹.

No se trata de que la falta de adopción de la medida pueda causar, como efecto reflejo o derivado, un perjuicio al demandante, sino que es la propia actividad que se prohíbe –o cuya cesación se ordena– la conducta infractora o ilícita que está ocasionando el daño o que de forma inminente lo causará. La justificación del riesgo aparece así indisolublemente unida a la propia tutela pretendida. Como han indicado nuestros tribunales, en estos casos la apreciación del *periculum* es «inherente al propio objeto del litigio», lo que ocurre, por ejemplo, «cuando se trata de imponer la cesación cautelar de una eventual infracción de derechos de propiedad industrial»³².

En una relación contractual, el *periculum in damno* se puede identificar como «el daño o perjuicio que pudiera sufrir el demandante durante la pendencia del proceso por el incumplimiento nacido de esa relación contractual»³³. Como ha visto en el apartado 2.3.2 anterior, esto ocurrirá cuando una de las partes interrumpa las prestaciones de un contrato de tracto sucesivo y la parte *in bonis* solicite la medida prevista en el artículo 727.7.^a *in fine* de la LEC.

Sin embargo, ese riesgo de daño no se presenta en los casos analizados, en los que el actor interpone una demanda con la que pretende la ineficacia total o parcial de una relación contractual y pide que el contrato se acomode cautelarmente a lo solicitado, bien suspendiendo la eficacia de una cláusula determinada o bien minorando o eliminando provisionalmente una obligación de pago. En ese caso, el eventual perjuicio consistente en que el cumplimiento del contrato pondrá al demandante en una situación de insolvencia no derivaría directamente de un ilícito contractual que pretenda evitarse, sino que sería en todo caso una consecuencia refleja de un cumplimiento que, en sí mismo, no es ilícito. No estaríamos en esos casos ante un daño efectivo en el derecho protegido y, en consecuencia, no podrá entenderse como un *periculum in damno*.

³⁰ Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 30 de septiembre de 2016 (Roj: AAP M 773/2016), 10 de julio de 2015 (Roj: AAP M 711/2015) y 18 de mayo de 2015 (Roj: AAP M 694/2015).

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) de 3 de junio de 2018 (Roj: AAP M 3013/2018).

³² Autos de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 14 de febrero de 2020 (Roj: AAP M 1097/2020) y de 13 de diciembre de 2019 (Roj: AAP M 7438/2019). En el mismo sentido, entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 15 de marzo de 2007 (Roj: AAP B 2772/2007) indica: «La apreciación del peligro en la mora, por tanto, reviste unas características especiales en los casos anticipatorios, pues resulta inherente a la determinación anterior del buen derecho del solicitante. No se trata de indagar en qué medida la no adopción de las medidas afectará a la futura efectividad de la sentencia, ya que esas medidas suponen *per se* esa efectividad, sino de saber si es necesario anticiparla».

³³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) de 18 de diciembre (Roj: AAP M 6902/2020).

3.2. El riesgo de insolvencia del demandante como consecuencia del cumplimiento de sus obligaciones contractuales desde la perspectiva de las medidas de carácter asegurativo: ¿*periculum in mora*?

Descartada la concurrencia del *periculum in damno* propio de las medidas anticipatorias, se aborda por último el análisis del posible encaje de la alegación del riesgo de insolvencia del demandante en el marco tradicional de las medidas cautelares ordinarias. Es decir, se analiza si ese riesgo puede constituir una situación que impida o dificulte la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de la petición de ineficacia contractual, total o parcial.

A estos efectos, lo primero que debe identificarse es la clase de pretensión que se deduce en la demanda. Es habitual en estos casos que a la pretensión de nulidad o modificación contractual se acumule una pretensión de condena al pago de las cantidades que hayan sido indebidamente cobradas o se cobren en el futuro por el demandado en virtud de ese contrato cuya eficacia se cuestiona. Incluso en aquellos casos en que no se deduzca una pretensión de condena, «de ser finalmente estimada la demanda, y declarada una modificación del precio en el contrato, se produciría a efectos de ejecución un derecho de reintegro económico por las sumas abonadas de más»³⁴. En un escenario u otro, si finalmente se dicta una sentencia estimatoria, será el demandado el que a la postre tendrá que satisfacer al demandante las cantidades percibidas en exceso de lo que en realidad tenía derecho a cobrar.

En esas circunstancias, el peligro de la mora procesal debe orbitar en torno a «una dificultad o impedimento para la satisfacción de la pretensión formulada»³⁵, es decir, en este caso, el pago de una cantidad de dinero. En consecuencia, «el peligro por mora debe presentarse como situación que ha de desenvolverse en la esfera de la parte demandada, que en su caso pudiera resultar condenada y a fin de evitar que no pueda cumplir con la sentencia que en su día se dicte de resultar favorable a la pretensión actora»³⁶. De modo que –al margen de los supuestos de *periculum in damno* de las medidas anticipatorias– «evitar consecuencias perjudiciales para el demandante es algo que nada tiene que ver con la finalidad de las medidas cautelares»³⁷, así que «no puede aceptarse que el peligro del retra-

³⁴ Véase nota 33.

³⁵ Véase nota 33.

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) de 31 de mayo de 2011 (Roj: AAP B 4220/2011).

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) de 25 de febrero de 2016 (Roj: AAP SE 48/2016): «Se ha alegado el riesgo de que, durante la pendencia del proceso, por no poder pagar el actor, por encontrarse en paro, el importe de las cuotas de amortización del préstamo se vea abocado a un procedimiento de ejecución hipotecaria, con las consecuencias que comporta, incluso la posibilidad de pérdida de la vivienda hipotecada, pero, sin embargo, evitar consecuencias perjudiciales para el demandante es algo que nada

so procesal se configure como [...] la evitación de la supuesta insolvencia del demandante, ya que no pretende entonces garantizar el resultado del litigio»³⁸.

En ocasiones se ha tratado de razonar que en estos casos las demandantes que deban seguir cumplimiento sus obligaciones de acuerdo con el contrato impugnado podrían «verse inmersas en situaciones de insolvencia que les obliguen a presentar concursos de acreedores, o incluso lleven a la disolución de la sociedad, en cuyo caso, una sentencia favorable a sus intereses no tendría ninguna efectividad» (Juan, 2013, p. 11).

La idea del riesgo de ineffectividad de la tutela por haberse visto la sociedad demandante declarada en concurso es en apariencia sugerente. Sin embargo, desde un punto de vista técnico-jurídico, la efectividad de una sentencia estimatoria con un pronunciamiento de condena dineraria en nada se ve afectada por el hecho de que la demandante favorecida con el fallo se encuentre en concurso de acreedores. Nada impediría que la sociedad concursada pudiera ejecutar esa sentencia. Ni siquiera cuando la sociedad finalmente se disuelva.

Además, esta posibilidad plantearía problemas de orden práctico. Por un lado, se antoja complicado vincular un estado de insolvencia de forma específica con la necesidad de

tiene que ver con la finalidad de las medidas cautelares. Esa situación afecta al demandante, y no a la demandada, cuando es en la esfera de esta donde debe presentarse el peligro de la mora procesal. Lo que se trata de evitar con toda medida cautelar es que, en el caso de una eventual sentencia condenatoria, el demandado no pueda sustraerse o imposibilitar el cumplimiento de la misma. Concurriría el presupuesto que analizamos si la entidad bancaria estuviese en situación de insolvencia, y no estamos en ese caso».

³⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) de 12 de abril de 2012 (Roj: AAP M 12357/2012). Son muchos los autos de nuestras audiencias provinciales que se pronuncian en el mismo sentido: de Madrid (Sección 25.ª) de 27 de septiembre de 2012 (Roj: AAP M 15627/2012) («ese riesgo [la solvencia de la actora] no sería verdaderamente el supuesto de peligro de mora procesal contemplado en el artículo 728.1 LEC»); de Madrid (Sección 8.ª) de 15 de febrero de 2013 (Roj: AAP M 1742/2013) («lo que con ellas se pretende es evitar los perjuicios que, según la parte solicitante, le generaría el cumplimiento durante la pendencia del proceso del contrato cuya nulidad se postula, es evidente que no se cumple la finalidad legalmente exigida»); de Barcelona (Sección 13.ª) de 31 de mayo de 2011 (Roj: AAP B 4220/2011) («el peligro por mora debe presentarse como situación que ha de desenvolverse en la esfera de la parte demandada»); de Barcelona (Sección 11.ª) de 27 de diciembre de 2010 (Roj: AAP B 6830/2010) («el *periculum in mora* [...] no puede venir determinado por el hecho de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales pueda provocar, en términos de la apelante, su desaparición, al ver de forma tan perjudicada su situación económica»); de Islas Baleares de 4 de noviembre de 2011 (Roj: AAP IB 356/2011) («lo que aduce es que el cumplimiento del contrato podría colocarle en una situación de insolvencia, supuesto para el que no está previsto la adopción de medidas cautelares»); de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5.ª) de 1 de diciembre de 2016 (Roj: AAP GC 235/2016) («no cabe aducir a su favor el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entendido como el quebranto patrimonial consistente en el riesgo de insolvencia a que pudiera verse abocada la entidad mercantil demandante caso de no adoptarse la medida solicitada»); o de Alicante (Sección 8.ª) de 14 de mayo de 2012 (Roj: AAP A 174/2012) («lo que se persigue es evitar los perjuicios económicos que, se aduce, genera el cumplimiento del contrato y va a seguir produciendo durante la pendencia del proceso, lo que pone en evidencia que la medida no es pretendida para garantizar la ejecución de la sentencia que resuelva sobre la demanda»).

cumplir las obligaciones derivadas de una concreta relación contractual. En una situación de insolvencia intervienen múltiples factores y no depende, por lo general, de un solo contrato. El demandado podría verse temporalmente privado de sus derechos contractuales por causas que nada tienen que ver con el objeto del litigio –o, al menos, existiendo otras causas concurrentes, incluidas posibles decisiones empresariales más o menos acertadas adoptadas por el demandante–.

Por otro lado, no puede obviarse que unas medidas cautelares de esa naturaleza se convertirían para el actor en una suerte de instrumento para-concursal. Con la alegación del riesgo de insolvencia del demandante como base para la adopción de una medida cautelar se corre el riesgo de que los juzgados de primera instancia acuerden *de facto* medidas de carácter concursal o pre-concursal, cuyo conocimiento se atribuye por la Ley orgánica del Poder Judicial a los juzgados de lo mercantil y sin respetar las garantías que para los acreedores ofrecería un procedimiento concursal –piénsese, por ejemplo, en que el solicitante de la medida cautelar podría seguir abonando cantidades a personas vinculadas, mientras que el demandado vería postergados sus créditos–. Si existe un riesgo de insolvencia para el demandante, la respuesta a tal dificultad debe buscarse en el ámbito que le es propio, es decir, el ordenamiento concursal o pre-concursal.

En definitiva, no puede concluirse que un riesgo de insolvencia para el demandante pueda constituir una situación que impida o dificulte la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de una petición de modificación o ineficacia contractual, total o parcial.

5. Conclusiones

Comenzaba este trabajo planteando un problema práctico que se desdoblaba en dos concretas cuestiones. De acuerdo con lo expuesto en este trabajo, las presentes conclusiones se proponen dar respuesta a ambas preguntas:

- a) Las medidas consistentes en la suspensión o modificación provisional de una relación contractual no solo revisten carácter anticipatorio –por cuanto anticipan la tutela pretendida en la demanda–, sino también innovativo –en tanto que tienen el efecto de alterar el *statu quo* existente en el momento previo al conflicto–.
- b) Las medidas anticipatorias gozan de reconocimiento en el ordenamiento procesal español, pero no de forma ilimitada. En concreto, deben rechazarse las medidas de carácter innovativo, que no tratan de preservar el estado de cosas previo al conflicto o infracción sino introducir una situación inédita para las partes.
- c) Tampoco concurriría en estos casos el *periculum in damno* propio de las medidas anticipatorias. Los perjuicios que podrían causarse al demandante en caso

de que la medida no fuera adoptada y se viera abocado a una situación de insolvencia no derivarían directamente de un ilícito contractual que pretenda evitarse, sino que sería en todo caso una consecuencia refleja de un cumplimiento contractual que, en sí mismo, no es ilícito.

- d) Y debe descartarse igualmente que exista *periculum in mora* en su tradicional configuración. El riesgo de que el demandante entre en una situación de insolvencia durante la sustanciación del procedimiento no impide ni dificulta la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Las consecuencias que pueden derivarse de esa estimación consisten en una liquidación económica que únicamente podría verse impedida o dificultada en caso de insolvencia sobrevinida del demandado, pero no del demandante.

En fin, aunque es comprensible que en momentos de extrema dificultad nuestros jueces y tribunales sientan el impulso de proporcionar un balón de oxígeno a los operadores económicos, ello no debe hacerse a costa de deformar nuestras instituciones procesales hasta hacerlas irreconocibles. La seguridad jurídica, deseable con carácter general, cobra una singular relevancia en los momentos de crisis, cuando las costuras del sistema se ponen a prueba. En los casos estudiados, las respuestas deben buscarse en el ámbito de los mecanismos que establece el derecho de la insolvencia, que atiende al delicado entramado de intereses que late tras una situación concursal. Lo contrario supone sucumbir a la tentación de proporcionar soluciones aparentemente sencillas a problemas complejos.

Referencias bibliográficas

- Armengot, A. (2004). La tutela judicial cautelar especial. Una visión de las normas procesales especiales sobre la tutela cautelar. *Práctica de Tribunales. Revista práctica de derecho procesal civil y mercantil*.
- Bercovitz, A. (1992). Las medidas cautelares en la nueva legislación sobre bienes inmateriales y derecho de la competencia. En *Estudios sobre derecho industrial (homenaje a H. Baylos)*. Grupo español de la AIPPI.
- Calderón, M. P. (1992). Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las «*ordonnances des référés y sur requête*». *Revista General de Derecho*.
- Calderón, M. P. (1995). Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares. *Diario La Ley*.
- Carreras, J. (1962). *Estudios de Derecho Procesal*. Bosch.
- Cordón, F. (2005). Principio de proporcionalidad y congruencia de la resolución que adopta las medidas cautelares. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 674.

- Díez-Picazo, I. (2000). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. Ramón Areces.
- Fernández-Ballesteros, M. A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Iurgium Editores.
- Garberí, J. (2007). Medidas cautelares de contenido negativo. En *Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Gascón, F. (1999). *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*. Cedecs.
- Gilsanz, J. (2012). La interpretación judicial del presupuesto del peligro de la mora procesal, la instrumentalidad de las medidas cautelares y la aplicación de la prohibición del art. 728.1.II LEC ante supuestos de solicitud de suspensión de los efectos del contrato de swap. En *2012 Práctica contenciosa para abogados. Los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2011 de los grandes despachos*.
- Giménez, D. (2014). La suspensión cautelar de la cláusula suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 880.
- González, B. A. (2013). Las patentes farmacéuticas en caso de infracción inminente y la adopción de medidas cautelares. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7.
- Gregoraci, B. (2020). El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español. *Anuario de Derecho Civil*, 9.619.
- Heras, M. A. de las (2001). Tutela cautelar efectiva en la nueva LECiv. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 10.
- Juan, R. J. (2013). Las medidas cautelares en las demandas de nulidad de los SWAPS. *Diario La Ley*, 8.148.
- Llamas, E. (2020). *Las formas de prevenir y reparar el daño*. La Ley.
- López-Alanís, A. (2004). *Medidas cautelares en el ámbito de los juzgados de lo mercantil*. Consejo General del Poder Judicial.
- Oliva, A. de la (2008). *Derecho Procesal. Introducción*. (3.ª ed.). Ramón Areces.
- Ormazábal, G. (2011). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Aranzadi.
- Ortells, M. (2020). *Derecho procesal Civil*. (19.ª ed.). Aranzadi.
- Ortells, M. y Calderón, M. P. (1996). *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*. Comares.
- Paz, J. M., Achaerandio, F. J., Andrés, A. de, Illescas, A. L., Puente, L. y Salgado, C. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*. La Ley.
- Ruiz, J. M. (2012). La protección cautelar de la marca: dificultades interpretativas de una doble regulación. *Revista de Derecho Mercantil*, 284.
- Serra, M. (1974). *Las medidas cautelares en el proceso civil. Teoría general de las medidas cautelares. Medidas provisionales en relación con las personas. Intervención judicial de bienes litigiosos*.
- Torres, J. M. (2005). La tutela civil inmediata del derecho al honor: medidas cautelares de cesación. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 15.
- Torres, J. M. (2007). Medidas cautelares de contenido negativo. En *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Thomson-Aranzadi.
- Virzi, F., Ros, N. y Sánchez, P. (2020). Medidas cautelares adoptadas con respecto de contratos de arrendamiento como consecuencia de la crisis de la Covid-19. *Diario La Ley*, 9.759.



Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma)

Isaac Ibáñez García

Abogado

amicuscuriae1964@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-2290-1363>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Antonio Ortí Vallejo, doña Dolores Bardaji Gálvez, don Pablo Ignacio Fernández Carballo-Calero, don Carlos Gómez Asensio, doña Sara González Sánchez, doña Pilar Gutiérrez Santiago, don Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas y doña Linda Navarro Matamoros.

Extracto

En el presente estudio se expone el régimen jurídico actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas.

El artículo 348 bis del TRLSC, de vida azarosa y seriamente contestado desde su origen, supone un auténtico cambio de paradigma en la formulación dogmática del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital respecto a cómo estaba concebido con anterioridad. Ahora, vigente este precepto, ampliamente reformado, y si se dan los requisitos establecidos en el mismo, el derecho abstracto del socio o accionista a «participar en el reparto de las ganancias sociales», reconocido en el artículo 93 del TRLSC, se transforma en un derecho directamente exigible y cuantificable, anualmente, ante la junta de socios o accionistas, so pena de ejercitarse, como represalia, un derecho tan gravoso como el de separación.

Palabras clave: abuso de derecho; artículo 348 bis LSC; derecho al dividendo; derecho de separación.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Ibáñez García, I. (2021). Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma). *Revista CEFLegal*, 251, 57-100.





Current regulation of the «right to dividend» in unlisted capital companies

Isaac Ibáñez García

Abstract

This study presents the current legal regime of the «right to dividend» in unlisted capital companies.

Article 348 bis TRLSC, of hazardous life and seriously contested from its origin, represents a true paradigm shift in the dogmatic formulation of the «right to dividend» in capital companies, with respect to how it was previously conceived. Now, with this provision in force, extensively amended, and if the requirements established therein are met, the abstract right of the partner or shareholder to «participate in the distribution of corporate profits», recognized in article 93 of the TRLSC, becomes a directly enforceable and quantifiable right, annually, before the Board of partners or shareholders, under penalty of exercising, in retaliation, a right as burdensome as that of separation.

Keywords: abuse of right; article 348 bis LSC; right to dividend; right of separation.

Cómo citar: Ibáñez García, I. (2021). Regulación actual del «derecho al dividendo» en las sociedades de capital no cotizadas. (Un cambio de paradigma). *Revista CEFLegal*, 251, 57-100.





Sumario

1. Introducción
2. El derecho al dividendo sin el artículo 348 bis de la LSC
3. El artículo 348 bis de la LSC y su azarosa vida
4. El 348 bis primitivo y el mejorado
5. El principio de seguridad jurídica. La aplicación temporal del artículo 348 bis
6. Una anomalía evidente: atribuir funciones jurisdiccionales al Registro Mercantil
7. Momento en que rige la separación y efectos concursales
8. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

Antes de la inserción del artículo 348 bis en la Ley de sociedades de capital, a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, ¿existía un derecho (exigible regularmente) al dividendo? Salvedad hecha del dividendo preferente de los titulares de las participaciones y acciones sin voto, regulado en el artículo 99 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC), y de lo dispuesto en su artículo 95¹; ¿crea el artículo 348 bis del TRLSC un derecho anual mínimo al dividendo?

¹ Artículo 95. *Privilegio en el reparto de las ganancias sociales.*

1. Cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, las demás participaciones sociales o acciones no podrán recibir dividendos con cargo a los beneficios mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio.
2. La sociedad, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa, estará obligada a acordar el reparto de ese dividendo si existieran beneficios distribuibles.
3. Los estatutos habrán de establecer las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si este tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las demás.

Artículo 99. *Dividendo preferente.*

1. Los titulares de participaciones sociales y las acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Una vez acordado el dividendo mínimo, sus titulares tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias.
2. Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo a que se refiere el párrafo anterior.

El artículo 93 del TRLSC contempla los siguientes «derechos del socio»:

En los términos establecidos en esta ley, y salvo los casos en ella previstos, el socio tendrá, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.
- b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.
- c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.
- d) El de información.

Sobre el derecho abstracto, incluido entre los «derechos del socio», a participar en las ganancias sociales, a que se refiere el citado artículo 93 de la LSC, es de interés la STS de 12 de noviembre de 2020 (recurso de casación núm. 289/2018) y la jurisprudencia allí citada, cuyo FJ 4.º tiene como expresivo título: «El derecho del dividendo aprobado como derecho desprendido del vínculo societario». Para el Tribunal Supremo:

1. Las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

Como declaramos en la sentencia del pleno de esta sala 60/2020, de 3 de febrero, en este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la junta general decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico (arts. 160 a y 273 LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reservas o el reparto de dividendos. El socio puede, ante un acuerdo de esta naturaleza, ejercitar su derecho de separación al amparo del art. 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello; o impugnar el correlativo acuerdo de la junta general, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales, como así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia (ver la doctrina de las SSTs 418/2005, de 26 de mayo y 873/2011, de 7 de diciembre).

3. De no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas.

Por ello, la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre el «derecho abstracto» a participar en las ganancias sociales, y el «derecho concreto» al pago de los dividendos cuyo reparto se haya acordado en junta general. Así, por ejemplo, en la sentencia 60/2002, de 30 de enero (doctrina que reproducen las sentencias 873/2011, de 11 de diciembre, y 60/2020, de 3 de febrero), declaramos: «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

[...]

A este fenómeno del desprendimiento o independencia del derecho al cobro del dividendo acordado respecto de la relación jurídica societaria, responde que en el catálogo de los «derechos del socio» del art. 93 LSC, al margen de que este no sea exhaustivo, se incluya el abstracto de participar en las ganancias sociales, pero no el de la percepción del dividendo aprobado.

4. Pero, en todo caso, los titulares de este derecho son los socios que ostenten esta condición en el momento de la aprobación del acuerdo.

Parece que esta sentencia refiere un carácter alternativo a la opción del accionista: o ejercita su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la LSC (siempre y cuando concurren los presupuestos normativos para ello), o impugna el correlativo acuerdo de la junta general, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales. Entendemos que ha de elegir entre una y otra y no probar suerte con ambas, pidiendo una como principal y otra como subsidiaria.

El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales es consustancial a la causa del contrato de la sociedad mercantil: el ánimo de lucro. Illescas Ortiz (1992) entendió, con la normativa anterior en la mano, respecto al derecho al dividendo, que «incardinado en la causa del contrato, este derecho es de un carácter genérico y posee diversas manifestaciones concretas sin que constituya base normativa suficiente como para que el socio pueda reclamar en cada ejercicio social a la sociedad una parte de las ganancias sociales repartibles».

Con gran claridad de ideas, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de enero de 2002 (rec. núm. 2542/1996. Sala de lo Civil), sentó que

el derecho a percibir los beneficios y la cantidad que corresponde percibir no debe ser confundida con conceptos afines. El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la sociedad anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago.

Lo gravoso del artículo 348 bis del TRLSC se manifiesta en que un socio o accionista obliga a la mayoría, que puede ser muy amplia, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto, a aprobar un dividendo anual del 25 % para el total del capital social (dividendos preferentes aparte), sin tener en cuenta las circunstancias económicas de la sociedad.

Con la actual regulación del artículo 348 bis («lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder»), parece que convive lo establecido en dicho artículo con el régimen tradicional de impugnación del acuerdo de distribución de dividendos por insuficiencia de reparto. Es decir, puede que en determinadas circunstancias el socio o accionista no se conforme con el 25 % de dividendos e impugne el acuerdo de reparto. Para Alfaro Águila-Real (2019c),

la doctrina del abuso de derecho sigue siendo aplicable a los acuerdos sobre aplicación del resultado y no ha quedado derogada por la norma del art. 348 bis LSC. Aunque, ciertamente, será difícil imaginar supuestos en los que un acuerdo de reparto de dividendos que cumpla con los mínimos del art. 348 bis LSC haya de considerarse, no obstante, como impugnabile por abusivo, la doctrina de los acuerdos abusivos y la norma del art. 348 bis LSC tienen estructuras diferentes (cláusula general la primera y norma con supuesto de hecho determinado la segunda).

Desde un punto de vista procesal, comentando la SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2020 (rec. núm. 721/2019), (según la cual el socio había presentado una demanda pidiendo que se condenara a la sociedad a repartir dividendos porque llevaba años sin hacerlo, a pesar de que se habían obtenido beneficios. Tanto el juzgado como la audiencia desestiman su pretensión porque la vía adecuada es la impugnación del acuerdo social sobre aplicación del resultado o el ejercicio del derecho de separación), Alfaro Águila-Real (2021) subraya la obviedad de que es necesario, pues, impugnar un acuerdo social concreto «una vez excluida la eventual aplicación al caso del derecho de separación ex artículo 348 bis de la LSC», pues la sequía de dividendos se combate, bien ejerciendo el derecho de separación, bien impugnando el acuerdo social sobre aplicación del resultado.

El artículo 348 bis del TRLSC podría ser contrario (al menos en su redacción primitiva) al principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE). Según el Tribunal Supremo²,

² Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Auto de 9 de diciembre de 2009 (rec. núm. 104/2004), mediante el que plantea al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad del segundo párrafo del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por las leyes 22/1999, de 7 de junio, y 15/2001, de 9 de julio.

existen unos límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad [...]

«Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial "en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general».

Las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor.

En el fundamento jurídico octavo de la misma sentencia constitucional 112/2006, una vez transcritos los «criterios de acuerdo con los cuales debe enjuiciarse [el precepto legal] respecto a su posible lesión de la libertad de empresa», el Tribunal Constitucional afirma que forma parte de la garantía inserta en el artículo 38 de la Constitución «la libertad de contratación, entendida esta, junto a la libertad de inversión y la libertad de organización, como una de las vertientes imprescindibles de la primera». Lo cual no impide que se les impongan determinadas exigencias siempre que no constituyan una «restricción desproporcionada» de la libertad misma.

La «libertad de inversión» se integra en el núcleo mismo del haz de facultades propias del empresario dentro de una economía de mercado y, en principio, debe ser ajena a imposiciones forzosas por parte de los poderes públicos, incluido el poder legislativo. La capacidad de decidir de modo autónomo dónde y en qué invertir los recursos propios es parte del núcleo «duro» o indisponible de la libertad empresarial.

2. El derecho al dividendo sin el artículo 348 bis de la LSC

Puede decirse que, antes de la inserción del artículo 348 bis de la LSC, el derecho al dividendo se configuraba (Ibáñez García, 2008) como un derecho atribuido al socio o accionista *uti singuli*, pero que, necesariamente, tenía que ser ejercido colectivamente a través de la junta general; sin que el socio o accionista –individualmente considerado– pudiera imponerlo desde la minoría, so pena de una consecuencia muy gravosa (*si no me lo dan, me voy*).

Cosa distinta era el concreto derecho de crédito a favor del socio o accionista individualmente considerado, que nace una vez acordada la distribución de dividendos por la junta general. Otros derechos del socio o accionista de ejercicio individual son, entre otros, el derecho de suscripción preferente, el derecho de información, el de voto, etc.

Antes de la incorporación del artículo 348 bis en LSC, a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, para luchar contra los *abusos de mayoría* por la insuficiencia o «sequía» de dividendos, el expediente apto era, exclusivamente, la impugnación del acuerdo de distribución de resultados adoptado por la junta de socios o accionistas, si se probaba ante un tribunal que se había producido un abuso de derecho.

Que existen soluciones alternativas al artículo 348 bis del TRLSC respetuosas con todos los intereses en conflicto es más que evidente. Campins Vargas y Alfaro Águila-Real (2011) realizaron una propuesta conciliadora de intereses. Para estos autores, «en el enjuiciamiento de las decisiones sociales sobre atesoramiento, los tribunales parten de la premisa de que es legítima cualquier decisión de atesorar, salvo que esta pueda considerarse abusiva, lo que exige al impugnante probar que el acuerdo social no responde a otra finalidad que la de perjudicar a la minoría. A nuestro juicio, sin embargo, sería preferible un planteamiento alternativo: debería ser la mayoría la que justificara la falta de reparto de las ganancias entre los socios y, además, en el análisis de la lealtad de comportamiento de la mayoría frente a la minoría, son mucho más relevantes otras circunstancias que la mera «sequía de dividendos».

Este planteamiento alternativo comenzó a ser acogido por alguna sentencia. A título de ejemplo, la SAP de Cáceres de 6 de abril de 2018 (recurso de apelación núm. 238/2018)³. En el caso analizado nos encontramos con unos resultados positivos importantes, del ejercicio 2015, que están integrados, en su mayoría, por lo que se denominan habitualmente resultados extraordinarios, es decir, resultados no habituales en la explotación del negocio y que no son normalmente recurrentes (devolución de provisiones de ejercicios anteriores que no generan tesorería; expropiaciones de inmuebles que, evidentemente, no son transmisiones voluntarias de activos sociales, etcétera). Resultados importantes del ejercicio que no eran habituales en ejercicios anteriores ni posteriores, en los que se llega a incurrir en pérdidas.

El juez de instancia estima que se ha producido una retención injustificada de los resultados, destinando la mayor parte de los mismos a reservas voluntarias, sin la justificación suficiente por parte de la sociedad demandada, lo que constituye un abuso de derecho. Para la AP de Cáceres, en la sentencia que resuelve la apelación:

³ También: SAP de Madrid (Sección 28.ª) (rec. núm. 389/2016).

Es, en rigor, sobre este precepto, sobre el que pivota el contenido –prácticamente íntegro– de la impugnación. La decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida descansa en este precepto y en un acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría de corte abusivo. No se trata de cuestionar la voluntad de la Junta General, sino de valorar si el acuerdo, aun no causando perjuicio al patrimonio social, implica un daño a la minoría social sin motivo razonable. Habrá de convenirse en que el designio de una sociedad de capital es la obtención de un beneficio repartible, y que ese reparto redunde en el haber patrimonial de todos los socios, sin desatender, lógicamente, el interés social; de ahí que, para reputar nulo el acuerdo por imposición abusiva de la mayoría, el acuerdo se aparte de una «necesidad razonable de la sociedad», de tal modo que, para que no sea así, esa «necesidad» tiene que acreditarse de manera cumplida por la mayoría social. No basta una mera declaración de principio en la Memoria (artículo 260 de la Ley de Sociedades de Capital) o en el Plan General de Contabilidad, sino que tiene que concretarse en hechos explícitos y tangibles que revelen –por lo que ahora interesa– que el beneficio de la sociedad exige que la práctica totalidad del Resultado (el 95 % aproximadamente en el supuesto que examinamos) haya de destinarse necesariamente a la dotación de reservas voluntarias, lo que, en el supuesto que examinamos, no se ha verificado.

Ya hemos indicado que esa justificación es insuficiente (abiertamente insuficiente), e insuficiente es para mermar –o disminuir de manera harto acusada– el Derecho del socio al Dividendo, tan importante en una sociedad de capital, como la voluntad irrazonada de la Junta General de acordar una dotación a reservas voluntarias desmesurada e injustificada atendiendo a la cuantía del resultado y al propio patrimonio social (como ya se apuntó con anterioridad). No existe motivo para limitar el derecho al dividendo, ni se justifica, cuando, además, estamos ante una sociedad no solo saneada, sino solvente en términos patrimoniales y en una situación económica actual (también en el año 2016), donde la crisis inmobiliaria no presentaba ya los condicionantes que determinaron que, en ejercicio anteriores, hiciera disminuir la actividad de la sociedad, o que exigiera la dotación de reservas extraordinarias; de igual modo que tampoco se ha demostrado que el no destinar el 95 % del resultado a reservas voluntarias comprometiera las licitaciones públicas de la propia sociedad. Esa necesidad razonable de la sociedad no se puso de manifiesto en el Escrito de Contestación a la Demanda, no se advierte del contenido de la Memoria, ni del Plan General de Contabilidad, ni se ha probado en este Juicio, ni ha resultado avalado por el Informe Pericial emitido a instancia de la parte demandada, por lo que no existe causa que justificara la decisión adoptada por la Junta General (en el acuerdo número 2 impugnado, adoptado el día 29 de junio de 2016) para que la cantidad destinada a reservas voluntarias se estableciera en la cuantía pretendida por la mayoría, en perjuicio de los socios minoritarios.

Señala Campins Vargas (2020) que

frente a la impugnación de acuerdos de atesoramiento injustificado de beneficios nos encontramos con tres tipos de fallos judiciales, además de los que no con-

sideran ilícita la decisión de no repartir beneficios: los que se limitan a declarar la nulidad o ineficacia del acuerdo abusivo impugnado; los que, además, obligan a la sociedad a la adopción de un nuevo acuerdo de reparto y los que, si lo solicitan las partes, condenan a la sociedad al reparto de los beneficios del ejercicio impugnado. Solo estos últimos aseguran el cumplimiento del contrato de forma eficaz, impiden la persistencia del abuso y, además, evitan que los socios se vean abocados a recurrir al derecho de separación, previsto no como una acción de cumplimiento sino como un mecanismo de resolución del contrato social.

Ese último tipo de acuerdos con pretensiones de condena, señalado por Campins, es contrario a nuestro ordenamiento procesal (Ibáñez García, 2008). Por ello, propone dicha autora una reforma del artículo 204 del TRLSC en el sentido de recoger un régimen más completo de los *remedios* a disposición del impugnante victorioso: además de preverse la nulidad del acuerdo (sentencia mero-declarativa) y sus consecuencias registrales, qué otras pretensiones pueden sostenerse en tal impugnación, singularmente, en el caso de impugnación del acuerdo social de aplicación del resultado, la condena a la sociedad a repartir los beneficios (pronunciamiento de condena).

El Tribunal Supremo tiene dicho (entre otras, Sentencia de 6 de octubre de 2010), refiriéndose al artículo 204.1 de la LSC (acuerdos impugnables), que dicho precepto no autoriza al juez a suplir la voluntad social. «El control judicial de las decisiones societarias se limita al examen de la regularidad de los acuerdos adoptados, pero no a la conveniencia o no de adoptar otro». La SAP de Pontevedra de 3 de junio de 2015, refiriéndose a los acuerdos «negativos», sentencia que «el Juez podrá, si concurren los requisitos, anular la decisión pero en modo alguno suplir la voluntad de la sociedad no expresada en determinado sentido [...] y si hay varias posibilidades igualmente asumibles, el Juez carece de legitimidad para elegir e imponer una concreta por encima de la voluntad de la sociedad». Parece claro que al ser las sentencias estimatorias de la impugnación de acuerdos sociales meramente declarativas y no de condena, no son susceptibles de ejecución (art. 521 Ley de enjuiciamiento civil) y, por tanto, no procede despachar ejecución.

A nuestro entender, claramente *contra legem*, la SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2020 (rec. núm. 248/2020), aunque recaída en un caso patológico, confirma la resolución de instancia:

1. Declaro la nulidad de pleno Derecho del acuerdo adoptado en la junta general extraordinaria de la sociedad de capital demandada INFAGI, S.L. celebrada en fecha de doce de abril de dos mil dieciocho, por el que se decidió destinar a dividendos el 35 % del resultado del ejercicio 2015, que se sustituye, a todos los efectos legales pertinentes, por otro acuerdo por el que la compañía demandada habrá de destinar a dividendos el 100 % del resultado del ejercicio 2015 de la sociedad demanda (190.856,05 euros), que habrá de ser repartido entre los tres socios de la sociedad demandada en la proporción que les corresponda.

2. Condeno a la sociedad de capital INFAGI, S.L. a que reemplace con todas las formalidades legales el acuerdo declarado nulo de pleno Derecho por el acuerdo aquí dispuesto, incluidos los trámites pertinentes en el Registro Mercantil; a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a pagar las costas procesales de la primera instancia de este juicio.

Considerando la Audiencia Provincial en dicha sentencia que no es suficiente con repartir el mínimo establecido en el artículo 348 bis de la LSC para impedir el derecho de separación. En el caso enjuiciado, ante la situación de conflicto existente entre los socios, la sentencia concluye que el acuerdo adoptado infringe el interés social, y en atención a las circunstancias del caso, considera que no estaba justificado objetivamente que la sociedad decidiera repartir solo una parte de los beneficios obtenidos en el ejercicio cuando la sociedad estaba saneada, contaba con una liquidez muy importante, ingresos regulares y no tenía a la vista proyectos de inversión que pudieran justificar seguir atesorando las ganancias. Y sobre las consecuencias de la nulidad del acuerdo, dice⁴:

SEXTO. Consecuencias de la nulidad del acuerdo.

29. Aunque las partes no hayan discutido sobre las consecuencias que de la nulidad del acuerdo se derivan, no podemos ignorar el hecho de que se trata de una cuestión compleja sobre la que no existe unanimidad en la doctrina. Los tribunales tendemos a limitarnos, como ha venido haciendo esta Sección hasta la fecha, a declarar la nulidad del acuerdo y remitir la cuestión a la junta general para que adopte de nuevo un acuerdo, como también hizo el juzgado mercantil la primera vez que fue impugnado el acuerdo de distribución de los beneficios del ejercicio 2015. No obstante, con esa decisión no siempre se puede dar satisfacción al derecho del impugnante, que puede verse una y otra expuesto a decisiones abusivas de la junta general y sin que la tutela judicial de su derecho resulte adecuada o suficiente.

30. Por otra parte, no podemos ignorar que, al menos como regla, la función judicial al revisar si los acuerdos sociales se acomodan a la ley y a los estatutos o no infringen el interés social es una actividad de carácter esencialmente declarativo, de manera que no le compete al juez sustituir la voluntad judicial modificando el contenido de los acuerdos para adaptarlos a lo que exige la ley, los estatutos o la tutela del interés social. No obstante, tal regla debe ceder en algunos casos, particularmente cuando se constate que con tal proceder no se pueda ofrecer una tutela adecuada a los derechos de los socios vulnerados por el acuerdo considerado nulo.

31. Cuando se trata de la nulidad del acuerdo de reparto de los beneficios, aceptamos que la forma de proceder más común ha de ser la de remitir la decisión de nuevo a la junta de socios, que es el órgano que tiene la competencia para hacerlo. No obstante, cuando pueda considerarse que el proceder de la junta constituye

⁴ Criterio que se reitera en SAP de Barcelona de 30 de noviembre de 2020 (rec. núm. 1381/2020).

una reiterada violación de los derechos del socio minoritario, tal solución no ofrece una respuesta adecuada a los intereses en conflicto, pues la tutela del socio se convertiría en ilusoria o ficticia.

32. El art. 7 del Código Civil, después de establecer que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, establece que la ley no ampara el abuso de derecho o su ejercicio antisocial y establece que el juez debe adoptar las medidas que impidan la persistencia en el abuso. En nuestro caso, está justificado el abuso de mayoría y también que el juez deba adoptar, como en el caso ha hecho, medidas que impidan que tal abuso pueda persistir.

33. Somos conscientes de que esa posibilidad solo puede ser entendida como excepcional, esto es, aplicable solo en los casos en los que el fundamento de la impugnación sea el abuso de derecho (o la violación del interés social) y exista riesgo de que el mismo se pueda prolongar, como en el caso creemos que podría ocurrir. Por ello estimamos que también en este punto es preciso seguir el criterio que ha seguido la resolución del juzgado mercantil, que no se ha limitado a declarar la nulidad, sino que ha dispuesto que sean repartidos la totalidad de los beneficios, en los mismos términos interesados en la demanda del socio. Es decir, ha acordado la sustitución del acuerdo social impugnado por otro cuyo contenido es distinto y consiste en acordar el reparto de todos los beneficios del ejercicio. Por tanto, aunque el pronunciamiento judicial tenga un mero carácter declarativo, sus efectos serán los propios de un acuerdo adoptado por la junta general a efectos de su efectividad inmediata.

Creo que este asunto debería ser clarificado por nuestro Tribunal Supremo. En mi opinión, es de gran actualidad la *sentencia* de Gómez Orbaneja⁵: «Porque nada sería señores, tan erróneo y tan peligroso como suponer que es misión del Juez entrar a determinar el contenido de la voluntad de una Sociedad mercantil».

Para Campins,

tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital de 2014 debería ser pacífico, partiendo del carácter lucrativo de la causa del contrato de sociedad, cambiar la aproximación y hacerlo, no desde la perspectiva del abuso, sino de la consideración como regla general la del reparto en lugar de, como viene siendo habitual, considerar el reparto como excepcional. Esto significa que la carga de la argumentación respecto de la decisión de atesorar los beneficios sociales debe recaer sobre la sociedad cuando existan beneficios y estén cubiertas las reservas legales y estatutarias.

El traslado de la sede legislativa del criterio de anulación del acuerdo –del art. 7 CC al art. 204.1 II LSC– implica, también, una modificación de los elementos del

⁵ Citada por Álvarez Sánchez de Movellán (2015).

supuesto de hecho que justifican la anulación y la condena al reparto de los beneficios. En efecto, si como sostiene la más reciente doctrina, las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de incumplimiento, los acuerdos que se anulan sobre la base del art. 204.1 II LSC se anulan porque su contenido implica un incumplimiento por parte de la mayoría del contrato de sociedad por infracción de los deberes de conducta que impone la buena fe contractual (art. 1258 CC), no porque la mayoría haya «abusado» de su derecho de voto al adoptar el acuerdo social correspondiente.

Esta explicación resulta, por lo demás, plenamente coherente con la doctrina civilista que afirma que la categoría del abuso debe reservarse para los derechos absolutos que se ostentan frente a cualquiera y que se dan en el marco de relaciones extracontractuales, mientras que la buena fe se aplica en el marco de relaciones intersubjetivas que imponen un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, normalmente una relación contractual o cuasicontractual [...] el criterio para decidir si ha de anularse o no un acuerdo social de atesoramiento de beneficios no debe ser ya el del abuso de derecho sino el del incumplimiento contractual por infracción del deber de lealtad de la mayoría como manifestación concreta del principio de buena fe contractual.

3. El artículo 348 bis de la LSC y su azarosa vida

El artículo 348 bis de la LSC tuvo su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al proyecto de lo que sería la «Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁶, lo que constituyó, en el entender de la doctrina mayoritaria, un auténtico despropósito legislativo. Únicamente hay que tener en cuenta que dicho artículo fue suspendido en su aplicación y, posteriormente, ampliamente reformado por el apartado seis del artículo segundo de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

Tan importante norma no estaba contemplada en el proyecto de ley, sin ser por tanto sometida previamente a consulta pública de las partes interesadas, ni a los pertinentes informes de órganos consultivos sobre su acierto y oportunidad, principalmente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia que, en mi opinión, debería informar sobre normas de esta trascendencia.

⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 111, de 30 de mayo de 2011.

Fue introducida en el trámite legislativo mediante enmienda de adición, en el Congreso de los Diputados, en la que consta la siguiente justificación:

El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo ese derecho. La falta de distribución de dividendos no solo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad. Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio.

De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión «beneficios propios de la explotación» del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

En la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (BOE n.º 150, del 23 de junio de 2012) se introdujo una disposición transitoria por la que se suspendió, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de la LSC.

Esta disposición tiene su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso de los Diputados, presentada el 10 de mayo de 2012. Asimismo, presentó otra enmienda muy interesante de nueva redacción del artículo 348 bis, en la que se tenían en cuenta las circunstancias económicas que pueden llevar a la sociedad a no repartir el dividendo previsto en el citado artículo 348 bis (que perjudique el interés social o suponga el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad frente a terceros). Asimismo, en lugar de establecer la obligatoriedad, a instancias de la minoría, de repartir todos los años un tercio de los beneficios, esta enmienda se refiere al reparto de un «dividendo razonable».

Previamente, la Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados aprobó también la proposición no de ley, presentada por el mismo grupo parlamentario, por la que se instaba al Gobierno, dentro del marco del nuevo Código Mercantil que se estaba elaborando desde el Ministerio de Justicia, a la modificación del referido artículo 348 bis (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, 6 de marzo de 2012 y 28 de marzo de 2012).

El 4 de noviembre de 2016 remitimos al señor ministro de Justicia la siguiente petición:

El actual artículo 348 bis del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital regula el «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos».

Dicho artículo está actualmente suspendido (hasta el 31 de diciembre de 2016), dado que ha sido muy criticado por la doctrina mercantil, ya que fue introducido en nuestro ordenamiento de forma precipitada mediante una enmienda parlamentaria y adolecía de serios defectos; cuando una causa de separación de esta naturaleza debería someterse previamente a un debate sereno de la comunidad jurídica mercantil y empresarial.

El referido precepto fue introducido por el número dieciocho del artículo primero de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas («BOE» 2 agosto). Vigencia: 2 octubre 2011.

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis quedó suspendida hasta el 31 de diciembre de 2016, conforme establece la disposición transitoria del referido texto refundido, modificada por la disposición final primera del R.D.-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal («BOE» 6 septiembre). Anteriormente el citado artículo había sido suspendido hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme estableció la disposición transitoria introducida por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

Finalmente, la «Separación por falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital» se contempló en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil⁷, que fue sometido al Consejo de Ministros del 30 de mayo de 2014. Esta es, en mi opinión,

⁷ Como ha denunciado Bercovitz Rodríguez-Cano (2020), respecto a la «Propuesta de Código Mercantil», no puede dejar de insistirse en lo extraño que resulta que a la Comisión General de Codificación, cuando realiza con gran esfuerzo una Propuesta de Código mercantil, no sea apoyado por el Ministerio de Justicia para que se convierta en Ley. La obra del Código Mercantil es realmente extraordinaria, la Sección dedicó seis años a la elaboración de este texto, y es importante tener en cuenta no solo que la Comisión según su propia denominación está para realizar el Código Mercantil, sino porque además esa Propuesta de Código tiene un contenido extraordinariamente amplio que incluye dentro del Código las instituciones y textos que otorgan al trabajo realizado la virtud de modernizar totalmente nuestro Derecho mercantil. Hay, además, otro factor que debería contribuir a la tramitación y aprobación del Código Mercantil. Ello es así, puesto que la Constitución de 1978 atribuye la competencia para legislar solo al Estado en materia de Derecho mercantil. Así pues, si se quiere tener un Código de contenido moderno y adaptado a la exigencia de servir a la unidad de mercado, no parece dudoso que debería servir ese planteamiento para un impulso decidido a la aprobación como Ley de la Propuesta de Código.

la *sedes materiae* adecuada para introducir una disposición de tal naturaleza, a fin de que pueda ser informada convenientemente por los órganos consultivos y sometida a información pública y al oportuno debate jurídico, a fin de que su regulación final sea la adecuada.

Por ello, estimo que dicho artículo 348 bis debería ser derogado o de nuevo suspendido hasta que se someta a debate, de nuevo, el Código Mercantil, evitando así los graves problemas que puede generar la actual regulación y que han sido advertidos por la doctrina mercantil.

Por lo que le ruego que en la próxima iniciativa legislativa que aborde el Gobierno para regular asuntos pendientes urgentes y teniendo en cuenta que se aproxima la citada fecha del 31 de diciembre de 2016, se incorpore a la misma una disposición derogatoria o de suspensión (preferiblemente indefinida) del referido artículo 348 bis.

En la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo (BOE del 6 de julio) se modifica el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y se añade un párrafo al artículo 40.8:

8. Aunque concurra causa legal o estatutaria, en las sociedades de capital los socios no podrán ejercitar el derecho de separación hasta que finalice el estado de alarma y las prórrogas del mismo que, en su caso, se acuerden.

No obstante, el derecho de separación previsto en los apartados 1 y 4 del artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se suspende hasta el 31 de diciembre de 2020.

Según la exposición de motivos:

a la vista del impacto económico derivado de la crisis sanitaria del COVID-19, resulta conveniente extender el plazo de suspensión del derecho de separación de los socios, únicamente en el supuesto de separación por falta de dividendos, tal y como se establece en el artículo 348 bis.1 y 4 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. De esta forma, se permitirá la retención del dividendo para que las empresas puedan afrontar la recuperación económica con una solvencia reforzada. La suspensión del derecho de separación se extiende solo lo necesario para conseguir el objetivo descrito, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2020.

Esta medida se une a la eliminación del derecho de separación por falta de reparto de dividendos en aquellas sociedades que se hubiesen acogido a los expedientes de regulación temporal de empleo introducidos por el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Según el artículo 5 de esta norma, se prohíbe a

las sociedades el reparto de dividendos en el ejercicio fiscal en que se apliquen los expedientes de regulación de empleo.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 establece que «2. Los destinatarios de las medidas previstas en los Títulos I, II y III asumen asimismo los siguientes compromisos: b) No podrán repartir dividendos durante 2021 y 2022».

A mi juicio, este real decreto-ley debería haber establecido una suspensión del artículo 348 bis durante dichos ejercicios (2021 y 2022), al menos para las sociedades que fueran destinatarias de las medidas extraordinarias a que se refiere la norma; pues de lo contrario la minoría social puede frustrar el acceso a este tipo de ayudas.

Como ya advirtiera Sánchez-Calero Guilarte (2017),

se trata de una disposición cuyas condiciones para el ejercicio de ese derecho de separación no van a poder ser atendidas por numerosas sociedades de capital. Ante el silencio del legislador, cabe especular que esa circunstancia estuviera en el origen de la anómala suspensión [...]

La adopción del artículo 348 bis LSC mereció una correspondiente atención doctrinal, que luego también quedó relativamente suspendida. Es previsible que, salvo que la suspensión reaparezca, la vigencia y aplicación del precepto hagan revivir las aportaciones doctrinales. Es posible, también, que en lugar de la vergonzante solución suspensiva, el legislador decida afrontar los posibles problemas con realismo y opte entre (i) su derogación, explicando que la loable tendencia a proteger a la minoría amenaza la continuidad de numerosas sociedades, incapaces de reembolsar a sus socios sus acciones o participaciones, sobre todo cuando ese derecho lo ejerce quien tiene una participación significativa, o (ii) mantener ese derecho, pero sometiendo su ejercicio a condiciones más severas que las actuales.

La calidad de la legislación suele ser un paso decisivo para que las soluciones más justas y eficientes prosperen. Animo a permitir la vigencia del artículo 348 bis LSC, introduciendo los cambios que procedan para atenuar su compatibilidad con la estructura patrimonial y financiera de las empresas españolas. Al igual que animo a que, si se nos sorprende con una nueva suspensión incluida en alguna próxima ley, se explique esa opción. La suspensión no es, en ningún caso, una buena solución. La ya apuntada congelación no solo es insólita: lo relevante es que es incomprensible. Si se cree que estamos ante una medida que amenaza la estabilidad de muchas sociedades de capital, lo correcto es explicarlo y plantear su derogación, en lugar de recurrir a la periódica suspensión.

Por el momento, si hacemos caso a la amplia cobertura que a este asunto han dedicado distintos diarios económicos, el Gobierno parece optar por no alterar la vigencia sobrevenida del artículo 348 bis LSC. Estamos ante una disposición legal que va

a «obligar» o «forzar» a dar dividendo, lo que con carácter general tampoco parece una solución acertada. Porque la tutela de la minoría por esa vía puede chocar con los intereses de la sociedad cuando la negativa a distribuir dividendos o a hacerlo de manera mínima se justifica en compromisos asumidos con acreedores que exigieron que los resultados fueran destinados al reforzamiento del patrimonio social o a quienes se reconoce una suerte de *placet* a cualquier reparto de dividendos.

4. El 348 bis primitivo y el mejorado

Texto (primitivo) del artículo 348 bis de la LSC, introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE de 2 de agosto de 2011)

Actual texto del artículo 348 bis de la LSC, redactado por el apartado 6 del artículo 2 de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de sociedades de capital aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de auditoría de cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (BOE de 29 diciembre)

Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos

1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.

1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.





2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación.

b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso.

c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.

e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas.

El Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE del 28 de abril), introduce la enésima modificación del artículo 348 bis:

Uno. Se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 348 bis, que pasan a tener el siguiente tenor literal:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima, salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio o socia que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder».

«4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse, salvo disposición contraria en los estatutos, el mismo derecho de separación al socio o socia de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el apartado primero, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores».

Dos. Se modifica la disposición adicional undécima, que pasa a tener el siguiente tenor literal:

«Disposición adicional undécima. Derecho de separación en instituciones financieras.

No resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley a las siguientes entidades:

- a) Las entidades de crédito;
- b) Los establecimientos financieros de crédito;
- c) Las empresas de servicios de inversión;
- d) Las entidades de pago;
- e) Entidades de dinero electrónico;
- f) Las sociedades financieras de cartera y sociedades financieras mixtas de cartera definidas de conformidad con los artículos 4.1.20) y 4.1.21) del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012;
- g) Las sociedades financieras de cartera definidas en el artículo 34 del Real Decreto 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito;
- h) Las sociedades mixtas de cartera previstas en el artículo 4.1.22 del Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013».

Se introduce, por tanto, la referencia «sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional undécima» (aunque ya existía una disposición adicional undécima en la que se recogían una serie de entidades a las que no les era de aplicación el artículo 348 bis) y aumenta el número de entidades a las que no les aplica el artículo: a las entidades de crédito, los establecimientos financieros de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico se añaden ahora, en virtud del Real Decreto-ley 7/2021, las sociedades financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera. Asimismo, se incorpora la posibilidad de que las sociedades obligadas a formular cuentas consolidadas excluyan vía estatutaria el derecho de separación de los socios de la dominante. En el apartado 4 del artículo 348 bis (que se incorporó en virtud de la Ley 11/2018 al objeto de reconocer el derecho de separación también al socio de la sociedad dominante) se ha incluido la referencia «salvo disposición contraria en estatutos», en el sentido de equiparar este derecho de separación en régimen consolidado al derecho de separación en régimen individual contenido en el apartado 1 del artículo 348 bis. Y es que este apartado 1 ya contaba (también en virtud de la Ley 11/2018) con una referencia expresa a la posibilidad de renunciar en los estatutos sociales al derecho de separación.

Desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 348 bis recibió severas críticas. Así (Ibáñez García, 2011), se le achacó la vulneración de los derechos y principios constitucionales de libertad de empresa, seguridad jurídica, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; ante una mera posibilidad de que en algunos

casos se produzca abuso de derecho, se adopta una medida de carácter general que limita las decisiones adoptadas válidamente por los órganos sociales sobre el destino de las ganancias, estableciendo la obligación de destinar –todos los años, si así lo exige un socio o accionista– una cantidad importante a dividendos (un tercio), so pena de abrir la puerta a la separación del socio disconforme con el acuerdo de distribución de resultados; la norma está huérfana de medida alguna de cautela que tenga en cuenta la situación económico-patrimonial de la sociedad en el momento en que haya de adoptarse el acuerdo de distribución de resultados, ni de posibles situaciones de insolvencia; inseguridad respecto al concepto de base de reparto (beneficios de la explotación)⁸. Todo un presagio de litigiosidad, pues esta norma fue, desde su origen, una buena norma para reformar.

En la SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2021 (rec. núm. 2424/2020) puede leerse lo siguiente:

10. El artículo 348 bis de la LSC introduce este mecanismo de separación del socio sin incluir ninguna justificación o razón en la exposición de motivos. A los pocos meses de su entrada en vigor, se suspendió la aplicación del precepto por la Ley 1/2012. Tampoco hay en esta norma explicación alguna sobre la decisión de suspender la aplicación de este derecho hasta el 31 de diciembre de 2014. Sin duda pesaron las críticas que a esta norma hizo un sector de la doctrina y los riesgos de desestabilizar sociedades de capital que estaban sometidas a tensiones vincu-

⁸ La SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2020 (rec. núm. 1314/2020) considera que la modificación posterior del acuerdo de reparto de dividendos no puede afectar al derecho de separación debidamente ejercitado por los socios, ex artículo 348 bis de la LSC. En este caso, para calcular la base de los beneficios propios de la explotación del objeto social a que se refería la primitiva redacción del artículo 348 bis para aplicar a dividendos la tercera parte, la sociedad había deducido del resultado determinadas partidas.

En mi opinión, más allá del caso concreto de la sentencia, es muy discutible que la simple discrepancia en la determinación de la base de reparto lleve a la ejecución del derecho de separación y no a un mero ajuste de dicha base, que puede estar motivada por un error de Derecho.

Consta en la sentencia que:

2.º El 11 de mayo de 2018 se celebró junta general de socios en la que, entre otros acuerdos, se aprobaron, con el único voto a favor del socio mayoritario, las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017. Por lo que se refiere a la aplicación del resultado, la junta aprobó repartir dividendos en la cantidad de 129.600 euros, suma que, al entender de los demandantes, no alcanzaba la tercera parte de los beneficios propios de la explotación del objeto social, estimado en la demanda en 440.956,18 euros. Los hoy demandantes manifestaron su voluntad de ejercer el derecho de separación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 348 bis de la LSC.

3.º El 8 de junio de 2018 la parte actora remitió un burofax a la demandada comunicándole formalmente el ejercicio del derecho de separación (documento 8 de la demanda). La sociedad demandada se opuso por cuanto, a su juicio, deducido el resultado del ejercicio (501.149,95 euros), la reserva de capitalización (43.840,36 euros), las pérdidas de ejercicios anteriores (10.078,70 euros), la reserva de nivelación (26.066,52 euros) y la reserva legal (50.15 euros), el reparto acordado respetaba el mínimo legal del artículo 348 bis de la LSC.

ladas a la crisis financiera de 2008. El RDL 11/2014 amplió esta suspensión hasta el 31 de diciembre de 2016.

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre, modifica en profundidad los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, incluyendo, entre otras, la exigencia complementaria, que no estaba prevista en la redacción original: «siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores». Esta reforma buscaba perfilar los supuestos en los que debía entenderse que la mayoría societaria había abusado de su posición, reduciendo también el impacto que el ejercicio de este derecho pudiera tener en la pervivencia de la compañía.

Se critica también (Álvarez Royo-Villanova, 2017a)

que el derecho de separación no esté condicionado a requisitos como la prolongación en el tiempo de la falta de reparto de dividendos y la falta de justificación económica que había exigido la jurisprudencia para entender que la falta de reparto de dividendos era abusiva.

La referida SAP de Barcelona de 18 de febrero de 2021, aplicando la redacción primitiva, reconoce, de manera objetiva, el derecho de separación, sin tomar en consideración las pérdidas sufridas en ejercicios anteriores.

Una de las cuestiones que dieron lugar a mayor discusión fue la de si era posible condicionar o incluso suprimir el derecho de separación mediante un pacto estatutario. Campins Vargas y Alfaro Águila-Real (2014) y Álvarez Royo-Villanova (2017b) coincidieron en que ello sí era posible.

Enseguida se produjeron propuestas de eliminación, modificación o sustitución del precepto que venimos comentando. Así, Campins Vargas y Alfaro Águila-Real (2014):

En cuanto a la falta de reparto de dividendos, nuestra propuesta pasa por recomendar (i) una norma de reparto de dividendos instaurando el reparto como regla general y el atesoramiento como excepcional debiendo ser la mayoría la que justifique la falta de reparto entre los socios y, (ii) un derecho de separación por falta de reparto únicamente en los casos de conflicto permanente y abierto entre mayoría y minoría.

Álvarez Royo-Villanueva y Fernández del Pozo (2017) propusieron la siguiente reforma:

Art. 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.

1. Salvo que otra cosa dispusieren los estatutos, a partir del quinto ejercicio a contar desde la primera inscripción de la sociedad con duración indefinida, ya sea como consecuencia de su fundación o de una fusión o escisión, los socios que hu-

bieran hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrán derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, excluidos los ingresos extraordinarios o ingresos excepcionales. No tendrá lugar este derecho cuando la media de los dividendos repartidos durante los últimos cinco años alcance ese porcentaje.

2. En ningún caso procederá el reconocimiento del derecho de separación cuando el reembolso que hubiere de producirse en favor del socio separado haya de comprometer gravemente la solvencia o la continuidad de la sociedad en el plazo de un año. A este efecto la sociedad podrá solicitar el nombramiento de auditor al Registro Mercantil, que expresará en su informe la opinión técnica sobre esa cuestión, no procediendo el derecho si existe ese riesgo para la solvencia. La opinión del auditor se ajustará a las normas técnicas establecidas en relación con la hipótesis fundamental de la empresa en funcionamiento y deberá tener en consideración las consecuencias que hubieran de producirse para la sociedad y su grupo en el supuesto de eventual incumplimiento de los pactos contraídos con terceros.

3. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. El plazo para hacer efectivo el reembolso no podrá exceder de cinco años desde la comunicación a la sociedad de su ejercicio y dará derecho al separado a percibir el interés legal del dinero.

4. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.

5. La creación, modificación o extinción de la cláusula estatutaria a la que se refiere el primer inciso del párrafo primero de este artículo, la ampliación del plazo de duración de la sociedad o la fijación para esta de una duración indeterminada constituyen otras tantas causas legales de separación de los socios que no hubieran votado a favor de los respectivos acuerdos.

6. Lo dispuesto en este artículo no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad de los administradores de hecho y de derecho por violación del deber de lealtad. En ejecución de sentencia declarativa de la nulidad de acuerdos sociales, el juez podrá fijar un dividendo usual en el mercado o en el tráfico jurídico como dispone el art. 708.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los términos previstos en el art. 40 del Código de Comercio quien acredite un interés legítimo podrá solicitar una verificación de cuentas limitada a la comprobación de si ciertas operaciones realizadas con personas vinculadas con los administradores se han realizado en condiciones de mercado conforme lo contemplado en el art. 230.2 de esta Ley.

Ante las amplias críticas recibidas desde el principio, parecía escrito que el despropósito legislativo del año 2011 debía ser, al menos, enmendado o mejorado. Así, de la reforma de 2018 extraemos las siguientes novedades, que, al menos, suponen una profunda enmienda:

- Permite la disposición en contrario de los estatutos. Para la supresión o modificación de la causa de separación se exige la unanimidad de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo.
- La cuantía de dividendo exigible se reduce al veinticinco por ciento.
- Se exige que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores.
- Se sustituye el término «beneficios propios de la explotación del objeto social» por el de «beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior».
- Se establece que si la media de los dividendos de los últimos cinco años alcanza al menos el veinticinco por ciento no surgirá el derecho de separación. (Entiendo que si se da esta circunstancia en el año «vigente», es posible no repartir dividendo alguno en este año, debiéndose esperar al año siguiente para ver si se rompe la citada media).
- Se entiende compatible el ejercicio del derecho de separación con el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder.
- Se reconoce el derecho de separación al socio de la sociedad dominante.
- Se excluye la aplicación del artículo 348 bis a la sociedad que se encuentre en concurso de acreedores o haya notificado el denominado *pre-concurso*; cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal y cuando se trate de sociedades anónimas deportivas.

No aborda esta reforma cuestiones de interés como:

- La toma en consideración de circunstancias económicas que puedan llevar a la sociedad a no repartir el dividendo a que se refiere este precepto, que perjudiquen el interés social o suponga el incumplimiento de las obligaciones sociales frente a terceros.
- El establecimiento del criterio de reparto de un «dividendo razonable» en vez de concretar una cantidad fija (25 %).
- La exclusión de los ingresos extraordinarios o excepcionales o de aquellos que no generen tesorería (por ejemplo, derivados de permutas de bienes o servicios).
- La cautela de negar el reconocimiento del derecho de separación cuando el reembolso que hubiere de producirse en favor del socio separado haya de comprometer gravemente la solvencia o continuidad de la sociedad.

En nuestra opinión, propuestas como la señalada de Campins Vargas y Alfaro Águila-Real son más acordes y respetuosas con el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales incardinado dentro del principio de libertad de empresa.

5. El principio de seguridad jurídica. La aplicación temporal del artículo 348 bis

El artículo 348 bis del TRLSC entró en vigor el 2 de octubre de 2011, siendo su aplicación suspendida hasta el 31 de diciembre de 2016. Posteriormente, el precepto fue reformado, entrando en vigor dicha modificación para las juntas generales que se celebraran a partir del 30 de diciembre de 2018 (siendo suspendido, como se ha visto, posteriormente), todo lo cual ha originado problemas sobre la aplicación temporal.

La SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 1179/2018), de forma incorrecta y sin apoyo legal a nuestro juicio, estima que –en el caso analizado– cuando se celebró la junta (13 de marzo de 2017) la socia tenía cobertura legal para ejercitar el derecho de separación, sin que deba tenerse en cuenta que las cuentas aprobadas en dicha junta se refirieran al ejercicio 2015, cuando la norma aún estaba en suspenso:

En definitiva, rechazamos que el derecho de separación del art. 348 bis LSC pueda tener aplicación sobre unos determinados ejercicios contables y sobre otros no, ya que este derecho opera con independencia del ejercicio sobre el que se pretendan aprobar las cuentas, siendo suficiente que se den los requisitos que contempla la norma, sin que resulte, para ejercicios contables cuyas cuentas anuales se formulan y aprueban con retraso, que el socio, para ejercitar el derecho de separación deba acudir –ante la morosidad de la sociedad en la formulación y aprobación de las cuentas– al procedimiento de convocatoria judicial de junta, previsto en el art. 117 y ss. de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, inactividad que no supone la infracción de obligación o deber alguno del socio ni genera preclusión o pérdida de ninguno de los derechos que la LSC otorga a los socios.

Por el contrario, de gran interés es la SAP de Zaragoza de 17 de mayo de 2018 (rec. núm. 486/2018), que interpreta correctamente el asunto de la aplicación temporal del artículo 348 bis. La audiencia, tras un repaso por las vicisitudes de su suspensión y las dificultades interpretativas de su tenor literal del artículo 348 bis de la LSC, argumenta como sigue:

Es cierto que en este caso al adoptarse el Acuerdo (2017) volvía a estar en vigor el Art. 348 bis. Sin embargo, ni la literalidad, ni la teleología del precepto están pensando en la posibilidad de agrupar anualidades para que todas o alguna de ellas se vea inmersa en el contexto del precepto. Hay que partir de la normalidad en el desenvolvimiento de la vida societaria. Y esta no es otra, como dice el art. 164

LSC, que la periodicidad anual en la aprobación de cuentas (se llaman «anuales») y la aplicación del resultado.

Por eso, debió de haber sido en 2014 cuando se debía de haber ejercitado el derecho de separación, en atención a los resultados a 31-12-2013. Pero, ni se hizo (pudiéndolo haber hecho mediante una convocatoria judicial o registral, ex art. 169 LSC), ni hubiera sido posible en ese momento hacer efectivo un derecho que estaba suspendido legalmente.

Teleológicamente, los requisitos de beneficios sociales que permiten su distribución como beneficios, entre los socios, han de referirse al ejercicio anterior a aquel en que se acuerda, pues necesariamente ha de tenerse en cuenta la realidad económico-financiera inmediata de la sociedad. No puede hacerse respecto a periodos anteriores a la última anualidad, puesto que la situación de bonanza ha podido desaparecer, del todo o parcialmente, a lo largo de sucesivos ejercicios. Con lo cual la razón del derecho de separación ni respondería al abuso de la mayoría, ni permitiría una valoración del capital social del socio separado acorde con la situación real de la sociedad en el momento del Acuerdo.

La anomalía de aprobar 3 anualidades en una puede ser objeto de otro tipo de reproches. Pero no es causa jurídica para aceptar esa interpretación extensiva del concepto de «ejercicio anterior». Llevando el argumento del actor hasta sus últimas consecuencias, nos conduciría hasta un derecho de separación *ad nutum* (sin causa). Lo que pudiera ser más razonable, pero aún ausente del Derecho positivo.

La STS de 10 de diciembre de 2020 (rec. núm. 1862/2018) trata de la aplicación temporal del artículo 348 bis. En el FD 4.º se habla de la junta general del 15 de octubre de 2011, que aprobó la aplicación de resultados del 2010:

En consecuencia, el precepto ya regía cuando se celebró la junta general a la que se refiere el litigio (15 de octubre de 2011). La Ley 25/2011 no contenía ninguna previsión de aplicación transitoria del art. 348 bis LSC, por lo que la Audiencia Provincial aplicó lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, según la cual se rigen por la legislación nueva los derechos reconocidos por primera vez en ella.

Además, en cuanto que puede resultar esclarecedor para confirmar la corrección de esta interpretación, ha de tenerse presente que la Disposición Transitoria 1.ª II de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre que proviene la redacción actual del art. 348 bis LSC, estableció expresamente que lo previsto en dicho precepto sería «de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor».

Teniendo en cuenta que el artículo 348 bis entró en vigor el 2 de octubre de 2011, el caso enjuiciado pasa la *prueba del algodón*:

Texto del artículo 348 bis que pretendía aplicar el demandante	Aplicación de dicho texto al supuesto de la demanda
«A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles».	«A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales (junta de accionistas de 15-10-2011) tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara (junta de accionistas de 15-10-2011) la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior (ejercicio 2010, ejercicio anterior a 2011), que sean legalmente repartibles».

Los administradores sociales y los socios mayoritarios, a la fecha de celebración de la junta podían representarse mentalmente (importante desde el principio de seguridad jurídica) la posible aplicación del 348 bis.

Para Tapia Hermida (2020), recordando

la «existencia atormentada» del art. 348 bis de la LSC (porque su aplicación ha estado reiteradamente suspendida y su redacción modificada, excluyendo de sus supuestos de hecho de aplicación las situaciones concursales y preconcursales; ante la anterior crisis económica de 2008, y sus consecuencias en los años posteriores al implicar una descapitalización de las sociedades mercantiles de capital, y, de este modo, poder afectar a su viabilidad en favor de la minoría que desea separarse) [...] en las actuales circunstancias económicas y aplicando el criterio de interpretación de las normas conforme a «la realidad social en que han de ser aplicadas» conforme al art. 3 de nuestro Código Civil, los tribunales deben hacer una interpretación estricta del art. 348 bis de la LSC a los supuestos anteriores al inicio de la pandemia del COVID-19 que no extienda su supuesto de hecho a casos no contemplados en el precepto porque ello pudiera descapitalizar a las empresas poniendo en riesgo su viabilidad. Por ejemplo, no debería aplicarse a acuerdos de aplicación de resultados de ejercicios previos a la vigencia de la norma adoptados inicialmente por juntas generales de socios anteriores también a dicha vigencia que deban ser sustituidos por otros posteriores a raíz de una eventual declaración de su nulidad radical por abusivos.

A continuación relatamos un caso en el que el juzgador de instancia reconoció el derecho de separación a los accionistas demandantes, amparándose en la doctrina de la SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2019, referida anteriormente:

Las Cuentas Anuales de la sociedad demandada, del ejercicio 2015 se formularon en debida forma y plazo, procediéndose a la auditoría de las mismas también

dentro de los plazos legales. La Junta de accionistas en la que se aprobaron las cuentas anuales del ejercicio 2015 y la propuesta de aplicación de resultados se convocó en debida forma y plazo (ejercicio 2016). Se procedió a la entrega de la documentación sometida a la Junta, en forma y plazo, a los accionistas que lo solicitaron. Y la Junta se celebró con toda normalidad en la fecha de la convocatoria, tratándose todos y cada uno de los puntos del orden del día y levantándose acta Notarial.

Todo se hizo dentro de la normalidad en el desenvolvimiento de la vida societaria.

No estando de acuerdo con el dividendo aprobado, por considerarlo insuficiente, unos accionistas impugnaron el acuerdo, solicitando la nulidad del mismo, por abuso de derecho; demanda que fue estimada y confirmada en apelación en el año 2018. No se ejercitó el derecho de separación (art. 348 bis) por no estar vigente.

Dada la cercanía de fechas, la demandada, para cumplir la sentencia firme, procedió a incorporar un punto del orden del día en la convocatoria de la Junta, a celebrar en el año 2018, que debía aprobar las cuentas del año 2017, del siguiente tenor: «Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio social 2015».

La Junta, respecto al resultado de 2015 aprobó destinar a dividendos una cantidad sustancialmente mayor que la que se aprobó inicialmente. Al no ser 1/3 de los resultados, los accionistas disidentes activaron su derecho de separación.

Las cuentas del ejercicio 2015 y el acuerdo de distribución de resultados de dicho ejercicio se aprobaron dentro de los plazos establecidos y siguiendo las formalidades legales vigentes en aquel tiempo. En ningún caso, ni los administradores sociales ni la mayoría de los accionistas podrían representarse mentalmente que la adopción de cualquier acuerdo erróneo al respecto conllevaría la aplicación de una norma (el artículo 348 bis en este caso) que no estuviera vigente en aquel momento. Pura exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica (certeza normativa, art. 9 CE). Según jurisprudencia constitucional, los ciudadanos deben conocer de antemano cuáles son las consecuencias jurídicas de sus propios actos realizados objetivamente al amparo de la normativa vigente en cada momento. Es importante subrayar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige no solo la claridad y certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sino también la legítima confianza y la previsibilidad en sus efectos, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho (STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5.º).

En nuestra opinión, la declaración de nulidad de un acuerdo (adoptado y, por tanto, existente) de distribución de beneficios, por insuficiencia de los mismos, conlleva, con la normativa vigente en el momento de su adopción (año 2016), a una declaración de abuso de derecho y a la obligación de la sociedad de adoptar un acuerdo sustitutivo de suficiencia en el reparto, nunca puede llevar a la aplicación de una norma que no estaba vigente (art. 348 bis LSC) en el año 2016.

Sin embargo, con desconocimiento del principio de seguridad jurídica, se pretende aplicar un artículo (el 348 bis) tan gravoso para cualquier sociedad que ha sido suspendido en su aplicación en varias ocasiones y que ha llegado, incluso, a ser modificado en su redacción, por los grandes defectos que venían siendo denunciados por la doctrina mercantil.

No se produjo, en el caso expuesto, por parte de la sociedad o sus administradores, ninguna morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones legales al respecto, menos a su convocatoria judicial. Todo se hizo dentro de la normalidad de la vida societaria; a diferencia de lo acontecido en el caso enjuiciado por la SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2019. En el ejercicio 2016, en el que se aprobaron cuentas anuales de 2015 y la distribución de su resultado, no estaba vigente el artículo 348 bis, que volvió a entrar en vigor el 1 de enero de 2017; por lo que, a nuestro entender, se ha realizado una aplicación *contra legem* de referido precepto, lo cual se percibe perfectamente en el siguiente cuadro:

Texto del artículo 348 bis que los demandantes pretenden aplicar	Aplicación de dicho texto al supuesto de la demanda
«A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles».	«A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales (junta de accionistas de 28-06-2018) tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara (junta de accionistas de 28-06-2018) la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior (ejercicio 2017, ejercicio anterior a 2018), que sean legalmente repartibles». (Evidentemente, no a los beneficios del ejercicio 2015).

Mientras se estaba sustanciando este asunto en apelación, apareció una justa y precisa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 25 de febrero de 2021; rec. núm. 3297/2018) que, con respeto a la seguridad jurídica y gran precisión, interpreta en su fundamento de derecho segundo, como único motivo de casación, el «concepto de ejercicio anterior a efectos del art. 348 bis LSC». Así, el Tribunal Supremo concluye que el concepto de «ejercicio anterior» se refiere exclusivamente a la anualidad inmediatamente precedente al acuerdo de no distribución de beneficios, de manera que el derecho de separación debe ejercitarse en relación con las cuentas del ejercicio anterior a la fecha de celebración de la junta general; siendo los principales argumentos, siguiendo los criterios interpretativos establecidos por el artículo 3 del Código Civil:

- a) La propia dicción (interpretación literal) del artículo 348 bis (en su redacción temporalmente aplicable al caso) y en la redacción introducida por la Ley 11/2018, que sigue haciendo mención expresa al «ejercicio anterior» y únicamente se re-

fiere a otros ejercicios para establecer las condiciones de ejercicio del derecho de separación.

- b) De la interpretación conjunta (sistemática) del artículo 348 bis con los preceptos relativos a la formulación y aprobación de las cuentas anuales (arts. 253, 272 y 164 LSC) y del Plan General de Contabilidad, se infiere que las cuentas están concebidas legalmente como un conjunto de documentos de periodicidad anual, de manera que el sistema bascula sobre el dato cronológico de que las cuentas examinadas y aprobadas son las del ejercicio precedente al momento en que se celebra la junta general, aunque constituya una anomalía que las cuentas de varios ejercicios se agrupen para su examen y aprobación.
- c) Respecto a la interpretación sociológica, entiende que si bien la acumulación de ejercicios sociales para su aprobación en una única junta puede perjudicar al socio minoritario, este tiene otros mecanismos de defensa en el ordenamiento jurídico-societario, como la solicitud de convocatoria judicial o registral, o la impugnación de acuerdos sociales. Para el Tribunal, «... una cosa es que el sentido de la norma sea proteger al socio minoritario frente al rodillo de la mayoría y otra que se ensanche artificialmente el periodo que la ley establece para poder ejercer el derecho de separación» (interpretación teleológica).
- d) «Por último, el elemento cronológico o histórico tampoco favorece la interpretación pretendida por el recurrente, puesto que si el propio legislador decidió repetidamente la suspensión de la vigencia de la norma (en situaciones de crisis económica notoriamente conocidas), difícilmente cabría una interpretación que permitiera el ejercicio del derecho suspendido respecto de un ejercicio plenamente afectado por la decisión legislativa de suspensión».

Como no podía ser de otra manera, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de marzo de 2021 (recurso de apelación núm. 75/2021), acoge –en el caso que acabamos de comentar– la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo contenida en la clara sentencia de 25 de febrero de 2021, que acabamos de citar.

6. Una anomalía evidente: atribuir funciones jurisdiccionales al Registro Mercantil

A nuestro juicio, parece evidente que si por falta de la distribución de dividendos establecida en el artículo 348 bis del TRLSC el socio ejercitara ante la sociedad el derecho de separación y esta se opusiera al mismo por estimar que no concurre alguno de los requisitos establecidos en dicho precepto, el socio o accionista deberá demandar a la sociedad ante la jurisdicción mercantil para que le sea reconocido el derecho, constituyendo un dislate jurídico atribuir al registrador mercantil la competencia no solo para nombrar a un ex-

perto independiente que valore las participaciones sociales o acciones de la compañía, sino también para analizar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la LSC, pudiendo incluso entrar a valorar los motivos de oposición alegados por la sociedad; como alternativa a la valoración jurisdiccional (el socio u accionista puede utilizar este expediente en vez de acudir a la jurisdicción a sostener su derecho).

En relación con las «normas comunes a la separación y la exclusión de socios», el artículo 353 del TRLSC dispone:

Valoración de las participaciones o de las acciones del socio

1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.
2. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.

Parece que no tiene mucho sentido que se inicie el procedimiento de valoración de las acciones o participaciones si la sociedad niega el derecho de separación por la inexistencia de causa. Y del artículo 353 no se deduce que el registrador mercantil tenga una función distinta a la de la simple designación del experto independiente.

Como expone Cabanas Trejo (2019),

ante las dudas que ha podido suscitar la competencia del Registro Mercantil para apreciar la concurrencia de los requisitos de ejercicio del derecho de separación, sobre todo a la vista de algunos pronunciamientos judiciales, la Dirección General de los Registros y del Notariado no ha dudado en afirmar que el RM no solo tiene competencia para designar al experto independiente, también tiene atribuida la competencia para determinar la procedencia del ejercicio del derecho de separación, y en ese sentido tampoco ha dudado en revocar la decisión de algunos RRMM que optaron, en atención a las circunstancias del caso, por no designar al experto, en tanto no se resolviera la discrepancia previamente en el ámbito judicial o por acuerdo interpartes (Ress. de 28/03/2019 exp. 169, de 28/03/2019 exp. 170, de 16/05/2018).

Este autor también cita algunas resoluciones jurisdiccionales «favorables a la competencia plena del RM: que haya podido localizar, en línea con la postura de la DGRN se han manifestado la SJM de Sevilla de 26/09/2017 rec. 2653/2015 (juicio verbal), la SAP de Murcia de 28/03/2018 rec. 190/2018 (juicio ordinario) y la SAP de Madrid de 30/11/2018 rec.

612/2017 (juicio ordinario)»; y otras resoluciones jurisdiccionales «contrarias a la competencia plena del RM: [...] destacan la SJM de Barcelona de 01/03/2018 proced. 455/2017 y la SJM de Barcelona de 07/03/2019 proced. 331/2018».

Alfaro Águila-Real (2019a) se ha referido a esta cuestión como «el lío de la aplicación registral del art. 353 LSC». Este autor se ha pronunciado, a nuestro entender certeramente,

en contra de la competencia del Registro –y de la Dirección General de los Registros y del Notariado– para designar experto que valore las acciones o participaciones. Creo que, en la concepción legal reflejada en el artículo 353 de la LSC, la intervención del experto independiente debe retrasarse al momento en que no exista acuerdo entre la sociedad y el socio respecto de la valoración de las acciones o participaciones. No respecto a si el socio tiene derecho a separarse o no. Respecto a esa cuestión, es obvio –y no sé por qué se dice tan a menudo citando para ello al Supremo– que el derecho del socio a separarse no depende de la voluntad de la sociedad (expresada por sus administradores), sino de que concurren los requisitos legales o estatutarios para ello (a mi juicio, incluido el derecho de separación por justos motivos). Pero es obvio también que el único que puede obligar a un particular a hacer algo contra su voluntad a solicitud de otro particular es un juez. La Administración carece de competencias en ese ámbito y es mucho más conforme con este reparto de tareas entre la Administración y los jueces remitir al socio que ve negado su derecho por la sociedad a los tribunales para que estos proporcionen la «tutela judicial» de sus derechos.

Permitir que el Registro Mercantil designe a un experto y que este proceda a valorar las acciones o participaciones modifica profundamente los incentivos de las partes. En efecto, no es ya que se incurra en gastos inútiles (si finalmente el socio carecía de derecho de separación), sino que la valoración por el experto independiente elimina la incertidumbre del socio respecto de la cuota de liquidación que recibirá, proporcionándole una ventaja en la «negociación» con la sociedad a costa de esta (que es la que paga al experto lo que, por cierto, tiene sentido si hay previo reconocimiento judicial del derecho del socio a separarse). Pero es que, además, la DGRN se ha metido a analizar si concurrían o no en el caso concreto los requisitos para que el socio pudiera separarse, condicionando, sin duda, lo que después puedan decir los tribunales y haciéndolo exclusivamente con la información que deriva de los documentos que figuran en el registro. Lo que es peor, a menudo, con las «alegaciones» de las partes. Esto supone alterar profundamente el reparto de tareas de la Administración y de los jueces en la resolución de los conflictos entre particulares.

Pues (Ibáñez García, 2019),

el derecho de separación que reconoce la norma para el caso de que la junta general no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos, no opera *ipso facto* en aquellos casos en los

que se plantea una cuestión jurídica no excesivamente clara, es decir, cuando existan o aparezcan serias dudas de derecho [...]

Asimismo, en aquellos casos en los que se plantea una cuestión jurídica no excesivamente clara, es decir, cuando existan o aparezcan serias dudas de derecho, entendemos que el Registrador Mercantil –ante la oposición de la sociedad– no puede aplicar automáticamente el art. 353 LSC en relación con el art. 348 bis LSC, debiendo remitir al socio a un proceso judicial [...]

Parece evidente que si la sociedad fundamenta y justifica, *prima facie*, su oposición ante el Registrador Mercantil (artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), solicitando que se detenga el procedimiento de nombramiento de auditor, el Registrador debe abstenerse y remitir al socio al procedimiento judicial; salvo que la sociedad se limite a la mera afirmación de que no concurren los requisitos legales.

Para Alfaro Águila-Real (2019b),

por tanto, la DGRN haría bien en interpretar el art. 353.1 LSC en el sentido de que exige que el derecho de separación se haya ejercitado y que la discrepancia entre la sociedad y el socio se refiera exclusivamente «al valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración». Por tanto, no procede el nombramiento cuando la discrepancia versa sobre si existe o no derecho de separación, en cuyo caso, el socio que ve negado su derecho por la sociedad debe ir a los tribunales y estos, en su caso, pronunciarse sobre si existe el derecho».

Cabanas Trejo (2019) considera

preferible la solución «abstencionista» que propugnan algunos Juzgados de lo Mercantil, por cuanto la previa decisión del Registro Mercantil, en un sentido o en otro, cuando esté claro que la solución solo puede ser contenciosa y en vía judicial, termina alterando de forma nada irrelevante los términos en que habría de plantearse aquella. No obstante, sigue siendo una cuestión abierta que en el futuro habrán de resolver los tribunales, y hasta ahora no cabe desconocer que la postura de la DGRN ha recibido un importante respaldo.

Según García-Villarrubia (2020), para quien el problema se encuentra en la actualidad completamente abierto,

en cualquier caso, lo que parece claro es que con su resolución, el Registrador Mercantil no se pronuncia sobre si existe o no el derecho de separación. Ese pronunciamiento es competencia exclusiva de los tribunales. Y, si no ha surgido antes, normalmente las partes se verán abocadas a ese procedimiento, porque aunque el Registrador Mercantil nombre al experto y este emita su informe (si es que la sociedad le proporciona la información y documentación necesarias), la sociedad

se negará al pago del importe y el socio que pretenda separarse no tendrá más remedio que acudir a los tribunales para que se le reconozca el derecho y se condene a la sociedad al pago del valor razonable por sus acciones o participaciones.

Entonces, ¿qué valor puede tener, en ese procedimiento judicial, el pronunciamiento del Registro Mercantil? No tendrá, desde luego, ningún efecto vinculante. El Juzgado decidirá con plena libertad en función de las alegaciones de las partes y la prueba que se practique. La previa valoración realizada por el Registrador Mercantil será un elemento más que se tendrá en cuenta por el Juzgado.

En nuestra opinión, como hemos expresado al principio, parece que no tiene mucho sentido que se inicie el procedimiento de valoración de las acciones o participaciones si la sociedad niega el derecho de separación por la inexistencia de causa. En caso de conflicto, el camino correcto es: reconocimiento judicial del derecho, si procede, y una vez que sea firme la sentencia, activación de lo previsto en el artículo 353 del TRLSC.

Habiendo pendencia de un asunto ante los tribunales de justicia procede estimar la excepción de litispendencia alegada y suspender la petición de nombramiento de experto independiente para la valoración de los títulos, «donde el procedimiento judicial en tramitación se fundamenta, no en la valoración que haya de darse a las acciones de la entidad, sino en el propio reconocimiento del derecho de separación, declarado en la sentencia de instancia y cuyo pronunciamiento es base del recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial». Así el Registrador Mercantil de Cáceres, en Resolución de 15 de febrero de 2021 resuelve «suspender la tramitación del expediente para nombramiento de auditor en tanto no recaiga sentencia firme en el procedimiento de apelación confirmando la sentencia del juzgado mercantil, o bien, en su caso, se acredite el desistimiento o la renuncia del demandante a la interposición del citado recurso»; apoyándose analógicamente en la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en materia de auditores, de 3 de noviembre de 2016.

El exceso interpretativo en el que incurre la DGRN es similar al que incurrió en el asunto del alcance de la calificación registral del depósito de las cuentas anuales por una interpretación extensiva del artículo 368 del Reglamento del Registro Mercantil. En su primera doctrina, la dirección general sostuvo que los registradores mercantiles no solo podían, sino que además debían, examinar el contenido material de las cuentas anuales presentadas a depósito y no, como ahora interpreta, que, *exclusivamente*, se han respetado las formalidades requeridas por la Ley de sociedades de capital⁹.

⁹ Artículo 368 1 del Reglamento del Registro Mercantil:

Calificación e inscripción del depósito: 1. Dentro del plazo establecido en este Reglamento, el Registrador calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la Ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 366.

7. Momento en que rige la separación y efectos concursales

Sobre las relaciones entre el derecho de separación y su relación con la legislación concursal también se han producido controversias jurídicas. A título de ejemplo, la SAP de La Coruña (Sección 4.^a) de 15 de enero de 2018. En este asunto, el socio separado impugnó la lista de acreedores, pues su crédito había sido clasificado como subordinado. El Juzgado de lo Mercantil lo calificó como contingente sin cuantía propia (art. 87.3 LC) y subordinado (art. 92.5 LC), manteniéndose la subordinación del crédito de intereses. La audiencia provincial resolvió que el crédito de reembolso del valor por el ejercicio del derecho de separación es contingente sin cuantía propia (art. 87.3 LC) y ordinario (art. 89.3 LC), así como subordinado el crédito por intereses (art. 92.3 LC). La audiencia provincial niega que el crédito del actor dimanante del derecho de separación pueda ser asimilado a un préstamo o a un acto análogo, lo que descarta la posibilidad de mantener la subordinación fundada en el artículo 92.5 de la LC. El derecho de separación no da lugar a una figura de análoga o similar finalidad a la financiación que menciona ese precepto.

Pero el Tribunal Supremo no acepta esta doctrina y en su Sentencia de 15 de enero de 2021 (rec. núm. 2424/2018)¹⁰ sienta que el momento que rige la separación, es decir, cuando deja de ser socio un partícipe que se separa, coincide con el momento en el que se le paga su cuota de separación¹¹, descartando expresamente que pueda servir como interpretación el artículo 13 de la Ley de sociedades profesionales:

¹⁰ Críticos con esta STS son Álvarez Royo-Villanova y González Corona (2021).

¹¹ Reitera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 2021 (rec. núm. 3662/2018):

1. La cuestión nuclear de la que dependen el resto de pronunciamientos –si el Sr. Marcial había perdido o no la condición de socio cuando se celebró la junta general impugnada– ha sido tratada recientemente por las sentencias 4/2021, de 15 de enero, 46/2021, de 2 de febrero y 64/21, de 9 febrero, que han resuelto sobre cuándo se pierde la condición de socio en una sociedad de capital tras ejercer el derecho de separación.

2. A falta de previsión expresa en la LSC y de solución jurisprudencial previa, consideramos en dichas sentencias que en las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la sentencia 32/2006, de 23 de enero, «los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas».

Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).

Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad, [dado que] en estas sociedades profesionales reviste gran importancia la carga personal que supone la prestación de servicios por el socio y la especial comunidad de trabajo que se establece en dicho tipo societario, en el que el comportamiento y circunstancias personales de los socios tienen gran incidencia en los demás.

Para el Tribunal Supremo:

En las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la antes citada sentencia 32/2006, de 23 de enero, «los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas». Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).

En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

En mi opinión, el socio o accionista que se separa de la sociedad, y con independencia de las vicisitudes que sufra el proceso de separación a que se refiere el Tribunal Supremo (principalmente, impugnaciones), tiene la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, dado que su crédito nace de ostentar el socio o accionista dicha condición. Separar el crédito de la condición de socio sería injusto para el resto de acreedores ordinarios y podría suponer en la práctica que el accionista que se separa (si tiene una participación importante en el capital social) «mandara» en el concurso y tuviera la llave para abrir o cerrar un convenio con el resto de acreedores.

En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

Dice el Tribunal Supremo:

Respecto del momento a tener en cuenta para la subordinación de un crédito, en la sentencia 134/2016, de 4 de marzo (cuya doctrina reiteraron las sentencias 392/2017, de 21 de junio; 239/2018, de 24 de abril; y 662/2018, de 22 de noviembre) declaramos: «El art. 93 LC, que determina en qué supuestos alguien tiene la condición de persona especialmente relacionada con su deudor, es auxiliar de otros dos que acuden a esta condición con finalidades distintas. Por una parte, del art. 92.5 LC para determinar que los créditos de estas personas especialmente relacionada con el deudor, con las salvedades introducidas por la Ley 38/2011, serán subordinados. Y por otra, del art. 71.3.1º LC, para someter a la presunción *iuris tantum* de perjuicio los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado dos años antes de la declaración de concurso, cuando se ejercite la acción rescisoria concursal». En ambos casos, salvo que esté expresamente fijada por la Ley, la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (...) tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito o la rescisión del acto de disposición), que al posterior de la declaración con concurso. (...) Lo que desvaloriza el crédito debe darse al tiempo de su nacimiento. Todavía más claro se aprecia en el caso de la presunción *iuris tantum* de perjuicio, a los efectos de la acción rescisoria concursal, pues la sospecha de que aquel acto encierra un perjuicio para la masa activa deriva de la vinculación entre las sociedades en el momento que se realizó el acto de disposición, no después, pues en este caso también el desvalor de la acción debe concurrir entonces».

En consecuencia, en relación con lo expuesto al resolver el motivo de casación precedente, cuando nació el crédito proveniente del derecho de separación –cuando la sociedad recibió la comunicación de separación– su titular todavía tenía la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos que expresaremos más adelante.

[...]

Sin embargo, a efectos concursales, la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello, porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación (aunque no esté consumado) nace cuando la sociedad recibe la comunicación de ejercicio del derecho, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación no surge hasta que se liquida la sociedad. Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal, en los términos que exponemos al resolver los dos *últimos* motivos de casación, mientras que la cuota de liquidación es extraconcursal, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores de la sociedad.

Respecto al carácter subordinado del crédito a efectos concursales, dice el Tribunal Supremo:

1. El socio aporta el capital a la sociedad, lo que, sin perjuicio de los derechos políticos que ello supone, le convierte en un inversor con derecho a percibir rendimientos económicos y, en su caso, a la devolución de las cantidades aportadas. Ya hemos visto que, respecto del derecho a percibir la cuota de liquidación, cuando se declara el concurso no se dan los presupuestos para que surja un derecho de crédito a favor de los socios. Pero si previamente se ha ejercitado el derecho de separación, sí que ha surgido un crédito de reembolso que debe ser clasificado dentro del concurso.

2. Sobre dicha consideración de concursabilidad, la clasificación que corresponde en este caso es la de crédito subordinado del art. 92.5º LC, en relación con el art. 93.2.1º LC. Sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación.

3. Respecto al requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor), es cierto, como determinó la Audiencia Provincial, que la comunidad hereditaria de Dña. Salvadora solo tenía el 4 % del capital social. Pero también lo es que, conforme al art. 93.2.1º LC, la participación del 10 % puede ostentarse directa o indirectamente, por lo que también son personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada quienes lo sean con los socios, conforme al art. 93.1 LC; y en este caso, se trata de una titularidad por sucesión universal de quien tenía una participación social superior al 10 % y de un socio con un estrecho grado de parentesco con otros socios que también tienen más del 10 % del capital.

En este caso, se da la circunstancia de que la clasificación como ordinarios de los créditos de los socios que han ejercitado el derecho de separación les concedería el 92 % del pasivo con derecho a voto en el convenio. Con el efecto paradójico de que quien pretende huir del dominio despótico de la mayoría se convertiría en árbitro de los destinos de la sociedad de la que se ha querido separar.

Y respecto al requisito objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito), el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad (art. 92.5 LC). Es decir, puesto que el crédito lo es por reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social.

González Vázquez (2021) entiende que

la doctrina del Tribunal Supremo sobre la calificación en el concurso del crédito por reembolso del socio que ha ejercido su derecho de separación, siendo –a nuestro juicio– más acertada que la de las sentencias que casa, que la del voto particular y que

la de sus muchos críticos (que se inclinan por su calificación como crédito concursal ordinario), no es completamente acertada, porque siguen considerando al socio como un «acreedor social» al mismo nivel que otros (acreedores que son personas especialmente relacionadas con la concursada) e, incluso, con eventual preferencia de cobro respecto de algunos (cfr. art. 281.1.7.º y 8.º TRLC), cuando debe ser tratado como un acreedor extraconcursal que, en todo caso, solo debería tener preferencia sobre una hipotética –y poco probable– cuota de liquidación del resto de los socios de la entidad concursada. Probablemente, eso significará no cobrar nada de la sociedad, aunque, en las circunstancias descritas en aquellas sentencias, los socios que quisieron separarse y no les dejaron podrían seguramente ejercer una acción individual de responsabilidad contra los administradores obstruccionistas que le han causado un daño directo consistente en la pérdida de valor de sus acciones. Pero eso es ya otra historia...

8. Conclusiones

Primera. El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales es consustancial a la causa del contrato de la sociedad mercantil: el ánimo de lucro. Pero, según venía sosteniendo nuestro Tribunal Supremo,

el derecho a percibir los beneficios y la cantidad que corresponde percibir no debe ser confundida con conceptos afines. El accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la sociedad anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago.

Segunda. Antes de la vigencia del artículo 348 bis de la LSC, para luchar contra los *abusos de mayoría* por la insuficiencia o «sequía» de dividendos, el expediente apto era, exclusivamente, la impugnación del acuerdo de distribución de resultados adoptado por la junta de socios o accionistas, si se probaba ante un tribunal que se había producido un abuso de derecho (art. 7.2 Código Civil: «La ley no ampara el abuso del derecho...»).

Tercera. La introducción en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 348 bis de la LSC a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de sociedades de capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, tiene su justificación parlamentaria en atención a que el «reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esa conflictividad».

Con independencia del juicio que merezca tal aseveración, la introducción originaria de dicho precepto en nuestro ordenamiento jurídico-mercantil, a través de una enmienda

parlamentaria, fue considerada por la doctrina mayoritaria como un auténtico despropósito jurídico, sin que tal norma fuera sometida previamente a consulta pública de las partes interesadas, ni a los pertinentes informes de órganos consultivos sobre su acierto y oportunidad, principalmente de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Prueba del despropósito es su importante modificación al poco tiempo de su «vigencia» y de las continuas suspensiones que se han ido produciendo en su aplicación.

La mala calidad técnica de la norma ha provocado también, como hemos visto, importantes problemas sobre su aplicación temporal que, en nuestra opinión, afectan al principio constitucional de seguridad jurídica.

Cuarta. En nuestra opinión, el artículo 348 bis TRLSC supone un auténtico cambio de paradigma en la formulación dogmática del derecho al dividendo en las sociedades de capital, respecto a cómo estaba concebido con anterioridad. Ahora, vigente este precepto y si se dan los requisitos establecidos en el mismo, el derecho abstracto del socio o accionista a «participar en el reparto de las ganancias sociales», reconocido en el artículo 93 del TRLSC, se transforma en un derecho directamente exigible y cuantificable, anualmente, ante la Junta de socios o accionistas, so pena de ejercitarse, como represalia, un derecho tan gravoso como el de separación.

Quinta. Con independencia de la aplicación del artículo 348 bis de la LSC cuando se cumplan las condiciones establecidas en el mismo, se está abriendo paso también una doctrina judicial consistente en que en el enjuiciamiento de las decisiones sociales sobre atesoramiento, la mayoría social debe justificar la falta de reparto de las ganancias entre los socios, pues en caso contrario se entiende que se ha producido una retención injustificada de los resultados, al destinar la mayor parte de los mismos a reservas voluntarias, sin la justificación suficiente por parte de la sociedad demandada, lo que constituye un abuso de derecho.

Sexta. Con la actual regulación del artículo 348 bis («lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder»), parece que convive lo establecido en dicho artículo con el régimen tradicional de impugnación del acuerdo de distribución de dividendos por insuficiencia de reparto. Es decir, puede que en determinadas circunstancias el socio o accionista no se conforme con el 25 % de dividendos e impugne el acuerdo de reparto. Estaríamos, por tanto, ante un «dividendo mínimo» exigible.

Séptima. Constituye un dislate jurídico atribuir al registrador mercantil la competencia no solo para nombrar a un experto independiente que valore las participaciones sociales o acciones de la compañía, sino también para analizar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la LSC, pudiendo incluso entrar a valorar los motivos de oposición alegados por la sociedad; como alternativa a la valoración jurisdiccional (el socio u accionista puede utilizar este expediente en vez de acudir a la jurisdicción a sostener su derecho).

Octava. La separación del socio o accionista rige desde que se le paga el valor de su participación; naciendo previamente el crédito de reembolso en el momento del ejercicio del derecho de separación (comunicación recepticia). La clasificación en un concurso de acreedores de un crédito que ha surgido del ejercicio del derecho de separación, antes de la declaración del concurso, será normalmente la de subordinado, sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación. No es concursal la cuota de quien no ejercitó su derecho de separación, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores sociales.

Referencias bibliográficas

- Alfaro Águila-Real, J. (2017). Caso: derecho de separación por retención de beneficios. <https://almacendederecho.org/caso-derecho-separacion-retencion-beneficios>
- Alfaro Águila-Real, J. (2018). El Registro no puede aplicar el art. 353 LSC en relación con el art. 348 bis LSC: ha de remitir al socio a un proceso judicial. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2018/10/el-registro-no-puede-aplicar-el-art-353.html>
- Alfaro Águila-Real, J. (2019a). El lío de la aplicación registral del art. 353 LSC. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/08/el-lio-de-la-aplicacion-registral-del.html>
- Alfaro Águila-Real, J. (2019b). ¿Puede separarse ex art. 348 bis el socio que ha aceptado una limitación al reparto de dividendos? <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/09/puede-separarse-ex-art-348-bis-el-socio.html>
- Alfaro Águila-Real, J. (2019c). Separación ex art. 348 bis LSC y política de dividendos acordada por todos los socios: el carácter modificativo o interpretativo de la reforma de 2018. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/08/separacion-ex-art-348-bis-lsc-y.html>
- Alfaro Águila-Real, J. (2021). La sequía de dividendos se combate, bien ejerciendo el derecho de separación, bien impugnando el acuerdo social sobre aplicación del resultado, *tertium non datur*. <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2021/07/la-sequia-de-dividendos-se-combate-bien.html>
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2017a) Propuesta de reforma del art. 348 bis LSC: en la buena dirección. <https://hayderecho.expansion.com/2017/12/21/propuesta-de-reforma-del-art-348-bis-lsc-en-la-buena-direccion/>
- Álvarez Royo-Villanova, S. (2017b). Falta de reparto de dividendos y derecho de separación: vuelve el art. 348 bis LSC. <https://hayderecho.expansion.com/2017/01/18/derecho-de-separacion-y-reparto-de-dividendos-el-art-348-bis-lsc-entra-de-nuevo-en-vigor/>
- Álvarez Royo-Villanova, S. y Fernández del Pozo, L. (2017). Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC. *La Ley Mercantil*, 33.
- Álvarez Royo-Villanova, S. y González Corona, M. (2021). Derecho de separación y subordinación del derecho de

- reembolso en la STS de 15 de enero de 2021. <https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-y-subordinacion-del-derecho-de-reembolso-en-la-sts-de-15-de-enero-de-2021>
- Álvarez Sánchez de Movellán, P. (2015). *Estudio sobre el proceso de impugnación de acuerdos sociales. Adaptado a 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*. Dykinson.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2020). De la codificación a la descodificación. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, junio.
- Cabanas Trejo, R. (2019). Dividendo, derecho de separación del socio, nombramiento de experto y cuestiones de táctica registral. *Diario La Ley*, 9412.
- Campins Vargas, A. (2020). *Protección judicial frente al atesoramiento injustificado de beneficios*. *La Ley Mercantil*, 65.
- Campins Vargas, A. y Alfaro Águila-Real, J. (2011). El abuso de la mayoría en la política de dividendos. Un repaso de la jurisprudencia. *Otrosí*, 5.
- Campins Vargas, A. y Alfaro Águila-Real, J. (2014). *Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital*. *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*. Civitas. https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400077396es.pdf
- García-Villarrubia, M. (2020). Derecho de separación y conflicto entre el Registro Mercantil y los Tribunales. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 83. <https://www.uria.com/es/publicaciones/6904-derecho-de-separacion-y-conflicto-entre-el-registro-mercantil-y-los-tribunales>
- González Vázquez, J. C. (2021). Calificación concursal del crédito del socio que ha ejercido su derecho de separación. *Hay Derecho*, 6 de mayo. <https://hayderecho.expansion.com/2021/05/06/calificacion-concursal-del-credito-del-socio-que-ha-ejercido-su-derecho-de-separacion/>
- Ibáñez García, I. (2008). La impugnación de las cuentas anuales, su calificación registral y el derecho al dividendo. *Revista CEF- Legal*, 94.
- Ibáñez García, I. (2011). Sobre el derecho obligatorio al dividendo, ¡qué barbaridad! *Hay Derecho* <https://hayderecho.expansion.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/>
- Ibáñez García, I. (2019). Discrepancias razonables sobre la aplicación del artículo 348 bis LSC. [almacenederecho.org](https://almacenederecho.org/discrepancias-razonables-sobre-la-aplicacion-del-articulo-348-bis-lsc#comments). <https://almacenederecho.org/discrepancias-razonables-sobre-la-aplicacion-del-articulo-348-bis-lsc#comments>
- Illescas Ortiz, R. (1992). El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte. *Derecho de los Negocios*, 21.
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2017). *Entrada en vigor del artículo 348 bis LSC*. <http://jsanchezcalero.com/entrada-vigor-del-articulo-348-bis-lsc/>
- Tapia Hermida, A. (2020). Derecho de separación de los socios por falta de distribución de dividendos «ex» art. 348 bis de la LSC, crisis económica, descapitalización y viabilidad empresarial. Reflexiones a propósito de la Sentencia núm. 663/2020 de 10 diciembre de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. <http://ajtapia.com/2020/12/derecho-de-separacion-de-los-socios-por-falta-de-distribucion-de-dividendos-ex-art-348-bis-de-la-lsc-tesis-economica-descapitalizacion-y-viabilidad-empresarial-reflexiones-a-prop/>



Accidentes de tráfico entre familiares y daños materiales: problemas de cobertura

María Victoria Álvarez Buján

Doctora en Derecho

Abogada en ejercicio. ICA Ourense

victoriaalvarezbujan@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-5858-8984>

Extracto

El objeto de estudio de este trabajo es analizar los supuestos de falta de cobertura (particularmente en relación con los daños materiales), por parte de las compañías aseguradoras, de siniestros que se producen entre dos vehículos conducidos por familiares hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. En concreto, concentraremos nuestra atención en abordar la cuestión jurídica que subyace en este tipo de casos, relativa a las cláusulas de exclusión y los motivos de oposición que podrían esgrimirse ante una eventual demanda, así como los riesgos/problemas de reclamar judicialmente en un contexto de tales características.

Palabras clave: accidente de tráfico; familiares; contrato de seguro; exclusiones; praxis judicial.

Fecha de entrada: 18-10-2021 / Fecha de aceptación: 19-11-2021

Cómo citar: Álvarez Buján, M.^a V. (2021). Accidentes de tráfico entre familiares y daños materiales: problemas de cobertura. *Revista CEFLegal*, 251, 101-112.



Traffic accidents between family members and property damage: coverage problems

María Victoria Álvarez Buján

Abstract

The main aim of study is to analyse the cases of lack of coverage (particularly in relation to material damages), by insurance companies, for claims that occur between two vehicles driven by relatives up to the third degree of consanguinity or affinity. Concretely, we will focus on examining the legal issue that underlies this type of case, regarding the exclusion clauses and the reasons for opposition that could be used in a hypothetical claim, as well as the risks/problems of filing a lawsuit in a context of such characteristics.

Keywords: traffic accident; relatives; insurance contract; exclusions; judicial praxis.

Citation: Álvarez Buján, M.^a V. (2021). Accidentes de tráfico entre familiares y daños materiales: problemas de cobertura. *Revista CEFLegal*, 251, 101-112.



Sumario

1. Planteamiento previo: supuesto de hecho
2. Tratamiento de la cuestión jurídica
3. A modo de reflexión: algunos aspectos complementarios

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento previo: supuesto de hecho

En el presente trabajo haremos referencia a un supuesto de interposición de demanda en reclamación de cantidad por daños materiales causados en accidente de circulación, interpuesta por el propietario del vehículo dañado frente al conductor causante del accidente y su compañía aseguradora. La particularidad sobre la que pondremos el acento será la existencia de una relación de parentesco entre la persona física culpable/causante del accidente y el propietario del vehículo dañado, para abordar el tratamiento jurídico de dicha situación.

En resumidas cuentas, podemos reseñar que, en un supuesto como el aquí referido, se ejercerá por la parte actora una acción de responsabilidad civil extracontractual, ex artículo 1.902 del Código Civil, partiendo de que existirá parte amistoso o atestado que atribuya la culpa y responsabilidad del accidente al conductor causante del siniestro (demandado), por cuanto el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual basada en el citado precepto del Código Civil se sustenta sobre la base de principio de responsabilidad por culpa. Ello implica que el hecho objeto de litigio debe ser reprochable desde la óptica de la culpabilidad a la persona responsable y, en tal sentido, para que la demanda pueda prosperar, deberá acreditarse la concurrencia de un comportamiento por acción u omisión negligente, la producción de un resultado dañoso y el nexo causal entre el referido comportamiento y los daños ocasionados.

El mencionado precepto se encuentra ligado, a su vez, al artículo 1.1, párrafo tercero, del Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, el cual establece que

en el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley.

Obviamente, y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de enjuiciamiento civil¹, la carga de la prueba recaerá en la parte demandante, que deberá demostrar la realidad del accidente, cómo ha sucedido, qué daños ha provocado y la relación de causalidad existente².

¹ Que preconiza literalmente lo siguiente: «Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción».

² *Vid.* entre otras, las SSTS 31 de mayo de 2005 (NCJ047226), 27 de julio de 2006 (NCJ047141), 24 de enero de 2007, 19 de febrero de 2014 y 22 de diciembre de 2015 (NCJ060808).

Asimismo y a efectos prácticos, hemos de reseñar que es muy probable que, con carácter previo a la interposición de la demanda, la propia compañía aseguradora del demandante haya dado de baja la reclamación frente a la compañía aseguradora contraria (o inclusive se haya negado a tramitarla), alegando que se trata de un supuesto excluido de indemnización por ser el propietario del vehículo supuestamente causante de los daños su familiar (hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, esto es, por ejemplo, su hermano, su cuñado, su padre o su hijo). Ello concordaría con la legislación vigente aplicable en materia de seguros, las exclusiones legales y las contenidas en el condicionado de la póliza de seguros, como veremos más adelante.

2. Tratamiento de la cuestión jurídica

En efecto, y como recuerda, entre otras, la Sentencia núm. 4/2021, de 4 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Orense,

el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual basada en el artículo 1.902 del Código Civil, según ha señalado en reiteradas ocasiones la línea doctrinal pacífica y uniforme de la sala primera del Tribunal Supremo –SS de 4 de octubre de 1982, 5 de diciembre de 1983, 9 de marzo de 1984, 31 de enero de 1986, 19 de febrero de 1987 y 19 de julio de 1993, entre otras–, debe partir del principio de responsabilidad por culpa, de forma que se hace necesario que el hecho objeto de litis pueda ser reprochable culpabilísticamente al eventual responsable, siendo por ello que para que pueda prosperar la acción ejercitada dictándose sentencia estimatoria de la demanda han de quedar cumplidamente acreditadas en las actuaciones procesales la existencia de un comportamiento activo u omisivo negligente, la producción de un resultado dañoso y la relación de causalidad entre aquel y este.

Ahora bien, en el caso planteado en este artículo, con independencia de que se prueben los hechos constitutivos de la demanda, subyace una cuestión jurídica, por cuanto no existe cobertura para indemnizar los daños producidos por accidentes que ocurren entre determinados familiares o por causa de estos (hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad). Para poder explicitar este extremo, debemos efectuar una disquisición entre seguro obligatorio y seguro voluntario.

Así, en cuanto al ámbito del denominado seguro obligatorio, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que determina que la cobertura del seguro obligatorio no alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario

o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores³.

En lo que respecta al seguro voluntario (que la inmensa mayoría de pólizas suelen incluir) hay que estar a la póliza, que debe contemplar tal exclusión, y para que la misma resulte de aplicación debe constar específica y claramente en las condiciones generales y particulares del seguro aplicable con respecto al causante del siniestro.

Así, para poder oponer tal exclusión a fin de rechazar la cobertura de un siniestro como el planteado al inicio de este trabajo, en las condiciones generales tendría que figurar una cláusula que indique que se excluyen de la cobertura del seguro de suscripción obligatoria los daños sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas, y por los bienes de los que sean titulares el tomador, asegurado, propietario, conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores.

Al contemplarse lo anterior, es muy probable y frecuente que, en el condicionado general, conste también que la compañía aseguradora no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan.

³ Establece literalmente el referido precepto que:

1. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños y perjuicios ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente.
2. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores.
3. Quedan también excluidos de la cobertura de los daños personales y materiales por el seguro de suscripción obligatoria quienes sufrieran daños con motivo de la circulación del vehículo causante, si hubiera sido robado. A los efectos de esta ley, se entiende por robo la conducta tipificada como tal en el Código Penal. En los supuestos de robo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11.1.c).

En consonancia con lo anterior, el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en su párrafo tercero, dispone que

el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En efecto, si la compañía aseguradora demandada niega la cobertura del siniestro, en atención a la existencia de parentesco, cuando la persona causante de los daños y el perjudicado (propietario, conductor u ocupante de otro vehículo) tengan un vínculo hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, la solución práctica, si se acreditan la existencia y dinámica del siniestro, el nexo causal⁴ y el alcance e importe de los daños, puede ser la condena a la persona física culpable del accidente (con imposición de costas), determinando que la compañía aseguradora demandada no tendrá obligación de cubrir los daños derivados del accidente al tratarse de una hipótesis excluida de cobertura. Por ello, es de suma importancia tener claro que si un familiar (propietario de un vehículo) presenta una demanda contra otro familiar (propietario o conductor) del vehículo que causó los daños en el suyo, es muy factible que se determine la existencia de responsabilidad en relación a este último, pero exonerando a su compañía aseguradora, de forma que esta entidad no se hará cargo del abono de la indemnización, por lo que, a efectos prácticos, la única persona perjudicada será la persona física respecto de la cual se dicte la sentencia condenatoria.

Debe dejarse claro que el seguro voluntario, a fin de cuentas, responde a la libertad contractual de quien lo suscribe, con el propósito de dar cobertura con más amplitud, tanto cuantitativa como cualitativa, al riesgo de indemnizar a un tercero, pero a partir de lo que no es objeto de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria. El seguro voluntario tiene un carácter complementario que dimana de la denominación de «responsabilidad civil suplementaria».

Debe precisarse que, como ya se declaraba, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña núm. 354/2013, de 31 de julio, nos encontramos ante una causa de exclusión legal del artículo 5 de la LRCYSCVM y del Reglamento del seguro de responsabilidad civil y seguro de circulación vehículo a motor en su artículo 10 y resulta, por ende, oponible frente a la demandante.

Amén de lo anterior, se trata de una cláusula delimitadora o definidora del riesgo, no limitativa, de suerte que ni siquiera tendría que ser específicamente aceptada por escrito (mediante firma).

⁴ Ya recordaba la STS 661/2000 (NCJ044884), de 30 de junio que

Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (sentencia de 11 febrero 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (sentencias de 17 diciembre 1988 y 2 abril 1998). Es precisa la existencia de una prueba terminante (sentencias de 3 noviembre 1993 y 31 julio 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (sentencias de 4 julio 1988, 27 octubre 1990, 13 febrero y 3 noviembre 1993). La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al acto, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (sentencias de 14 febrero 1994 y 14 febrero 1985, 11 febrero 1986, 4 febrero y 4 junio 1987, 17 diciembre 1988, entre otras).

Siguiendo a Velasco Núñez (2012), las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas en virtud de las cuales

se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, y hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla; la jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial.

En cambio, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado son

aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada.

En el caso de las segundas, se requiere su específica aceptación, para lo cual se exige que se destaquen de alguna forma (por ejemplo, con tipología en negrita) con respecto a las restantes condiciones contractuales (art. 3 LCS).

En lo que concierne a las demás condiciones insertadas en la póliza y, consiguientemente, también las delimitadoras, es suficiente con que sean aceptadas por el asegurado de forma genérica. Se considera que resulta bastante aquí el consentimiento del tomador del seguro que da origen al contrato de seguro. Dicho consentimiento se extiende a todas y cada una de las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado, motivo por el que es indiferente si las mismas se incluyen dentro del condicionado particular o general, que no se resalten de manera especial y que no estén explícitamente aceptadas por escrito (Velasco Núñez, 2012).

Así las cosas, si una vez analizada la prueba practicada en el acto del juicio o de la vista se consideran probados, ex artículo 217.2 de la LEC los hechos constitutivos de la demanda (dinámica del siniestro, culpa/responsabilidad, existencia de daños y nexo causal, valoración de los mismos y pago de la reparación –o justificación de que todavía no se ha reparado, pero que se reparará una vez se reciba la indemnización–), la demanda podrá ser estimada, ¿pero frente a quién? Pues bien, el fallo de la sentencia podría ser el de desestimar la demanda interpuesta frente a la compañía aseguradora, al considerar que resulta aplicable y oponible la cláusula de exclusión y estimada frente al propietario del vehículo (el familiar).

Consiguientemente, si la compañía aseguradora del conductor del vehículo causante del siniestro rechaza otorgar indemnización por vía de reclamación previa⁵, deberíamos tener

⁵ Incluso podría suceder que la propia compañía aseguradora del vehículo dañado/perjudicado rechazase otorgar a su asegurado la cobertura de defensa jurídica para reclamar los daños materiales contra la compañía aseguradora del vehículo causante del siniestro.

mucha cautela a la hora de presentar una demanda, por cuanto la misma podría ser desestimada y el cliente condenado incluso en costas, ex artículo 394 de la LEC⁶. Es decir, podría condenarse al propietario del vehículo al pago de la indemnización, eximiendo a la compañía aseguradora por inexistencia de cobertura del siniestro contratada en la póliza. Resulta importante que el cliente sea informado de esta posibilidad y de la cuestión jurídica que se esconde detrás de este tipo de accidentes y reclamaciones/demandas, especialmente si mantienen una buena o afectuosa relación con el familiar causante del siniestro que le ha provocado daños materiales en su vehículo.

Los daños provocados en un siniestro como el descrito en este trabajo solamente serían indemnizados en el supuesto de que el vehículo dañado tuviese contrato de seguro suscrito con cobertura en la modalidad de daños propios o a todo riesgo. Y en este caso, la indemnización sería abonada por su propia compañía aseguradora, como es lógico, no por la compañía aseguradora del vehículo causante del accidente.

Finalmente, debe realizarse como precisión a tener en cuenta, que la exclusión aquí comentada únicamente resulta aplicable y oponible a supuestos de daños materiales, pero no a daños personales. Los preceptos *ut supra* comentados únicamente se refieren a los bienes materiales. Las lesiones derivadas de un accidente quedarían cubiertas con independencia del grado de parentesco entre la persona causante del siniestro y la persona lesionada/perjudicada y reclamante.

⁶ Dicho precepto establece literalmente:

Artículo 394. *Condena en las costas de la primera instancia.*

1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

3. Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, este solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

Cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, este únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. A modo de reflexión: algunos aspectos complementarios

Al margen de la cuestión jurídica arriba reseñada, obviamente, una vez que nos hayan emplazado para contestar a la demanda interpuesta podremos tratar de discutir otras cuestiones, como, por ejemplo, si la reparación por la que se reclama ha sido efectivamente realizada y abonada. En caso contrario (si la reparación estuviese pendiente de realizarse a la espera de recibir, en su caso, la correspondiente indemnización), podríamos oponernos a que se abone la cantidad relativa al impuesto sobre el valor añadido (IVA), si bien esto es una cuestión que depende del criterio de cada juzgado (Solera Calleja, 2019).

En este contexto, podemos tomar como referencia lo dispuesto por las SSTs 347/2014, de 26 de junio (NFJ054835) y 558/2014, de 21 de octubre (NCJ059065), en virtud de la cual se estima que

es cierto que la indemnización de daños y perjuicios no devenga IVA según lo previsto en el artículo 78.3.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido, pero no es lo mismo la aplicación del impuesto a una indemnización que la inclusión en la misma de lo que el perjudicado ha de pagar por ello a un tercero que realiza el servicio de que se trata, pues en tal caso el IVA va comprendido necesariamente en la propia indemnización de daños y perjuicios ya que, de no ser así, la misma no sería íntegra como requiere el artículo 1101 y concordantes del Código Civil.

A renglón seguido se concluye que

efectivamente al tratarse de la reparación de unos vicios o defectos constructivos, el importe de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el importe total que el perjudicado debe abonar para la reparación de los vicios y defectos constructivos, sin que en este caso se pueda plantear el posible enriquecimiento injusto de la comunidad de propietarios; en cuanto dicha comunidad, carente de personalidad jurídica, no es sujeto pasivo del impuesto y por tanto no puede compensar en declaración tributaria lo abonado⁷.

A partir del tenor de la citada resolución y otras existentes en la misma línea se determina que el importe concerniente al IVA debe incluirse en las valoraciones, en tanto en cuanto ese impuesto es abonado por los ciudadanos cuando adquieren bienes o servicios o pagan reparaciones.

Por otro lado, podríamos discutir la culpa y dinámica del siniestro, además el importe reclamado si, verbigracia, podemos sostener (y probar) que el mismo es excesivo o que las

⁷ Vid. también, al respecto de esta cuestión, la STS 558/2014 (NCJ059065), de 21 de octubre.

partes reparadas no se corresponden con la zona del vehículo que resultó dañada por el siniestro objeto de controversial.

Podría, inclusive, discutirse el nexo causal entre el siniestro y los daños que se reclaman⁸, tratando de fundamentar (y acreditar) que los mismos y su supuesta reparación pudieron deberse a cualquier otro siniestro.

A fin de no incurrir en gastos tales como la emisión de un informe pericial, si impugnamos la factura y el informe pericial que la parte actora debería aportar con su demanda, tanto el reparador del taller como su perito deberían acudir a declarar a juicio, a fin de ratificar la factura el primero (testigo-perito) y someterse a las preguntas y aclaraciones que le formulen el segundo (perito). En ese momento, tendríamos que procurar demostrar, mediante las preguntas y respuestas, alguno de los puntos (motivos de oposición) anteriores, si bien ello no es tarea sencilla, dado que los peritos y los mecánicos tienen (normalmente) experiencia en acudir a deponer a los juicios.

La experiencia en la praxis muestra que con la existencia de un parte amistoso de accidente en el que se corrobore la dinámica descrita por la parte actora en su escrito de interposición de demanda, (máxime si la misma es ratificada por las partes en el acto del juicio o vista con sus declaraciones, si son propuestas como prueba) y aportando un informe de valoración de daños/peritación y una factura (acorde con ese informe)⁹, las pretensiones de la parte actora suelen ser estimadas (en la mayoría de los casos).

No obstante, existen resoluciones judiciales que exigen que se aporte justificante de pago de la factura, pero como ya indicamos *ut supra*, podría alegarse incluso que la reparación

⁸ «Debe señalarse que, sobre la relación de causalidad y su prueba, tiene declarado esta Sala, como se recoge en la sentencia de 25 de septiembre de 2003, citada en la sentencia de 11 de julio de 2006, que «corresponde la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante y «en todo caso es preciso que se prueba de la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que acredita la acción» (sentencia de 6 de noviembre de 2001), citada en la de 23 de diciembre de 2002); «siempre será requisito ineludible a exigencia de una relación de causalidad entre la conducta (negligente) activa o pasiva del demandado y el resultado dañosos producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse» (Sentencia de 3 de mayo de 1995, citada en la de 30 de octubre de 2002) y que, como ya ha declarado con anterioridad esta sala, la necesidad de la cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño –que es lo que determina su obligación de repararlo– no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1.902 y 1.903 del Código Civil en determinados supuestos...» (sentencia de 27 de diciembre de 2000)».

⁹ Normalmente, en la práctica judicial las facturas que se aportan con las demandas coinciden plenamente con los informes de valoración de daños, para evitar problemas de discusión de cantidades. No obstante esto resulta curioso porque es obvio que las facturas (que son posteriores) se hacen coincidir con los informes de valoración (que son anteriores) y sería más lógico que el informe pericial fijase un importe y que la factura lo rondase de forma aproximada.

no pudo ser realizada todavía, a la espera de recibir, en su caso, la indemnización. Además, podría ratificarse la factura y, por ende, la realidad de la reparación en el acto del juicio por el representante legal del taller reparador (especialmente si la parte demandada impugna la factura o cuestiona la realidad de la reparación en su escrito de contestación a la demanda).

En definitiva, el *quid* de esta clase de asuntos reside en la cuestión jurídica de la existencia y aplicabilidad de la cláusula de exclusión.

Finalmente, como cuestión complementaria, en lo que respecta a las costas, podemos tener en cuenta que en muchas ocasiones las demandas donde se ejercitan acciones de reclamación de cantidad derivadas de daños materiales tienen una cuantía que no supera los 2.000 euros¹⁰, razón por la cual la postulación no resultaría preceptiva (ex arts. 23 y 31 de la LEC), pudiendo, si se cumplen los requisitos en el caso concreto, evitarse la condena en costas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.5 de la LEC, el cual dispone lo siguiente:

Cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, de la eventual condena en costas de la parte contraria a la que se hubiese servido de dichos profesionales se excluirán los derechos y honorarios devengados por los mismos, salvo que el Tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, operando en este último caso las limitaciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 394 de esta ley. También se excluirán, en todo caso, los derechos devengados por el procurador como consecuencia de aquellas actuaciones de carácter meramente facultativo que hubieran podido ser practicadas por las oficinas judiciales.

Referencias bibliográficas

Solera Calleja, I. (2019). La cuestión que se plantea es ver si procede condenar a la parte demandada a pagar el IVA de la indemnización reclamada, que se corresponde con los daños materiales de la motocicleta que aseguraba: SAP de Barcelona (Secc. 17.^a) de 4 de marzo de 2019, sentencia 142/2019. *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 8, 46-47.

Velasco Núñez, E. (2012). Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en las pólizas de seguro y sus consecuencias jurídicas. <https://elderecho.com/clausulas-limitativas-de-derechos-y-delimitadoras-del-riesgo-en-las-polizas-de-seguro-y-sus-consecuencias-juridicas>

¹⁰ Y hemos de recordar que si la cuantía no supera los 3.000 euros, la sentencia que se dicte por el juzgado de primera instancia territorialmente competente no será recurrible y devendrá firme.



El transfuguismo político en las entidades locales y propuestas para combatirlo

Octavio Manuel Fernández Hernández

*Licenciado en Derecho
Secretario de la Administración local, categoría de entrada
(funcionario con habilitación de carácter nacional).
Ayuntamiento de Candelaria (Tenerife)
<https://orcid.org/0000-0002-8951-3210>*

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio «Estudios Financieros» 2021** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Juan Antonio Xiol Ríos, doña Lucía Casado Casado, don Gabriel Doménech Pascual, doña Alicia González Alonso, don José Damián Irazo Cerezo y don Fabio Pascua Mateo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

En el presente trabajo explicamos el fenómeno del transfuguismo político en las corporaciones locales, que ha provocado una enorme desafección y lejanía de los ciudadanos en sus instituciones más próximas.

El transfuguismo es el fenómeno por el cual los concejales que han sido elegidos en una lista de una formación política traicionan dichas siglas durante el mandato corporativo, apoyando al grupo político contrario o firmando mociones de censura contra la formación política con la que concurrieron a las elecciones.

En definitiva, esta conducta supone una quiebra del sistema representativo democrático local por la que se incumple la voluntad de los representados, libremente expresada en las elecciones locales, cambiando gobiernos de espaldas al electorado, y además estas conductas, a lo largo de los últimos 40 años, han sido empleadas como un medio para el fin de la corrupción política.

Finalmente, se ofrecen soluciones legislativas para penalizar tanto a los tránsfugas como también a los partidos políticos cuando expulsan de forma arbitraria a sus cargos públicos.

Palabras clave: transfuguismo político; quiebra del sistema representativo; corrupción política; soluciones legislativas.

Fecha de entrada: 04-05-2021 / Fecha de aceptación: 10-09-2021

Cómo citar: Fernández Hernández, O. M. (2021). El transfuguismo político en las entidades locales y propuestas para combatirlo. *Revista CEFLegal*, 251, 113-144.



Political transfuguism in local entities and proposals to combat it

Octavio Manuel Fernández Hernández

Abstract

In this paper we explain the phenomenon of political transgression in local corporations that has caused enormous disaffection and distance from citizens in their closest institutions.

Transfuguism is the phenomenon by which councilors who have been elected from a list of a political formation betray said acronyms during the corporate mandate by supporting the opposing political group or signing motions of no confidence against the political formation with which they participated in the elections.

Ultimately, this conduct supposes a bankruptcy of the local democratic representative system by which the will of those represented freely expressed in local elections is violated by changing governments with their backs to the electorate and, furthermore, these conducts have been used over the last forty years as a means to the end of political corruption.

Finally, legislative solutions are offered to penalize both defectors and political parties when they arbitrarily expel their public positions.

Keywords: political transfuguism; bankruptcy of the representative system; political corruption; legislative solutions.

Citation: Fernández Hernández, O. M. (2021). El transfuguismo político en las entidades locales y propuestas para combatirlo. *Revista CEFLegal*, 251, 113-144.



Sumario

1. Planteamiento: El derecho constitucional de participación política frente a los partidos políticos como instrumentos fundamentales de la misma
 2. El transfuguismo político municipal: concepto, caracteres y evolución histórica (1979-2003)
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Caracteres
 - 2.3. Evolución histórica (1979-2003)
 - 2.4. Los acuerdos políticos contra el transfuguismo de 1998 y sus adendas posteriores
 - 2.5. Pacto por la estabilidad institucional: acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas de 11 de noviembre de 2020
 3. El concejal no adscrito: concepto y evolución jurisprudencial desde el año 2003 hasta la actualidad
 4. Moción de censura y medidas legislativas contra los tráfugas
 5. Propuestas legislativas para combatir el transfuguismo local
 - 5.1. La regulación y enumeración en la legislación básica de régimen local de los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos, de tal forma que sean iguales en todas las entidades locales
 - 5.2. La modificación del régimen electoral de las elecciones municipales mediante la introducción del sistema de listas abiertas, de tal modo que los ciudadanos puedan elegir entre los candidatos que figuran en las diferentes listas electorales.
 - 5.3. La creación de un tribunal administrativo de garantías políticas encargado de la revisión de los procedimientos de expulsión de los afiliados de los partidos que ocupen cargos públicos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Planteamiento: El derecho constitucional de participación política frente a los partidos políticos como instrumentos fundamentales de la misma

El artículo 140 de la Constitución configura a los municipios con las características de autonomía política-administrativa y financiera, personalidad jurídica plena, democracia representativa, mediante elecciones cada cuatro años, y la democracia directa en los casos de los municipios de concejo abierto.

En las entidades locales, la titularidad y el ejercicio del derecho fundamental de participación política del artículo 23 de la Constitución corresponde a los concejales elegidos por los vecinos en los municipios de régimen común y de gran población, y a los propios vecinos en los municipios de concejo abierto.

Frente a este derecho fundamental, individualmente considerado de las personas de participar en la vida pública, la Constitución regula la forma colectiva a través de los partidos políticos, que según el artículo 6 de la Carta Magna se configuran como instrumentos fundamentales de participación política.

El Tribunal Constitucional ha determinado de forma reiterada, como en la Sentencia 151/2017, de 21 de diciembre, que el ordenamiento jurídico no puede convertir la obediencia política al partido en un mandato jurídico.

En los últimos 40 años, desde la aprobación de la Constitución, se ha producido en determinados casos una colisión entre el derecho fundamental de participación política mediante el ejercicio del cargo público durante el mandato y la actuación de los partidos políticos sobre estos representantes, cuando se rompe la confianza entre el militante que ostenta un

cargo público y su partido político, que tiene como consecuencia el abandono del partido por el representante o su expulsión del mismo, con las consecuencias políticas y jurídicas que tales decisiones provocan en el seno de las corporaciones locales, y que analizaremos en los siguientes apartados.

2. El transfuguismo político municipal: concepto, caracteres y evolución histórica (1979-2003)

2.1. Concepto

De los diferentes acuerdos sobre un código de conducta en relación con el transfuguismo, firmados por los partidos políticos con representación parlamentaria en las Cortes Generales en los años 1998, 2000, 2006 y el reciente de 2020, establecemos las siguientes definiciones de tráfugas y de beneficiarios de los mismos en el ámbito local:

1. Tráfugas: Representantes locales (concejales, diputados provinciales o consejeros insulares) que, apartándose individualmente o en grupo del criterio fijado por los órganos competentes de las formaciones políticas con las que concurrieron a las elecciones, o habiendo sido expulsados de estas, pactan con otras fuerzas para cambiar o mantener la mayoría gobernante en una entidad local, o bien dificultan o hacen imposible dicha mayoría.
2. Beneficiarios: Representantes locales que pactan con los tráfugas para obtener una ventaja en forma de presentar mociones de censura apoyadas por los mismos, formar gobierno con tráfugas o para constituir, mantener activamente o cambiar las mayorías de gobierno de las instituciones públicas, y apoyar las iniciativas que provengan de los mismos.

La doctrina nos ofrece diversos conceptos de transfuguismo político, entre los que destacamos:

- Tomás Mallén (2002, p. 44) define el transfuguismo como la ubicación voluntaria de un cargo público en una posición representativa distinta de la pretendida por el partido o formación política en cuyas listas se presentó ante los electores.
- Sánchez González (2011, p. 2) nos comenta que el transfuguismo crea una imagen de la política como si de un juego se tratase. Un juego en el que vale todo con tal de ganar. Desaparecen los cargos públicos como portadores del estandarte de la soberanía del pueblo que representan y por el que adoptan sus decisiones, para convertirse en simples jugadores que tratan de obtener la victoria utilizando cualquier arma o instrumento.

- Sánchez-Abarca Gornals (2008, p. 2) nos explica qué es el falseamiento del resultado de las elecciones con sensación de fraude al electorado.
- Catalá i Bas (2014, p. 47) nos explica que la doctrina de forma unánime se muestra crítica contra este fenómeno: Jorge de Esteban, que habla de hecho político patológico o cáncer; Francisco Rubio Llorente, de sinvergüenzas y ventajistas; Peces Barba, de golpe de Estado incruento en vidas humanas, pero muy cruento para la democracia, y Caamaño, de traición política.

2.2. Caracteres

Los caracteres del transfuguismo son los siguientes:

1. Tiene lugar en los diferentes niveles de gobierno estatal, autonómico y local, siendo especialmente destacado en este último, donde el fenómeno ha sido muy habitual en los últimos 40 años.
2. Su protagonista ha de ser un cargo público representativo que ha concurrido a las elecciones en las listas de una formación política, y todo ello con independencia de que sea afiliado o no al partido político en cuya candidatura se ha presentado, ya que tanto si es militante como si no lo es, en el caso de que traicione la voluntad del partido habrá traicionado al partido político en cuya candidatura concurrió.
3. Sucede durante el mandato representativo después de celebradas las elecciones.
4. La expulsión del cargo público por el partido político exige la tramitación de un procedimiento civil regulado en los estatutos del partido, regido bajo el principio de contradicción, donde se garantice la audiencia del afiliado (art. 3.2.s de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos).
5. Se falsea el resultado de las elecciones y por ende la propia democracia, ya que se altera en la práctica durante el mandato el resultado electoral que es fruto de la voluntad de los ciudadanos, ya que el tránsfuga no apoya al grupo político que representa a la candidatura con la que se presentó, sino que apoya al grupo político contrario, como si se hubiera concurrido en la candidatura de ese partido.

Aparece como una de las más claras muestras de la distancia que separa en ocasiones la realidad política de la realidad jurídica, en cuanto supone una modificación no formal del resultado de las elecciones.

6. Se debilita el sistema de partidos como instrumento fundamental de participación política, ya que los ciudadanos eligen unas candidaturas con listas cerradas y bloqueadas, en las que votan al partido en bloque y no a los representantes individualmente considerados. Sin embargo, una vez que estos toman posesión

del cargo, traicionan la voluntad de los ciudadanos y del partido político en cuya lista concurrieron.

7. El transfuguismo es un fenómeno reprochable desde el punto de vista ético y político, pero es un fenómeno legalmente amparado por el derecho constitucional de participación política.

Sobre los caracteres del transfuguismo, De Esteban (1990, p. 7) nos expone una tipología objetiva de las razones que les llevan a los cargos públicos a cambiar de partido:

1. El cambio de orientación política de los partidos: muchos tránsfugas han justificado su decisión de irse del partido en la razón de que el cambio ideológico no es del concejal que se marcha sino del propio partido, y por tanto el verdadero tránsfuga es el partido y no el cargo que mantiene su misma ideología.
2. La desaparición o crisis de un partido: lo que fuerza a los militantes a cambiar de organización, como el caso de UCD, cuyos cargos terminaron en AP, en el CDS o en el PSOE, como Fernández Ordóñez, o el reciente de UPYD, cuyos cargos se fueron fundamentalmente a Ciudadanos, o precisamente la crisis actual de Ciudadanos.
3. El oportunismo o la búsqueda de mejores posiciones políticas: este es el caso más habitual de transfuguismo y el más censurable, porque el cargo público renuncia a la ideología del partido porque ese partido está en la oposición y el concejal se pasa a otro partido que está en el poder, y generalmente para conseguir cargos y sueldos.
4. Discrepancia con la ejecutiva del partido por razones ideológicas, que provoca que el tránsfuga busque acomodo en otro partido en el que desarrollar su vocación política.

2.3. Evolución histórica (1979-2003)

La Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, reguló el procedimiento para la convocatoria de las primeras elecciones municipales celebradas el 3 de abril de 1979, después de 40 años de dictadura, al igual que había sucedido un año antes con la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política, que permitió la celebración el 15 de junio de 1977 de las primeras elecciones generales.

Esta ley de elecciones locales fue aprobada meses antes de la aprobación de la Constitución, circunstancia muy significativa para entender la regulación en su artículo 11.7 de la relación entre los cargos públicos y sus partidos políticos, en los siguientes términos:

Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato.

Esta ley trataba de reforzar a los incipientes partidos políticos consagrando el mandato imperativo, o sea, que los concejales elegidos en las elecciones locales de 1979 carecían, durante su mandato, de libertad política individual, estaban sometidos a las ordenes políticas externas emitidas por su partido, hasta el punto de que si por cualquier causa, ya fuera la desobediencia al partido o el mero capricho de sus dirigentes, fueran expulsados de su partido o abandonaran el mismo, esto tenía la consecuencia directa y automática del cese en el cargo de concejal, como si los concejales hubieran sido elegidos por el partido y no por el pueblo.

Carreras Serra (2004, pp. 113 y ss.) nos explica que la teoría clásica de la representación estaba basada en el concepto de mandato, es decir, el encargo que los representados (los ciudadanos) dan a los representantes (parlamentarios). De acuerdo con esta teoría, en primer lugar, el mandato es libre y no imperativo, el parlamentario no está vinculado por la voluntad de quienes lo han elegido; en segundo lugar, el parlamentario representa a toda la nación y no solo a aquellos que le han votado, y en tercer lugar, el mandato de los cargos es irrevocable, sin que nadie pueda cesarlos en su cargo. Esta teoría de la representación, continúa Carreras, queda profundamente modificada cuando los sujetos del proceso democrático ya no son los ciudadanos individualmente considerados, sino los partidos, por lo que el autor afirma que estamos en una democracia de partidos.

A continuación, analizamos en esta democracia de partidos el fenómeno del transfuguismo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del resto de tribunales que en los años 80 y 90 han ido fijando la doctrina legal sobre los casos de transfuguismo más destacados en las corporaciones locales:

El caso «Andújar» (Jaén)

La Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero, da respuesta a un recurso de amparo presentado por el que fuera candidato a la alcaldía del Ayuntamiento de Andújar por el PSOE, que siendo la lista más votada y accediendo al cargo de alcalde, fue posteriormente expulsado del PSOE. El pleno del Ayuntamiento de Andújar aplicó el mencionado artículo 11.7 de la Ley de elecciones locales de 1978 y lo cesó en sus cargos de alcalde y concejal de dicho ayuntamiento.

El Tribunal Constitucional le otorga el amparo y lo repone en el cargo de concejal, y reconoce la inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la Constitución, ya que considera que

dicho precepto ya ha quedado derogado por el artículo 23 de la Constitución, como dice el ponente Rubio Llorente:

Es lo cierto, que como ya hemos visto, la desigualdad que introduce el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, en cuanto la expulsión del partido provoca el cese en el cargo de concejal, es contraria a derechos fundamentales reconocidos por la norma fundamental susceptibles de amparo y, por tanto, la igualación no puede producirse más que por la vía de entender derogado en tal extremo el mencionado precepto por ser incompatible en este punto con el artículo 23.2 de la Constitución.

El caso de los concejales del Partido Comunista de España (PCE) en el Ayuntamiento de Madrid

Los concejales del PCE presentaron recurso de amparo en 1983 ante el Tribunal Constitucional contra el acuerdo de la junta electoral de zona de Madrid, que admitiendo su baja del Partido Comunista, les destituyó de su cargo de concejales del Ayuntamiento de Madrid.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo a los recurrentes en la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, en la que se fundamenta el derecho al cargo frente al partido en los siguientes términos, según el ponente Rubio Llorente:

Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término.

El caso «Alonso Puerta» del Ayuntamiento de Madrid

Alonso Puerta era teniente de alcalde del Ayuntamiento de Madrid y denunció las contrataciones de limpieza, lo que provocó su expulsión por su propio partido, el PSOE, lo que tuvo como consecuencia que fuera cesado en el cargo de concejal por el entonces alcalde, Enrique Tierno Galván, en aplicación de dicho precepto 11.7 de la Ley de elecciones locales.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 diciembre de 1983 dijo:

El Tribunal Constitucional ha pronunciado el 4 y 21 febrero de 1983 dos sentencias en sendos recursos de amparo, en los que, tras confrontar la teórica compatibilidad entre el art. 23.2 de la Constitución, donde se reconoce a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y entre el tantas veces citado artículo

11.7 de la Ley de elecciones locales, el Tribunal llega a la conclusión de que dicho precepto ha de entenderse derogado, conforme a la disposición derogatoria tercera de la Constitución.

En definitiva, en estas tres sentencias anteriores se expresa el principio general por el que el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas.

Sin embargo, esta doctrina, impecable desde el punto de vista constitucional, establecida en estas sentencias, llevada hasta sus últimas consecuencias, significa amparar jurídicamente los casos de transfuguismo político, ya que el concejal goza de absoluta libertad, una vez elegido, para traicionar la voluntad del cuerpo electoral que ha votado, no al concejal aisladamente considerado, sino a este formando parte de una lista de un partido político, del cual, una vez tomado posesión del cargo, el concejal se puede apartar, sin límite jurídico alguno.

En los años 80 y 90 se produjeron casos flagrantes de transfuguismo, que consistieron en que concejales apoyaron mociones de censura de otros partidos contra su propio partido, gobernando con los partidos contrarios, aprovechándose de la no existencia del mandato imperativo del partido sobre el concejal, lo que causó alarma social en los ciudadanos y en la opinión pública, ya que se traicionaba no solo al partido sino la voluntad de los ciudadanos, que confiaron en los concejales que después se convirtieron en tráfugas. Además, en algunos casos más graves, se llegó a condenas penales por cohecho, por el comportamiento de algunos tráfugas, que apoyaron mociones de censura o se ausentaron de la votación a cambio de dádivas, regalos, contrataciones de sus familiares y demás retribuciones dinerarias o en especie, de los que analizamos los tres siguientes casos:

El caso «Dimas Martín» del Ayuntamiento de Arrecife (Lanzarote)

En la sesión constitutiva de la corporación de junio de 1995, el líder del Partido Independiente de Lanzarote (PIL) Dimas Martín, que ya había sido condenado por cohecho unos años antes, compró la voluntad de un concejal del PP para que se abstuviera en la elección del alcalde, para garantizarse así el PIL la alcaldía frente a la candidata del PP. La compra consistió en 12 millones de pesetas, pagaderas anualmente en junio de cada legislatura, a razón de 3 millones anuales, además de la Concejalía de Tráfico y un sueldo de 300.000 pesetas. Ambos concejales del PIL y del PP fueron condenados por delito de cohecho por la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Dimas Martín recurrió la sentencia y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó sentencia el 19 de diciembre de 2000, cuyo ponente Martín Pallín expone:

En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción que supone la compra de los votos de los representantes elegidos en función de un ideario o programa previo ofrecido con lealtad y compromiso a los electores.

El caso «Sanlúcar» (Cádiz)

Los concejales del Partido Popular y del Partido Andalucista en el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda presentaron moción de censura el 5 de octubre de 1999 contra el alcalde del PSOE. Un representante del PSOE sobornó a un concejal del PP, ofreciéndole que si no apoyaba la censura contra el alcalde socialista, recibiría dinero y otras dádivas y regalos. Finalmente la moción de censura no se aprueba, porque el concejal del PP sobornado no vota a favor de la moción presentada por su partido, lo que le convierte desde el punto de vista político en un tráfuga, y desde el punto de vista jurídico penal es condenado por el delito de cohecho y tráfico de influencias junto con los corruptores, al probarse los regalos recibidos y la relación de causa-efecto entre no apoyar la moción de censura presentada por su partido y el dinero recibido de los corruptores.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 nos dice:

Pero lo que debe ser rechazado, de manera rotunda y tajante, es la intervención de circunstancias bastardas o torticeras que sean la única causa y justificación del cambio del sentido del voto como elemento favorecedor de otras opciones políticas. El concepto constitucional de cargo público, que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución, se caracteriza necesariamente por las ideas de desinterés privado y confianza pública, es decir, por su orientación hacia tareas y responsabilidades distintas de los intereses de quien ocupa el cargo. En un sistema democrático representativo, no hay espacio posible para la corrupción.

El caso de «Susana Bermúdez» en el Ayuntamiento de Ceuta

Es la moción de censura del Ayuntamiento de Ceuta de agosto de 1999 por la que la concejala del PSOE Susana Bermúdez se convierte en tráfuga, porque apoya contra las directrices de su partido la moción de censura del partido Grupo Independiente Liberal (GIL) contra el alcalde del PP. La moción de censura triunfa y convierte en alcalde al candidato del GIL, gracias al voto de Bermúdez, que desobedeciendo las órdenes del PSOE de no presentar moción de censura con el GIL, vota la censura. La tráfuga fue procesada por cohecho, ya que se le acusaba de haber obtenido beneficios económicos para ella y para su marido, que se convirtió en cargo del nuevo gobierno local del GIL, como favor por haber apoyado dicha censura. Finalmente fue absuelta por falta de pruebas en el delito de cohecho por el que se la acusaba.

Estos casos municipales, junto con otros casos a nivel nacional y autonómico, tales como el caso Barreiro en la Xunta de Galicia en 1987 o el caso Piñeiro en la Comunidad de Madrid en 1989, crearon el caldo de cultivo necesario para que los partidos políticos se sentaran a negociar unos acuerdos para poner coto al transfuguismo, que estaba carcomiendo de forma irremediable la credibilidad de las instituciones democráticas.

2.4. Los acuerdos políticos contra el transfuguismo de 1998 y sus adendas posteriores

Estas reiteradas prácticas de concejales tráfugas de entregar el gobierno a los partidos contrarios mediante mociones de censura en contra de su propio partido a cambio de contraprestaciones políticas, personales y económicas constituyeron una patología política que los partidos políticos con representación parlamentaria en las Cortes Generales pretendieron abordar para realizar las necesarias reformas legales, para aislar a los tráfugas y limitar sus derechos.

Después de sucesivas negociaciones, se llegó al acuerdo contra el transfuguismo de 7 de julio de 1998 (complementado con las adendas del 26 de septiembre de 2000 y del 23 de mayo 2006), firmado por los partidos políticos con representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados y en el Senado, cuyas principales características son:

1. El desarrollo por los partidos políticos firmantes de la adopción de un comportamiento político coherente con los principios que sustentan el régimen democrático, evitando el trasvase de concejales de otros partidos distintos al del partido suyo originario. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional había dejado muy claro que el cargo público es del concejal y no del partido, y mediante este acuerdo se intenta someter a los cargos públicos al mandato político imperativo frente al mandato jurídico no imperativo.
2. Los partidos se comprometen a rechazar y no admitir en su grupo político a un concejal integrado en la candidatura de otra formación, mientras mantenga el cargo conseguido en su partido original, así como no admitir tráfugas para cambiar mayorías de gobierno: se pretende mediante este «pacto de la partitocracia» que no se falsee la realidad electoral, consistente en que el concejal que es incluido en una lista cerrada por el partido correspondiente apoye con su voto al partido contrario o que no se integre en otro grupo.
3. Que los reglamentos de las corporaciones locales regulen que los concejales tráfugas no se integren en el grupo mixto, sino que cree la figura del «concejal no inscrito» o del «concejal independiente», a los efectos de que no gocen de los derechos que les corresponden a los grupos. Esta es la génesis política de la figura del concejal no adscrito con la reforma del artículo 73 de la (LBRL) mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local.

4. Los partidos se comprometen a estudiar una reforma de la LOREG para regular, en el caso de que un concejal abandone el partido, quién ostenta la titularidad del cargo: esta reforma nunca se produjo, ya que, como hemos expuesto ampliamente, el acta de concejal es personal, intransferible e indisponible por el partido político.
5. Los partidos se comprometen a expulsar al concejal tráfuga mediante los procedimientos estatutarios correspondientes: este punto se ha cumplido en el caso de los concejales tráfugas, porque su actuación perjudicaba los intereses del partido.

Sin embargo, este acuerdo se olvidó del caso de los concejales y grupos beneficiarios de los tráfugas, o sea, el que se aprovecha de los tráfugas para convertirse en alcalde o conseguir mayorías de gobierno.

6. Finalmente los partidos acuerdan estudiar fórmulas para reformar la LOREG, para limitar los efectos del transfuguismo en las mociones de censura y que no se puedan presentar mociones de censura en el primer año y en el último año del mandato.

La limitación de mociones de censura en el mandato nunca se aprobó por el legislador, a pesar de que sigue existiendo la percepción en muchas corporaciones locales de que este acuerdo político es norma, y así no son frecuentes las mociones de censura durante el último año del mandato.

Sí se reformó la LOREG por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, para aprobar la mayoría reforzada en el caso de mociones de censura presentadas con la firma de tráfugas, que finalmente fue declarada inconstitucional, en el caso de tráfugas de su propio partido (el partido no está de acuerdo con la censura y los expulsa) que presenten una moción de censura contra un alcalde de otro partido. En el caso de los tráfugas que firmen la moción contra un alcalde de su partido sí se sigue exigiendo dicha mayoría reforzada.

7. Se constituye una comisión de seguimiento de este acuerdo. La comisión debía dictaminar sobre la existencia o no de transfuguismo en relación con los casos acaecidos en las entidades locales, que los diferentes partidos políticos firmantes lo sometían y en particular sobre los siguientes:
 - Mociones de censura en las que concurra transfuguismo político.
 - Constitución de grupos de gobierno o el mantenimiento de los mismos apoyados por tráfugas.
 - Obstrucción o imposibilidad del ejercicio del gobierno de la entidad local por la mayoría salida de las urnas o de los pactos celebrados entre formaciones políticas.

La comisión se reunió en numerosas ocasiones entre 1998 hasta el 2010, aunque con numerosas crisis en su seno, ya que la mayoría de los partidos han incumpli-

do el pacto y han exigido la convocatoria de la misma cuando eran perjudicados por los tránsfugas, pero no cuando era beneficiados, y además estuvo 10 años sin reunirse, entre el año 2010 y año 2021, año en el que ha reanudado sus sesiones.

Un buen resumen de los tipos de transfuguismo que han sido dictaminados por dicha comisión es el siguiente:

1. Varios concejales de un grupo político que apoyan una moción de censura en contra de las directrices de su partido, que después los expulsa. Los concejales que abandonan el grupo son los tránsfugas y los beneficiarios son los concejales que reciben el apoyo del tránsfuga.
2. Concejales que abandonan su grupo y su partido (son los tránsfugas) y se integran en el grupo de gobierno de otro partido (beneficiarios).
3. Concejales de varios partidos que se apoyan en un concejal que rompe la disciplina de su partido para apoyar la moción de censura de los primeros.
4. Concejal que se abstiene en la moción de censura de los partidos de la oposición contra el alcalde de su partido y a cambio es nombrado concejal del nuevo grupo de gobierno.

2.5. Pacto por la estabilidad institucional: acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas de 11 de noviembre de 2020

Diez años después de la última reunión de la Comisión de Seguimiento del Pacto Anti-transfuguismo, el Ministerio de Política Territorial y Función Pública convocó a 22 partidos políticos con representación parlamentaria, que, mediante sesión telemática, por las normas sanitarias por la covid-19, aprobaron una III adenda al pacto de 1998, que tiene las principales características siguientes:

1. Se limitan los derechos de los concejales tránsfugas no adscritos al mínimo exigido constitucionalmente.
2. Al mismo tiempo, los grupos políticos que pierden concejales por transfuguismo no sufrirán menoscabo de los derechos como grupo como consecuencia de la pérdida de concejales tránsfugas.
3. La extensión del concepto de tránsfuga a los cargos públicos que no hayan sido elegidos por el cuerpo electoral, que en el caso de las entidades locales se refiere a los diputados provinciales o los miembros de las entidades del sector público local.

4. Se establecen las siguientes limitaciones de las personas tráfugas no adscritas: no pueden ejercer derechos políticos atribuidos a los grupos políticos en los plenos, no pueden mejorar su situación anterior en cuanto a la participación en las comisiones, no pueden participar en la junta de portavoces y no se les asignan medios económicos y materiales.
5. Se comprometen a estudiar una reforma legislativa para que puedan ser removidos de sus cargos los tráfugas que sean cargos públicos no electos, tales como diputados provinciales o miembros de organismos públicos.

3. El concejal no adscrito: concepto y evolución jurisprudencial desde el año 2003 hasta la actualidad

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, modificó el artículo 73.3 de la LBRL, mediante la introducción de la figura del concejal no adscrito para hacer efectivo en el derecho positivo el pacto antitráfuguismo, y con los siguientes supuestos y efectos:

1. Supuestos legales de concejal no adscrito:
 - Aquellos concejales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos.
 - Aquellos concejales que abandonen su grupo de procedencia.

Por tanto, como nos dice Arruego Rodríguez (2015, p. 277), la ley distingue entre representantes no adscritos originarios, que son los que no se integran inicialmente en su grupo, y representantes no adscritos sobrevenidos, que son los que abandonan su grupo.

2. Efectos de la condición de concejal no adscrito:
 - No se regula de forma concreta un estatuto jurídico de los concejales no adscritos.
 - Solo se contempla una regla general: los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia.
 - Se produce una deslegalización al atribuir a los reglamentos orgánicos municipales la regulación concreta de los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos.

Sobre esta reforma, Ballesteros Fernández (2004) ya se anticipaba a los problemas constitucionales y legales de la aplicación práctica de esta figura. Nos dice el autor que no puede

olvidarse que los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución son derechos fundamentales, quedando reservada a norma con rango de ley formal la regulación de tales derechos fundamentales (arts. 23.2 y 53 CE), por lo que la remisión del artículo 73.3 al reglamento orgánico es inconstitucional. Además, destaca el autor que esta reforma sitúa a los representantes de la minoría en situación de desventaja respecto de los de la mayoría para ejercer su función, ya que todos los votos deben tener igual valor (pp. 136 y ss.)

Algunas comunidades autónomas, a través de sus leyes de régimen local, han regulado esta figura en desarrollo de la legislación básica del Estado, entre ellas destacamos a la Comunidad Valenciana, que concreta y amplía el concepto precisando cuatro supuestos de concejal no adscrito en el artículo 134 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de régimen local de la Comunidad Valenciana, que son:

- a) No haber constituido grupo municipal en plazo.
- b) No haberse integrado en el grupo municipal constituido por la formación electoral que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones.
- c) Haber abandonado o haber sido expulsados mediante votación del grupo municipal.
- d) Haber abandonado o haber sido expulsados de la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones.

Esta regulación de la Comunidad Valenciana, mucho más completa que la establecida en la legislación básica, contempla, además de los supuestos estatales, los supuestos de expulsión, tanto del partido político como del grupo político que no se mencionaban en la regulación legal.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, en su artículo 28.4 establece las siguientes normas mínimas que deben respetar los reglamentos orgánicos municipales de las entidades locales canarias en la regulación de los concejales no adscritos:

- Participación con plenitud de derechos en las comisiones informativas municipales respetando el principio de proporcionalidad.
- No tendrán las asignaciones, medios económicos y materiales que se conceden a los grupos políticos municipales.
- No tendrán dedicación exclusiva ni dedicación parcial y por tanto no percibirán retribuciones, o sea, solo podrán percibir dietas por asistencias mediante su concurrencia efectiva a los órganos colegiados de los que formen parte.
- No serán designados para el desempeño de cargos o puestos directivos en las entidades públicas o privadas dependientes de la corporación.

Como vemos, estas medidas en la normativa canaria son especialmente punitivas para los derechos de los mismos, ya que se les prohíbe la percepción de retribuciones y ostentar cargos en los entes del sector público local.

La introducción de estos nuevos supuestos deriva de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, que han ido precisando los supuestos de concejales no adscritos, que a continuación analizamos, al igual de otras sentencias que han ido perfilando dichos derechos, que, como ya dijo Ballesteros Fernández (2004), la ley no reguló y dejó que los reglamentos orgánicos lo hicieran, lo que dio origen a las diferentes interpretaciones jurídicas doctrinales y jurisprudenciales que analizamos:

Caso de los concejales no adscritos del Ayuntamiento de Majadahonda (Madrid)

En los años 2007 y 2008, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó 15 sentencias similares a raíz de otros tantos recursos de apelación interpuestos por concejales del Partido Popular del Ayuntamiento de Majadahonda que fueron expulsados de su partido y que el ayuntamiento los consideró como concejales no adscritos, integrándolos con voz pero sin voto en las comisiones informativas.

Estas sentencias han interpretado el concepto de concejal no adscrito en el sentido de que no solo es tráfuga y por tanto concejal no adscrito el que abandona voluntariamente su partido o su grupo político, sino también el concejal que es expulsado de su partido o su grupo.

En cuanto a su integración en las comisiones informativas con voz pero sin voto, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dieron la razón al ayuntamiento de que los concejales no adscritos tengan limitado el derecho de voto en las comisiones, lo que fue recurrido al Tribunal Constitucional por estos concejales.

Estos concejales interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la violación del derecho de participación política del artículo 23 de la Constitución, y el Alto Tribunal dictó sucesivas sentencias durante el año 2011 y el año 2012 en las que otorga el amparo a los recurrentes, por lo que en las comisiones informativas en las que participen actuarán con voz y voto.

La Sentencia 20/2011, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional se expresa en los siguientes términos:

Que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno,

e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política del artículo 23 de la Constitución.

Caso del concejal no adscrito del Ayuntamiento de Denia (Alicante)

Un concejal socialista en el Ayuntamiento de Denia, que era concejal delegado en el gobierno del PSOE, se marchó en el año 2007 del grupo de gobierno y pasó a concejal no adscrito. Con posterioridad, los concejales de la oposición presentaron una moción de censura con el apoyo del concejal no adscrito, que triunfó, y la nueva alcaldesa nombró teniente de alcalde a dicho concejal, con la retribución correspondiente.

Estos nombramientos fueron recurridos por la Subdelegación del Gobierno en Alicante, porque suponían una ampliación de sus derechos políticos como concejal no adscrito, ya que se había convertido en teniente de alcalde, cargo que no ocupaba cuando era concejal adscrito.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante planteó una cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que el artículo 73.3 de la LBRL impide en este caso a un concejal no adscrito acceder a cargos que sí se les permite a concejales adscritos.

Esta cuestión de inconstitucionalidad es desestimada por el Tribunal Constitucional por la Sentencia 9/2012, de 18 de enero, los siguientes términos:

Por cuanto antecede, hemos de concluir que el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no se integra en el núcleo esencial de las funciones representativas del concejal. Se trata de ámbitos ajenos al ejercicio de la función representativa atribuida al mismo, lo que determina que el artículo 23 de la Constitución no se vea aquí vulnerado.

Caso reciente de la concejal de Ciudadanos en el Ayuntamiento de Font de Figuera (Valencia)

Después de las elecciones de 2015 fue elegido alcalde el candidato de Compromís con tres votos de su partido, dos del PSOE y un voto de Ciudadanos, en contra de las directrices de su partido. El candidato del PP obtuvo los cinco votos de su partido. Posteriormente, la concejal de Ciudadanos pasó a no adscrita y fue premiada con el nombramiento de teniente de alcalde, concejal delegada y miembro de otros órganos.

La concejal del PP recurrió el nombramiento por vulnerar el artículo 73.3 de la LBRL, y fueron anulados los mismos en primera instancia y segunda instancia. Finalmente, el ayun-

tamiento recurre ante el Tribunal Supremo, que confirma las sentencias anteriores y solo se anulan en cuanto que la concejal tiene derecho a estar en las comisiones informativas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020, cuyo ponente es José Luis Requero, fija la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 73.3 de la LBRL:

1. Se declara que el alcance del límite previsto en el artículo 73.3.3.º de la LBRL se interpreta en el sentido de que las limitaciones que impone al concejal no adscrito no pueden afectar a los derechos políticos y económicos ligados al ejercicio del mandato representativo otorgado por los electores como concejal electo.
2. Por el contrario, el pase a la condición de concejal no adscrito, como consecuencia o por razón de un supuesto de transfuguismo, sí impide que se asuman cargos o que se perciban retribuciones que antes no se ejercían o no se percibían y que tampoco impliquen mejoras personales, políticas o económicas. Queda excluida de esta limitación la incorporación a las comisiones informativas.

Por tanto, y como resumen de la sentencia del Tribunal Supremo, decimos:

1. Derechos que ostenta el concejal no adscrito: participación en las comisiones informativas con voz y voto, en los plenos con voz y voto; ejercer funciones de control político; presentar preguntas, mociones, enmiendas y votos particulares; efectuar ruegos y preguntas; ejercer el derecho información, y ostentar los honores y tratamientos propios de todo concejal.
2. Derechos que no ostenta el concejal no adscrito: no ostenta los derechos políticos y económicos de los grupos y no puede ostentar los cargos que son atribuidos por decisión discrecional del alcalde, tales como nombramientos como teniente de alcalde, miembros de la junta de gobierno, concejales delegados, así como la asunción de cualquier otro cargo discrecional.

4. Moción de censura y medidas legislativas contra los tráfugas

La Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, modificó la moción de censura local regulada en el artículo 197 de la LOREG, con el objetivo de luchar contra el transfuguismo político, cumpliendo así con los acuerdos políticos firmados al respecto, mediante el incremento de la mayoría de presentación de la moción de censura, que pasó de absoluta a especialmente reforzada en el caso de que la moción de censura fuera firmada por concejales tráfugas.

La exposición de motivos de la reforma nos explica la motivación de esta modificación en los siguientes términos: «Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo tráfugas, pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales».

La medida consiste en que en aquella moción de censura firmada por concejales que abandonen su grupo político o abandonen el grupo del alcalde, la mayoría absoluta exigida en su presentación se incrementa el mismo número de concejales tráfugas que firmen esa moción de censura.

La aplicación práctica de esta reforma dio lugar a numerosos pronunciamientos judiciales, ya que se daba la circunstancia de que la medida prevista para ahuyentar a los concejales tráfugas fue usada de manera torticera por los partidos políticos.

Así, fue corriente que concejales que no eran tráfugas firmaran mociones de censura, estando de acuerdo incluso la mayoría de concejales del grupo político municipal con dicha censura, pero no el partido político, que como órgano externo tramitaba un procedimiento *expres* de expulsión de esos concejales entre el plazo de 10 días entre la presentación de la moción de censura y la celebración del pleno. Por tanto, cuando se celebraba el pleno, ya los concejales estaban expulsados de su partido, de tal modo que la mesa de edad ya no tramitaba la censura, porque la mayoría había dejado de ser la absoluta para ser la reforzada.

En definitiva, una persona jurídica externa a la corporación local, el partido político, condicionaba el derecho fundamental de los concejales al cargo público, entre cuyo contenido está el derecho a presentar mociones de censura, haciendo inviable la misma con la decisión de expulsión adoptada por el partido.

Exponemos a continuación el caso del Ayuntamiento de Tacoronte (Tenerife): en este ayuntamiento, en el año 2013 se presentó una moción de censura, que fue firmada por un número de concejales que sumaban 11 de los 21 concejales del Pleno.

Entre los censurantes se encontraban 5 concejales del PSOE, que fueron expulsados de su partido antes del pleno de celebración de la censura. La secretaria municipal informó a la mesa de edad de que no se daban los requisitos legales exigidos para continuar con la tramitación y votación de la moción de censura, porque la mayoría exigida ya no era 11, sino 16, ya que la mayoría absoluta de 11 se había convertido en mayoría especialmente reforzada de 16, al incrementarse en los 5 concejales que habían sido expulsados de su partido político. A pesar de lo cual, la mesa de edad continuó con la tramitación de la moción de censura, por considerar que los concejales aún no habían sido expulsados definitivamente, y fue elegido alcalde el candidato de los censurantes en el pleno celebrado el 22 de octubre de 2013.

A los 40 días, un auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife repuso en la alcaldía al alcalde censurado. Finalmente se dictó sentencia por el Juzgado

de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife el 5 de febrero de 2014, que dio la razón al alcalde-censurado y anuló el pleno de celebración de la moción de censura, porque la mayoría exigida debió ser de 16 y no de 11, en aplicación de la reforma del año 2011.

Los censurantes recurrieron la sentencia de primera instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que apreció la posible inconstitucionalidad del artículo 197.1 a) de la LOREG y formuló una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia 151/2017, de 21 de diciembre, que establece lo siguiente en su fundamento jurídico séptimo:

De todo ello se concluye que la anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo, y que se ha conocido como transfuguismo, no puede intervenir por el legislador con restricciones al *ius in officium* (STC 9/2012) que impacten en el ejercicio natural del cargo público al amparo de la libertad de mandato con base en razones asociadas, sin adjetivos, a la vinculación orgánica o política, sin fundamentos añadidos. [...] El artículo 23.2 de la Constitución, por tanto, resulta violado.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo tercero del artículo 197.1 a) de la LOREG, aunque difiere sus efectos hasta la celebración de las próximas elecciones locales y mandata al legislador a que antes de las elecciones locales apruebe una reforma legislativa que cumpla con la sentencia.

Pues bien, durante ese período, entre la fecha de la sentencia (publicada en el BOE de 17 de enero de 2018) hasta la celebración de las elecciones (26 de mayo de 2019) el legislador no ha procedido a la reforma legal de la moción de censura, entre otras cosas porque las Cortes Generales se disolvieron en marzo de 2019 para la convocatoria de las elecciones generales del 28 de abril de 2019 y las de 10 de noviembre de 2019. Posteriormente tampoco se ha procedido durante los años 2020 y 2021 a esta reforma de la LOREG, porque el estado de alarma derivado de la pandemia de la covid-19 lo ha protagonizado todo.

Por tanto, después de celebradas las elecciones locales y constituidos los ayuntamientos el 15 de junio de 2019, en las mociones de censura que se firmen por concejales tránsfugas de su grupo político la mayoría exigida de presentación es la absoluta y no la reforzada, porque la misma ha sido declarada inconstitucional y dicha sentencia, que anula el artículo 197.1 a) tercer párrafo de la LOREG, ya tiene efectos jurídicos después de constituidos los ayuntamientos surgidos de las elecciones de 26 de mayo de 2019. Solo sigue operando la mayoría reforzada en el caso de mociones de censura apoyadas por concejales que hayan dejado de pertenecer al grupo político del alcalde o presidente, ya que el primer párrafo del artículo 197.1 a) de la LOREG sigue vigente.

Sobre esta sentencia del Tribunal Constitucional, Ortega Montoro (2018, p. 20) nos comenta que en una democracia de partidos, y las democracias de masas lo son, el tráfuga es visto de forma generalizada como una anomalía del sistema y debe ser obstaculizado, pero este objetivo político, cuando se traduce en medidas jurídicas de intervención, se topa con la doctrina clásica de la estrecha vinculación entre la prohibición del mandato imperativo y la condición de representante local, afirmada y mantenida por el Tribunal Constitucional.

De la Torre Martínez (2018, p. 117) nos comenta que en esta sentencia del Tribunal Constitucional de 2017 se expresa por primera vez que el cese de la relación de un concejal con su partido no tiene siempre una naturaleza fraudulenta y no responde necesariamente a una defraudación de la voluntad popular.

5. Propuestas legislativas para combatir el transfuguismo local

Después de haber hecho un amplio repaso a la historia política y jurídica del transfuguismo político en las entidades locales, procedemos ahora a exponer tres propuestas de reformas legislativas para combatir tanto al transfuguismo como a los excesos de la partitocracia, de tal modo que haya coherencia política y electoral entre el resultado en las urnas y la actuación de los cargos públicos locales durante el mandato corporativo, para que los ciudadanos puedan verse en todo momento adecuadamente representados y no defraudados por sus representantes.

5.1. La regulación y enumeración en la legislación básica de régimen local de los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos, de tal forma que sean iguales en todas las entidades locales

Los 18 años transcurridos desde la introducción en la Ley de bases del régimen local de la figura del concejal no adscrito por la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de modernización del gobierno local, y toda la litigiosidad que dicha figura ha acumulado en los tribunales, dando lugar a una cuantiosa jurisprudencia que hemos abordado con anterioridad, nos debe conducir de forma inequívoca a una regulación uniforme de la materia en la legislación básica para que todas las entidades locales tengan la misma normativa en todo el territorio nacional.

Esta es la única forma de dar seguridad jurídica al concepto, teniendo en cuenta que las diferentes legislaciones autonómicas de régimen local y los reglamentos orgánicos municipales han regulado esta figura de forma no uniforme, dando lugar a derechos políticos

y económicos diferentes en función de la comunidad autónoma donde esté ubicada cada entidad local.

Para enumerar los derechos políticos de los concejales no adscritos hay que distinguir entre los derechos que integran el núcleo esencial y básico representativo del ejercicio del cargo de concejal y los que no forman parte de ese núcleo, como nos dicen las sentencias del Tribunal Constitucional 9/2012, de 18 de enero, y 151/2017, de 21 de diciembre, y la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2020, ya que solo los derechos que integran ese núcleo básico de la función representativa deben ser objeto de protección para todos los concejales, con independencia de que estén adscritos o no adscritos al grupo político municipal de la formación política con la que concurrieron a las elecciones municipales.

A este respecto Trull Ahuir (2020, p. 95) nos dice que en la legislación actual ni la calificación jurídica del no adscrito ni su régimen jurídico ofrecen la claridad, definición y concreción exigible en un Estado de derecho, más cuando suponen una cuestión de capital trascendencia para el regular el funcionamiento de las instituciones.

Exponemos a continuación los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos que deben ser objeto de inclusión expresa y concreta en el artículo 73 de la LBRL mediante la enumeración de cada uno de ellos, para garantizar allí la seguridad jurídica del concepto y el contenido del mismo.

Derechos políticos y económicos que ostenta el concejal no adscrito:

- Participación en los plenos con voz y voto (art. 12 ROF): los reglamentos orgánicos municipales deben regular un tiempo de intervención en cada punto del orden del día para los concejales no adscritos, con menor tiempo de duración que los grupos políticos municipales. Podrán presentar mociones, enmiendas y votos particulares y podrán formular ruegos y preguntas.
- Participación con voz y voto en las comisiones informativas (art. 125 ROF): estas comisiones están integradas siempre por el alcalde, que puede delegar la presidencia en cualquier concejal, y el resto de miembros son concejales cuyo número y reparto será proporcional a la representatividad de los distintos grupos políticos.

Como nos comenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2020, al margen de que la composición de las comisiones pivote sobre la figura de los grupos políticos, la voluntad de las normas es que estén presentes todos los grupos y, por tanto, también el concejal no adscrito, al ejercerse en tales órganos funciones ligadas al mandato representativo que ostenta como concejal.

- Presentar y votar mociones de censura y votar cuestiones de confianza (arts. 197 y 197 bis LOREG).

- El ejercicio del derecho a la información (art. 14 del ROF): los concejales no adscritos tienen derecho a obtener del alcalde cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función mediante la petición de acceso a las informaciones, que se entenderá concedida en el plazo de cinco días.
- Gozar de los honores, prerrogativas y distinciones propias de su cargo (art. 6 ROF).
- Percepción de asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los que forme parte (art. 75.3 LBRL).

Derechos políticos y económicos que no ostenta el concejal no adscrito

- No ostenta los derechos políticos y económicos que les corresponden a los grupos políticos, o sea, no tiene derecho a ninguna asignación económica mensual o anual para su funcionamiento corporativo.
- No puede ser nombrado para cargos decididos de forma discrecional por el alcalde, o sea: teniente de alcalde, miembro de la junta de gobierno local, delegaciones genéricas o especiales de áreas o materias determinadas.
- No puede representar a la corporación en entidades supramunicipales o en cualesquiera otras entidades públicas o privadas donde se ejerzan funciones de representación de la corporación local correspondiente.
- No le puede ser reconocida la dedicación exclusiva ni la dedicación parcial y por tanto no percibirá retribuciones con cargo a la corporación local.
- No puede ser nombrado para cargos políticos o puestos directivos en las entidades del sector público local, tales como organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles o fundaciones públicas municipales.

La regla general de que el concejal no adscrito no pueden ostentar más derechos políticos y económicos que cuando era adscrito tiene excepciones

El artículo 73.3 de la LBRL nos establece la regla general de que los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos no podrán ser superiores a los que ostentaban cuando estaban adscritos a su grupo municipal, pero esta regla debe ser compatible con la propia LOREG.

Así, cuando el artículo 197 de la LOREG regula la moción de censura, permite en su presentación que pueda ser candidato a alcalde cualquier concejal. Supongamos que un concejal renuncia o es expulsado de su grupo o partido y se convierte en no adscrito, y

posteriormente firma una moción de censura en contra del criterio de su partido y figura como candidato a alcalde.

¿Puede la legislación básica del régimen local prohibir que ese concejal no adscrito sea candidato a alcalde en una moción de censura por el hecho de que sea no adscrito aunque sea un caso claro de transfuguismo? Entendemos que no se le puede prohibir este derecho político. Al igual que si ese concejal, en el caso de que encabezara la lista electoral, tiene derecho a ser candidato a alcalde en la sesión constitutiva en la cual se toma posesión y se elige el alcalde, y en la que todavía no se han constituido los grupos políticos, también tiene derecho a encabezar la presentación de una moción de censura siendo candidato a alcalde, ya que el derecho de todo concejal a ser alcalde pertenece al núcleo esencial y básico representativo de las funciones de concejal.

5.2. La modificación del régimen electoral de las elecciones municipales mediante la introducción del sistema de listas abiertas, de tal modo que los ciudadanos puedan elegir entre los candidatos que figuran en las diferentes listas electorales

La LOREG regula para los municipios de más de 250 habitantes un sistema electoral local de elecciones de concejales en los municipios, caracterizado por ser de listas cerradas y bloqueadas.

Son cerradas, porque el elector debe limitarse a utilizar una lista previamente configurada por el partido político correspondiente sin poder personalizar su sufragio y respetando el orden de prelación de candidatos establecido por el partido.

Son bloqueadas, porque el elector no puede tachar ningún nombre de la lista, ni sustituirlo por otro, ni tampoco añadir nombres a la lista, y por tanto debe respetar los nombres que el partido político ha incluido en la candidatura.

Por tanto, es el partido político el que confecciona la lista, y la única función del elector es elegir una papeleta entre las impuestas o abstenerse de votar, sin que tenga ninguna capacidad de decisión sobre quiénes integran las listas o en qué orden se sitúan los candidatos en las mismas.

Es muy clara la ley cuando nos menciona entre los supuestos de voto nulo en el artículo 96.2 de la LOREG el siguiente: «Los votos emitidos en papeletas en las que se hubieren modificado, añadido o tachado nombres de candidatos comprendidos en ellas o alterado su orden de colocación».

Este sistema electoral establecido desde las primeras elecciones generales en 1977 en el Congreso de los Diputados y que después se generalizó en las elecciones locales y autonómicas.

micas tenía como objetivo, en los albores de la democracia de finales de los 70 y principios de los años 80, fortalecer a los incipientes partidos políticos y procurar la gobernabilidad para evitar parlamentos fragmentados, pero ha tenido las siguientes consecuencias negativas a lo largo del tiempo, en una triple vertiente:

1. Sobre el sistema electoral

Convierte al sistema democrático local es un sistema de partidos, ya que son ellos los que deciden de forma unívoca quiénes tienen asegurado un puesto de concejal en el ayuntamiento (mediante la colocación de candidatos en los primeros puestos de la lista) y quién aspira a ser el alcalde (cabeza de la lista). Todo ello al margen del electorado y con unos métodos internos de elección donde prima la elección directa por la cúpula del partido y no a través de elecciones primarias entre los afiliados, por lo que se incumple el mandato constitucional del artículo 6 de que la estructura interna y funcionamiento de los partidos deberá ser democrática.

Como nos dice Virgala Foruria (2015, p. 227), los partidos cada vez están más alejados de la sociedad, con sus mecanismos internos de acceso no precisamente democráticos, llegando a la cúspide solo personas que han pasado toda la vida en el partido, pero sin experiencia directa de lo que ocurre fuera.

2. Sobre los electores

Los electores se ven obligados a confiar en una lista preconfigurada por el partido político correspondiente, no pudiendo expresar sus preferencias entre los candidatos que figuran en la lista y menos aún introducir nuevos candidatos ni tampoco poder marcar entre candidatos de diferentes listas electorales, y por tanto el sistema los conduce a confiar a ciegas en la lista presentada por el partido de su preferencia, aunque no puedan elegir a los candidatos de la misma.

Especialmente significativa es esta situación en el ámbito local, donde en los municipios de menos de 5.000 habitantes, que representan el 90 % de los municipios españoles, se conocen la mayoría de los vecinos y el componente personal es tan importante como la ideología política. Por tanto, menos sentido tiene que los partidos políticos ejerzan un férreo control sobre la lista cuando los vecinos estarían dispuestos a votar a candidatos de diferentes listas o a elegir dentro de la misma lista a los más capacitados para la gestión pública, al margen del orden numérico en el que el partido lo haya colocado y de la diferente ideología de los mismos.

Como nos dice Carrasco Durán (2018, p. 31), el sistema de listas bloqueadas y cerradas es contradictorio con el derecho de sufragio activo de los ciudadanos, puesto que priva a

aquellos de la facultad real de elegir a sus representantes, que en la práctica es transferido a los partidos, y se favorece la *apropiación* de las instituciones políticas por parte de los partidos políticos, que es una de las causas que ha generado el desapego de la sociedad a estos.

3. Sobre los candidatos

Este sistema electoral de partidos significa que en la mayoría de las ocasiones las listas que presentan los partidos a las elecciones municipales no están integradas por los vecinos más capaces de gestionar la cosa pública local, sino por aquellos que más méritos internos han hecho dentro del partido político. La lista la confecciona la dirección del partido, no atendiendo por regla general a los méritos y a la capacidad de la gestión del candidato, sino mediante un sistema de adhesiones donde prima más la lealtad al líder del partido que la valía del candidato. Si estuviéramos en un sistema de listas abiertas, el propio partido pondría a los mejores candidatos y no a los más leales.

Este sistema de listas abiertas impera en los municipios de menos de 250 habitantes y no sometidos al concejo abierto. Así lo dispone el artículo 184 de la LOREG, que establece que en los municipios de hasta 100 residentes se eligen 3 concejales, mientras que en los municipios de 100 hasta 250 residentes se eligen 5 concejales, pero cada partido solo puede presentar una lista en el primer caso de 2 nombres y en el segundo caso de 4 nombres, de esta forma se garantiza que habrá concejales de al menos 2 partidos distintos y que los electores pueden votar a candidatos de partidos distintos.

Si hemos dicho a lo largo de este trabajo que desde el punto de vista jurídico el concejal tiene derecho al cargo y que el acta es suya y no del partido, porque no está sujeto al mandato imperativo, si se introdujeran las listas abiertas, el acta de concejal le pertenecería no solo en términos jurídicos, sino también en términos políticos, porque el concejal estaría en el ayuntamiento no en función del orden que en la prelación de la lista lo colocó el partido, sino fruto de la elección democrática del votante, que premió con más votos, por ejemplo, al candidato número cinco de la lista en vez de al número dos.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si ese concejal durante el mandato pacta con otras fuerzas políticas, como se comprometió en la campaña electoral, y es el partido el que lo expulsa por ese pacto, ¿podemos considerarlo un tráfuga cuando debe su acta no al partido que lo relegó al puesto número cinco, sino al votante que lo premió con el número dos de la lista?, ¿quién es el tráfuga, el partido o el concejal?

A este respecto, nos dice Torres Muro (2016, p. 24) que puede darse el caso del «buen tráfuga» que traicione al partido por lealtad a su electorado, como en el supuesto en el que la cúpula del partido haya variado claramente su postura, en una materia determinada, después de las elecciones. El buen tráfuga es aquel que se aparta de la disciplina de partido para no traicionar a sus representados.

En ese sentido, Maraña Sánchez (2016, p. 4) nos dice que frente a la deslealtad política del transfuguismo, no hay más deslealtad política y condenable que la corrupción política en los propios partidos políticos y, a veces, a un concejal no le queda más remedio que abandonar el grupo o el partido para no comulgar con ruedas de molino de la corrupción en su partido y por tratar de ser coherente consigo mismo y con sus electores, y por tanto en este caso el tránsito es el partido y no el concejal.

5.3. La creación de un tribunal administrativo de garantías políticas encargado de la revisión de los procedimientos de expulsión de los afiliados de los partidos que ocupen cargos públicos

El artículo 6 de la Constitución española regula a los partidos políticos con los caracteres de instrumento fundamental de la participación política y con estructura interna y funcionamiento democráticos. El legislador reguló estas asociaciones de carácter político en la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, que ha sido derogada por la vigente Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (LOPP).

En el artículo 3 de la LOPP, según la redacción operada por la Ley Orgánica 3/2015 de 30 de marzo, regula entre el contenido mínimo de los estatutos del partido las siguientes reglas sobre el régimen disciplinario de sus afiliados: el régimen de infracciones y sanciones, los principios de procedimiento sancionador, la suspensión cautelar del afiliado en los casos en que se haya dictado auto de apertura de juicio oral por un delito relacionado con la corrupción y la expulsión del partido en los casos de condena por los delitos mencionados. Además, el artículo 8.4 dispone como derecho de los afiliados, en el apartado d), a impugnar los acuerdos de los órganos de partido que estimen contrario a la ley o los estatuto, y en el apartado e), a acudir al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado.

Por tanto, la regulación legal de los procedimientos disciplinarios de los partidos contra sus afiliados es una mera enunciación de una serie de principios generales de toda potestad sancionadora y deja la tipicidad de las infracciones y sanciones muy graves, graves y leves a la autonomía de los partidos políticos mediante su regulación en sus estatutos y reglamentos internos.

Vírgala Foruria (2015, p. 265) nos dice que sería necesario que los estatutos de los partidos políticos regularán tanto las causas de las sanciones (nadie puede ser sancionado por infracciones y sanciones que en el momento de producirse no constituyan falta o infracción en los estatutos del partido) como las consecuencias de las acciones u omisiones tipificadas. Por ello, los actos u omisiones que pueden dar lugar a sanciones deben ser claras y precisas, sin la utilización de términos que permitan la depuración ideológica del partido al margen de los procedimientos estatutarios.

Esta situación de ausencia de regulación es todavía más clara en el caso de que los afiliados sean cargos públicos, ya que no solo es que el partido les puede privar de la afiliación mediante la expulsión correspondiente, sino que también dicha expulsión civil tiene efectos internos en la vida política municipal, ya que convierte a ese concejal en no adscrito, con las limitaciones de derechos políticos y económicos que hemos visto.

En consecuencia, es necesario que haya un procedimiento legalmente establecido que sea contradictorio y objetivo y que tenga un régimen tipificado de infracciones y sanciones, ya que la práctica demuestra que los procedimientos de expulsión de los partidos son una mera apariencia de expediente, en los que la decisión de expulsión ya está tomada de antemano, y se tramita un procedimiento exprés que finaliza, en la práctica totalidad de los casos, en la expulsión del afiliado.

Hemos visto en los casos de mociones de censura firmadas por concejales contra el criterio del partido que se ha llegado a incoar y finalizar un expediente de expulsión dentro del plazo de 10 días hábiles, comprendidos entre la presentación y la votación de la censura, en el que la expulsión no es un fin en sí mismo, sino un mero medio para conseguir el fin de que los concejales expulsados se conviertan en no adscritos y no triunfe la moción de censura.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio de 2020 nos dice:

La adopción por el partido político de medidas disciplinarias contra afiliados que ostenten cargos públicos representativos por actuaciones que supongan un daño para la cohesión interna del partido no es en sí misma ilícita, siempre que afecten al sancionado en su condición de afiliado al partido y no supongan la restricción ilegítima de los derechos y facultades atribuidos al representante.

Pérez Royo (1999, p. 649) nos dice que la Constitución impone una carga a los partidos consistente en respetar en su vida interna unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos, al objeto de que pueda manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación en los órganos del Estado a los que los partidos acceden.

Por tanto, es necesario que el Estado controle al partido, precisamente porque el partido no es una mera asociación civil, sino un instrumento fundamental de participación política regulado en el título preliminar de la Constitución. Para lo cual debe existir un órgano independiente que revise en segunda instancia todas las decisiones disciplinarias adoptadas por el partido contra sus afiliados que sean cargos públicos, al objeto de garantizar que la expulsión sea justa y no vulneradora de los derechos del cargo público, así como también que la ley de partidos establezca unas infracciones muy graves, graves y leves que deban reproducir los estatutos del partido.

Este órgano independiente estará integrado por catedráticos y profesores de Derecho Constitucional y abogados especialistas en derecho político con más de 15 años de ejer-

cicio profesional, elegidos por mayoría de tres quintos del Congreso de los Diputados. Las resoluciones de este órgano independiente serán recurribles ante la jurisdicción civil, como sucede actualmente con las resoluciones de los comités nacionales o federales de garantías de los partidos.

6. Conclusiones

La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos, por lo que los representantes en las instituciones democráticas, si bien formalmente representan al pueblo, materialmente representan a los partidos, porque son estos los que han situado a los concejales en las listas cerradas y bloqueadas que preconfiguran el voto de los electores, y una vez elegidos los cargos públicos, si bien no están sujetos al mandato jurídico del partido, sí lo están al mandato político del partido, ya que, como dice Nieto (2008, p. 93), los cargos tienen que tener conciencia de que lo deben todo al partido.

Frente al contexto político descrito está el ordenamiento jurídico constitucional, que protege al cargo en el artículo 23 de la Constitución como si no existiera el partido, y por tanto dando libertad absoluta al cargo público dentro de la organización y durante el mandato de cuatro años.

Esta palmaria contradicción entre el derecho de participación política y el poder de los partidos explotó a finales de los 90 con el fenómeno del transfuguismo político, después de una serie de escandalosos casos de corrupción donde los concejales traicionaban a su partido y a los electores, provocando con su voto cambios de gobierno y recibiendo como contraprestación cargos, sueldos y demás prebendas.

Para poner remedio a este fenómeno se restringieron los derechos de los concejales tráfugas, dando lugar a la figura legal del concejal no adscrito en el año 2003, pero también con una reforma de la moción de censura en 2011, declarada inconstitucional en 2017, porque el legislador imposibilitó con una mayoría reforzada el control del gobierno municipal.

En este trabajo, después de repasar la evolución histórica y jurídica del transfuguismo, se ofrecen tres propuestas de reformas fundamentales en la legislación de régimen local:

1. Se definen de forma concreta los derechos políticos y económicos de los concejales no adscritos como elemento disuasorio para que el concejal no se convierta en tráfuga, porque sabe de antemano que su pase a no adscrito significa que sale perdiendo, porque no puede ostentar cargos retribuidos.
2. Se introducen las listas abiertas, de tal modo que sean los electores y no los partidos los que elijan a los candidatos, aumentando así las posibilidades de que

sean elegidos los más cualificados y los mejores gestores de la sociedad, disminuyendo así las probabilidades de que sean elegidos oportunistas y traidores.

3. El establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones por igual para todos los afiliados de los partidos y un tribunal que revise las expulsiones de los partidos de sus cargos, para garantizar así un estatuto de protección del cargo público frente a las expulsiones de los partidos sin justa causa.

Con estas tres medidas, destinadas a frenar tanto el transfuguismo como la partitocracia, no se podrá evitar que siga habiendo casos de transfuguismo y de abusos de poder en los partidos, pero sí que disminuyan, y se mejorará la calidad democrática de las corporaciones locales, porque los miembros de las mismas serán elegidos entre los mejores, gozarán de unas garantías políticas frente a su partido, revisables ante un tribunal independiente, y los concejales se pensarán dos veces traicionar al partido durante el mandato, porque se quedarán sin cargo y sin retribución.

En definitiva, con las medidas expuestas se trata de lograr el necesario equilibrio que exponíamos en el planteamiento entre el derecho de participación política y los partidos políticos.

Así lo dice Sosa Wagner (2016, p. 4), que ni la prohibición del mandato imperativo se puede entender de tal manera que cada diputado haga lo que quiera, ni la importancia del partido político en el actual estado democrático puede arruinar lisa y llanamente la autoridad de que goza el diputado.

Referencias bibliográficas

- Arruego Rodríguez, Gonzalo. (2015). *Anuario Aragonés del Gobierno Local*. Derecho y Ciencia Política. Universidad de Sevilla.
- Ballesteros Fernández, Ángel. (2004). Modernización del Gobierno local. Comentarios a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. *El Consultor de los Ayuntamientos*, pp. 136-138.
- Carreras Serra, Francesc de. (2004). Los partidos en nuestra democracia de partidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24(70).
- Carrasco Durán, Manuel. (2018). Las listas electorales desde una perspectiva de derecho comparado. *Revista Chilena de Derecho Constitucional*.
- Catalá i Bas, Alexandre H. (2014). Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos... *Revista Española de Derecho Constitucional*.

- Esteban, Jorge de. (1990). El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*.
- Maraña Sánchez, José Q. (2016). En clave constitucional. El concejal no adscrito como chivo expiatorio. Quincena del 15 al 29 de noviembre de 2016. Wolters Kluwer.
- Nieto, Alejandro. (2008). *El desgobierno de lo público*. Ariel.
- Ortega Montoro, Rodrigo. (2018). La moción de censura tras la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 151/2017, de 21 de diciembre. *El derecho.com*. Lefebvre.
- Pérez Royo, Javier. (1999). *Curso de Derecho Constitucional*. (6.ª ed.). Marcial Pons.
- Sánchez-Abarca Gornals, Carmen (2008). Transfuguismo. *Enciclopedia de Administración local*. La Ley. El Consultor.
- Sánchez González, Juan Francisco. (2011). El juego de la democracia. *El Consultor*, 8. (Quincena del 30 abril - 14 mayo de 2011. Tomo 1). La Ley.
- Sosa Wagner, Francisco. (2016). Disciplina de voto, mandato imperativo, partitocracia. *Hay Derecho. Expansión*.
- Tomás Mallén, Beatriz. (2002). *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Torre Martínez, Lourdes de la. (2018). De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la STC 151/2017, de 21 de diciembre). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 9.
- Torres Muro, Ignacio. (2016). El transfuguismo. Un elogio (moderado) del tránsito. *Revista de Estudios Jurídicos*, 16 (Segunda época). Universidad de Jaén.
- Trull Ahuir, José María. (2020). La controversia sobre el nombramiento de los concejales no adscritos para el desempeño de cargos de responsabilidad municipal. *El Consultor de los Ayuntamientos*.
- Vírgala Foruria, Eduardo. (2015). La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España. *Teoría y realidad constitucional* (pp. 227 y 265). UNED.

Desahucio de local; prejudicialidad civil y cláusula *rebus*. Abuso de derecho

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

Juan, parte arrendadora de tres locales de negocio, tiene en ellos como inquilina a la sociedad PPP; como consecuencia de la disminución de facturación con causa en las medidas que hubieron de tomarse por la pandemia, la arrendataria ha tenido que cerrar temporalmente dos de los locales, pues perdía dinero en ellos, y ha dejado de pagar la renta de ellos, y el tercero lo ha mantenido abierto pero está abonando la mitad de la renta, pues la disminución de facturación en este tercer local no ha sido tan acusada.

Juan, ante ello ha presentado una demanda de desahucio contra la arrendataria por falta de pago de la renta, pero tres semanas después, esta ha presentado otra demanda contra Juan, que ha sido repartida a otro juzgado distinto, para solicitar la determinación de una nueva renta en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* con causa en las pérdidas ocasionadas por la declaración del estado de alarma, en los negocios que explotaba.

Se plantea la parte arrendataria, cómo paralizar procesalmente la acción de desahucio.

Cuestiones planteadas:

- La acción de desahucio por falta de pago de la renta de local de negocio, versus acción de determinación de la renta en aplicación de la cláusula *rebus*.
- La prejudicialidad civil como instrumento procesal de suspensión de la acción de desahucio, y la adecuada corrección de las posibilidades de abuso de derecho por la arrendataria.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

El artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) permite la suspensión del curso de las actuaciones por prejudicialidad civil, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial, cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos.

En este sentido, el artículo 43 de la LEC dispone que

cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Por lo que, conforme al precepto transcrito, una cuestión será prejudicial cuando, entre dos procesos, de algún modo conexos, la resolución previa del objeto principal de un proceso pendiente es necesaria para resolver sobre el objeto litigioso del otro proceso, no siendo posible la acumulación de autos. Por lo tanto, la ley no califica la cuestión como prejudicialidad civil en cualquier caso, sino que requiere que su resolución previa sea necesaria para el segundo proceso.

Al respecto no cabe duda de que los principios jurisprudenciales consagrados en torno a la prejudicialidad civil, como apéndice o complemento de la litispendencia, son de plena aplicación a la misma en su concepción autónoma. En tal sentido la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006 (NCJ044796) y 26 de marzo de 2008) equipara la litispendencia, denominada impropia, con la prejudicialidad civil, de modo que la llamada litispendencia impropia o prejudicialidad civil se produce, como ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006, cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000, 31 de mayo, 1 de junio y 20 de diciembre de 2005), aun cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1.252 del Código Civil.

En tal sentido el Tribunal Supremo señala en sentencias de 20 de diciembre y 19 de abril de 2005 que «lo operativo es la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determinan una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vinculan el resultado del segundo al del primero».

Por consiguiente, será imprescindible la concurrencia de los siguientes requisitos para que juegue la necesidad de la previa resolución del proceso pendiente, sin que baste el hecho de que entre ambos exista una cierta conexión, objetiva o subjetiva:

- 1.º Que exista un proceso pendiente distinto a aquel en el que se suscita la prejudicialidad civil del otro.
- 2.º Que las decisiones a adoptar en dicho proceso pendiente vinculen y determinen las que a su vez hayan de tomarse en el otro (interdependencia en su resolución), de modo que un proceso se encuentre en relación de medio a fin respecto del otro, y
- 3.º Que exista una identidad o coincidencia sustancial entre los objetos procesales respectivos de modo que un proceso interfiera o prejuzgue al otro, con riesgo de dividir la continencia de la causa y de pronunciarse sentencias contradictorias.

Por lo que, para que opere la litispendencia impropia o prejudicialidad civil es necesario que exista un proceso pendiente, y que la resolución que pueda recaer en dicho proceso sea preclusiva respecto del otro, pues como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2002 «siempre que la acción que se ejercite en el juicio preexistente constituya la base necesaria para la reclamación en el segundo como cuestión prejudicial». El Tribunal Supremo ha apreciado la prejudicialidad civil cuando el otro pleito interfiere o prejuzga el segundo pleito, de modo que exista «una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió o se va a resolver y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos».

En definitiva, concurre esta prejudicialidad cuando lo resuelto en la sentencia del otro proceso es preclusivo respecto al presente, de modo que la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 628/2010 de 13 octubre [NCJ053877]) ha venido a perfilar la distinción entre litispendencia y prejudicialidad civil, que hoy reconoce el artículo 43 de la LEC, subrayando que lo operativo es la sujeción que, por razones de lógica y conexión legal, determinan una prejudicialidad entre el objeto de un litigio y otro, de tal alcance que vinculan el resultado del segundo al primero (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2005 y 20 de diciembre de 2005). Se trata de la llamada «litispendencia impropia» o «prejudicialidad civil», que se produce, como ha dicho la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2006, cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro.

En nuestro caso, resulta claramente de lo actuado que concurren los requisitos del artículo 43 de la LEC, para la suspensión del curso de las actuaciones de desahucio por prejudicialidad civil, por cuanto el objeto de los autos de juicio verbal de desahucio y reclamación de rentas de un juzgado se refiere al pretendido incumplimiento por la demandada arrendataria del pago de las rentas devengadas a partir de una determinada mensualidad, en virtud de los contratos de arrendamiento concertados entre las partes litigantes en ambos pleitos, siendo necesario haber quedado resuelta previamente la cuestión de la determinación

de la renta, en aplicación, en su caso, de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, por la suspensión de la actividad, o la brusca caída de la facturación de la actividad desarrollada en los locales arrendados, destinados a alojamiento turístico, lo cual constituye el objeto de los autos de juicio ordinario del otro juzgado de primera instancia de la misma localidad.

En cuanto a la circunstancia de que los autos de juicio verbal de desahucio y reclamación de rentas sean anteriores en el tiempo a los autos de juicio ordinario, no constituye obstáculo para que deba apreciarse la prejudicialidad civil, por cuanto al amparo de lo previsto en los artículos 264 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 57.1 c) del Reglamento 1/2000, de los órganos de gobierno de tribunales, debe admitirse que la comparación entre los procesos no se debe hacer en atención al tiempo en que se iniciaron, sino en atención a su objeto, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico del otro, por lo que, en la prejudicialidad civil prevista en el artículo 43 de la LEC no resulta necesario que haya una relación de prioridad temporal entre los dos procesos en que se plantea, por cuanto la comparación no se hace en atención al tiempo en que se iniciaron, sino a las acciones ejercitadas en los mismos.

La justificación de la prejudicialidad civil se encuentra en los efectos de la cosa juzgada en los procesos, como el presente, en los que se ejercita acumuladamente la acción de desahucio, y la de reclamación de rentas, habiéndose pronunciado reiteradamente, en el sentido de que la acumulación no desnaturaliza las acciones, que mantienen sus singularidades, por lo que la acción de reclamación de rentas mantiene su naturaleza declarativa plenaria, y en consecuencia la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que recaiga, por lo que se considera que tampoco es aplicable en tal caso la doctrina de la cuestión compleja a la acción acumulada de reclamación de rentas, en la medida en que, con relación a dicha pretensión, el proceso constituye un juicio declarativo plenario, sin restricciones cognitivas ni probatorias.

Además, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000, 25 de abril y 30 de mayo de 2005) que el efecto positivo, vinculante, o prejudicial, de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso, de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en pleito contradictorio precedente, de modo que, para que se produzca esa vinculación ni siquiera es preciso que concurren todos los requisitos exigidos para que opere el efecto negativo o preclusivo de la *res iudicata*. Antes bien, basta con la identidad de personas, cualesquiera que sean las posiciones que ocupen en cada uno de los procesos, y con que lo que se haya decidido en el anterior constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior.

El juez puede valorar la suspensión del juicio de desahucio, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, en especial si se ha acumulado a la acción de desahucio la de reclamación de rentas, por cuanto la suspensión del juicio de desahucio puede ser, en ocasiones, la única medida posible para evitar el grave perjuicio que se podría producir, caso de continuar con el procedimiento, para el inquilino que ha mantenido una postura di-

ligente y favorecedora del cumplimiento del contrato, y que ha podido verse afectado por situaciones sobrevenidas y ajenas a su voluntad, de modo que el juzgador ha de tener la posibilidad de analizar cada caso, y dar la adecuada respuesta en función de las circunstancias que concurran; y que, en un procedimiento de desahucio por falta de pago, no procede extender el objeto del proceso a la invocación por la parte demandada de la cláusula *rebus sic stantibus* y la consiguiente pretensión de fijación de una nueva renta contractual, ya que, en todo caso, ello solo puede ser analizado mediante el ejercicio por el arrendatario de la correspondiente acción, a ventilar en el ámbito de un juicio ordinario.

Ahora bien, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone que «en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe», añadiendo el apartado 2 que «los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

En este sentido, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001) que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto artículo 7.1 del Código Civil, constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico, que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo.

El artículo 7 del Código Civil, tras establecer, en su apartado 1, que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe», dispone, en su apartado 2, que «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

En relación con el abuso de derecho, es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000, 12 de julio de 2001, 2 de julio de 2002, 13 de junio de 2003, 28 de enero de 2005 y 25 de enero de 2006) que, para su apreciación, se exige, como elementos esenciales:

- a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal;
- b) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y
- c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo, «ausencia de interés legítimo»), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo), por lo que no resulta imprescindible el elemento subjetivo –intención de dañar– para que un derecho pueda entenderse ejercido en forma abusiva, pues basta para

ello que las circunstancias en que se pretenda su realización resulten objetivamente injustificadas.

En concreto, en relación con el abuso de derecho en el ejercicio de las acciones legales, es doctrina comúnmente admitida, la que incluso admite la posibilidad jurídica de un proceso tendente a obtener la reparación de los daños causados por otro proceso, por estar admitida en el artículo 11 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y en el artículo 7.1 y 2 del Código Civil, cuando exigen respetar en los procesos la buena fe y proscriben las actuaciones procesales constitutivas de abuso de derecho o fraude procesal, si bien la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado y riguroso análisis de la conducta procesal supuestamente abusiva, para no coartar el ejercicio de las acciones legales.

La responsabilidad de quien daña a otro al instar un proceso judicial o alguna actuación procesal concreta ha sido objeto de numerosas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo (así, en supuestos de declaración de quiebra necesaria: Sentencia de 27 de junio de 1962; de práctica de embargos: sentencias de 23 de abril de 1960, 24 de mayo de 1977 y 5 de noviembre de 1982; de interposición de una demanda de juicio ejecutivo por impago de letras de cambio: Sentencia de 2 de junio de 1981; de interposición de querellas: Sentencia de 31 de enero de 1992; de práctica de anotación preventiva de demanda: Sentencia de 4 de julio de 1972; de denuncia penal y subsiguiente prisión: Sentencia de 10 de octubre de 1972.). En particular, son múltiples las sentencias relativas a la responsabilidad por daños causados por la paralización de obras, a consecuencia del ejercicio de la acción de interdicto de obra nueva.

En cualquier caso, lo que importa es determinar si el daño está o no justificado, y ello depende de que haya habido o no extralimitación en el ejercicio del derecho, el cual no es otro que el que todo ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española). Ese derecho, que incluye, además de la facultad de acceder a los tribunales, la de escoger la vía judicial más conveniente (Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991, de 18 de julio [NCJ064496]), por más que fundamental, no es absoluto (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1986, de 21 de febrero), de modo que la regla *qui iure suo utitur neminem laedit* no significa que no esté sometido a límites intrínsecos ni, por ello, que esté amparado su ejercicio abusivo.

Por el contrario, cuando por la intención del titular (*neque malitiis indulgendum est*: Digesto 6.1.39) o por el objeto de la acción u omisión o por las circunstancias en que se realice, el ejercicio del derecho sobrepase de un modo manifiesto los límites normales del mismo, el daño que se cause a otra persona dará lugar a la correspondiente indemnización, aunque, en diversas oportunidades, ha llamado la atención sobre lo delicado de la operación de identificar, en cada caso, los límites del derecho a acceder a los tribunales.

Es por todo ello que deben adoptarse para estos casos medidas evitadoras del abuso de derecho ya explicado, y en tal sentido es exigible a la parte arrendataria el pago o con-

signación de rentas, durante la suspensión de la acción de desahucio. ¿Qué renta es esta que debe ser ingresada?

En cuanto al importe de la mensualidades de renta devengadas que deben ser pagadas o consignadas por la arrendataria en tanto no se produzca la terminación del proceso ordinario cuyo objeto constituye la cuestión prejudicial, debe tenerse en cuenta que se decretan por la autoridad competente medidas de suspensión del desarrollo de la actividad o de restricción del aprovechamiento material de bienes inmuebles arrendados para la realización de actividades industriales y comerciales; en los contratos suscritos a partir del 1 de enero de 1995 la parte arrendataria podrá requerir de la parte arrendadora, por burofax o de otra forma fehaciente, una modificación razonable y equitativa de las condiciones del contrato, con la finalidad de restablecer el equilibrio de las prestaciones y de acuerdo con las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos; y que, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo por medio de negociación o mediación en el plazo de un mes a contar desde el requerimiento previsto en el artículo 1, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) En caso de suspensión del desarrollo de la actividad, la renta y otras cantidades debidas por la parte arrendataria deberán reducirse en un 50 % respecto de las vigentes mientras dure la medida de suspensión.
- b) En caso de restricción parcial del aprovechamiento material del inmueble, la renta y otras cantidades debidas por la parte arrendataria deberán reducirse, mientras duren las medidas de restricción, en una proporción igual a la mitad de la pérdida de aprovechamiento del inmueble, medida objetivamente por la reducción de aforo o de horarios o por otras limitaciones impuestas por la norma.

En el mismo sentido, el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, dispuso, en su artículo 1, que en ausencia de un acuerdo entre las partes para la reducción temporal de la renta o una moratoria en el pago de la misma, la persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, o de industria, que cumpla los requisitos previstos en el artículo 3 de este real decreto-ley, podrá antes del 31 de enero de 2021 solicitar de la persona arrendadora, cuando esta sea una empresa o entidad pública, o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m², una de entre varias alternativas.

Por lo que, adoptando con criterio orientativo las disposiciones legales en materia de reducción de rentas, acordadas con carácter excepcional con motivo del estado de alarma, procede fijar el importe de las mensualidades de renta que deben ser pagadas o consignadas por la arrendataria en la cantidad de, al menos, un 50 % de la renta contractual pactada, de modo que, de dejar de pagar esta mitad de la renta por parte de la arrendataria, quedaría sin efecto la suspensión de los autos de desahucio.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24.
- Código Civil, arts. 7 y 1.252.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11 y 264.
- Ley 29/1994 (LAU), art. 3.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 43.
- SSTS de 19 de abril de 2005 (NCJ045509), 30 de mayo de 2005, 22 de marzo de 2006 (NCJ044796), 26 de marzo de 2008 y 25 de enero de 2016.

Derecho al honor en el ejercicio de la profesión de abogado

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Un abogado, que tras un procedimiento de violencia de género interpuesto por su pareja fue condenado tanto en primera como en segunda instancia, remitió al órgano competente, el Tribunal Superior de Justicia, una querrela en la que exponía que tanto los jueces que decidieron el procedimiento en el que resultó condenado, como el representante del ministerio fiscal, el abogado que defendió los intereses de su pareja, se habían confabulado para que fuera condenado, manifestando que habían incurrido en diferentes delitos, tales como prevaricación, obstrucción a la justicia y asociación ilícita para cometer delitos, y que dio lugar a una querrela del fiscal por calumnias por las imputaciones a los jueces y el fiscal. La querrela del letrado fue inadmitida, por considerar que no se infiere ningún dato ni elemento constitutivo de las acusaciones que se recogen en su escrito. También dirigió quejas al Consejo General del Poder Judicial, donde se recogían los hechos mencionados referidos a jueces y fiscal.

Uno de los afectados interpuso una demanda por vulneración del derecho al honor, un procedimiento de vulneración al derecho al honor por entender muy graves las acusaciones, que afectaban al demandante en su dignidad.

El demandado manifiesta que su actuación como letrado ampara las manifestaciones expuestas y que el hecho de que los procesos penales acabaran con la absolución suponría que se ha infringido el principio de *non bis in idem*, porque los hechos objeto de este proceso civil son los mismos que fueron objeto de sendos procesos penales.

Cuestiones planteadas:

1. El derecho al honor y su aplicación al abogado.
2. Actuación letrada y la vulneración del derecho al honor.
3. *Nos bis in idem*: procesos penales y proceso civil.
4. Solución.

Solución

1. El conflicto entre libertad de expresión y el derecho al honor tiene un ámbito de actuación claro en los supuestos en que en el ejercicio de la actividad profesional de abogado y en defensa de los intereses que representa pueden realizarse manifestaciones que podrían ser consideradas como vulneradoras del derecho al honor, de los que intervienen en los procedimientos concretos, sean jueces, fiscales, abogados o parte del mismo.

En la práctica no es inhabitual que se puedan presentar estos casos, y que seguidamente se interponga una acción en defensa del honor de la persona que considera que ha sido ofendida por las expresiones que se dicen en los procedimientos, sean en las demandas o en cualquier escrito, en las querellas, en las declaraciones, en las manifestaciones o alegaciones que se realicen. En muchos casos pueden ser consideradas como parte del ejercicio de la función del abogado, pero en otros supuestos pueden dar lugar a vulneraciones efectivas y que finalmente produzcan una condena por vulneración del derecho al honor. Entre otras razones el demandado alega su intervención como letrado que ampara toda su actuación.

El caso que se propone se trata de la presentación de un escrito dirigido a un tribunal en el que se realizan comentarios dirigidos al juez y al fiscal, así como a otro abogado, así como a la otra parte, en el que se les atribuía la comisión de diferentes delitos concretos, tales como prevaricación, asociación criminal con la idea de perjudicarlo, imputando ilícitos penales y actuaciones totalmente parciales, maliciosas y malintencionadas en un procedimiento de violencia de género, en el que finalmente fue condenado y por tanto no estuvo de acuerdo con una serie de actuaciones que los querellados hicieron en el ejercicio de sus funciones. También quedó insatisfecho con las resoluciones dictadas por los superiores jerárquicos en virtud de la presentación de los recursos oportunos. Esta querrella fue archivada y derivó en una demanda por vulneración del derecho al honor del letrado, también gravemente imputado.

En este sentido debe distinguirse entre la actuación procesal de un letrado, que en el ejercicio de sus funciones de defensa de la parte respecto de la que tiene su dirección técnica realiza manifestaciones más o menos desafortunadas, sobre la conducta intencional y sin base ni prueba alguna de aquella actuación, presentando un escrito con graves imputaciones, de aquella actuación procesal en la que en el ejercicio de su función letrada

realiza determinadas afirmaciones, pero despojadas de la gravedad que tiene las mencionadas anteriormente.

El derecho a la libertad de expresión que recoge el artículo 20 de la Constitución se extiende a la actividad profesional del letrado como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo dicha protección no puede amparar cualquier manifestación que se realice en el ejercicio de su profesión, y en esos casos podría suponer una vulneración del derecho al honor.

Una cosa es que la denuncia o querrela no implique por sí misma un ataque al honor al servir, tan solo, como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional penal la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva de quien se siente perjudicado en sus intereses, y otra distinta que la libertad de expresión no se ejerza como manifestación de este derecho, sino como instrumento para procurar el descrédito de una persona a la que se imputan unos hechos inexistentes, formulándose contra el actor una imputación delictiva especialmente grave, que le hace desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, tanto personal como profesional, y que tiene unas consecuencias indudablemente graves en el ámbito de la Administración para la que trabaja. Debe considerarse que en el supuesto del caso es el propio querellante el que presenta la querrela como letrado de sí mismo, y no en defensa de un tercero, y que fue inadmitida por el Tribunal Superior de Justicia.

Por otro lado, el demandado alega la vulneración del principio *non bis in idem*, por entender que dado que los hechos que se juzgaron en los procesos penales, y de los que fue absuelto, son los mismos que en el proceso civil, la estimación en su caso de la demanda supondría una vulneración de ese principio.

2. En el supuesto del caso, el demandado actúa en el ejercicio del derecho de defensa por un abogado. Ciertamente, por lo que se desprende de los hechos, el demandado no actuó en defensa de los intereses de un tercero, un cliente, sino en su propia defensa, puesto que él era el afectado por las actuaciones judiciales que motivaron la interposición de su querrela, en la que atribuyó a los querrelados, entre los que se encontraba el demandante, una actuación gravemente inmoral y reprobable y la comisión de varios delitos. Pero ello no obsta a que su actuación fuera la de un profesional de la abogacía en el ejercicio. El ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, o por las propias partes intervinientes.

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 102/2001, de 23 de abril (NCJ051586), y 187/2015, de 21 de septiembre (NCJ060429), consideró aplicable su doctrina sobre la libertad de expresión vinculada con el ejercicio del derecho de defensa en casos en que el interesado se defendía a sí mismo. Por tal razón, el hecho de que la actuación profesional del abogado demandado se realizara en defensa de sus propios intereses no supone que no sean aplicables los criterios de resolución del conflicto entre el derecho al honor del juez y la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de su profesión.

La STC 142/2020, de 19 de octubre (NCJ065136), expone en este sentido que

la libertad de expresión e información del abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20 CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE).

En su actuación ante los jueces y tribunales «los abogados son "libres e independientes", gozando de los derechos inherentes a la dignidad de su función», por lo que deberán ser «amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa», sin la cual este último derecho fundamental resultaría ilusorio. En la libertad de expresión y comunicación, como forma genérica, exteriorizada, de una previa libertad de opinión o de creencia, se dan supuestos de ejercicio de tal libertad en los que están implicados otros bienes constitucionales, o incluso otros derechos fundamentales que adquieren así contenido autónomo en la norma fundamental. Tal es el caso de las libertades de expresión e información conectadas a los procesos de formación y de exteriorización de un poder político democrático (art. 23 CE), el de la libertad de cátedra (art. 20.1.c CE), o el que ahora nos ocupa de la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la asistencia letrada (art. 24 CE), y [...] cuando la ejercen los abogados se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones, que es claro que en otro contexto habrían de operar, dado su valor instrumental al ejercicio de otros derechos fundamentales, lo que justifica el empleo de una mayor beligerancia en los argumentos que ante los tribunales de justicia se expongan, y [...] atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que carezca de límites ni ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la «autoridad e imparcialidad del Poder Judicial», que el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) erige en límite explícito a la libertad de expresión (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de febrero de 1989, asunto Barfod) en el insulto y la descalificación.

La libre expresión de un abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria, a los fines de impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (STC 157/1996, de 15 de octubre).

La Sentencia de Tribunal Supremo, Sala Civil 681/2020, de 15 diciembre (NCJ065233), también la consideramos relevante para decidir si ha existido o no una intromisión ilegítima en el derecho al honor del juez, que el abogado que formula la acusación contra el juez haya hecho o no un uso desproporcionado de expresiones objetivamente ofensivas.

Por otro lado, la Sala Civil del Tribunal Supremo, en la Sentencia 340/2020, de 23 de junio, recoge que

a las dos razones anteriores se une, como específica del presente caso, la condición del demandado de lego en derecho que ejercía su propia defensa, lo que rebaja la intensidad ofensiva de sus expresiones en comparación con la que habrían tenido esas mismas expresiones en palabras o mediante escrito de un profesional del derecho, necesariamente conocedor del alcance y significado técnico-jurídicos de tales expresiones.

En el presente caso quien profirió esas expresiones no fue una persona lego en derecho, que pudiera desconocer el alcance de algunas de sus afirmaciones, sino que las realizó un licenciado en Derecho y abogado en ejercicio y, por tanto, plenamente consciente de la gravedad de las acusaciones que formulaba, sin tener una mínima base fáctica en que apoyarlas.

La legitimidad que otorga el ejercicio del derecho de defensa a la conducta del abogado que realiza graves acusaciones contra un juez queda desvirtuada cuando, como en este caso, el abogado sustituye la utilización de las vías de impugnación de las resoluciones de los jueces que le son desfavorables previstas en la legislación procesal (fundamentalmente, los recursos) por una estrategia de denuncia sistemática, en vía disciplinaria y penal, de cuantos jueces y fiscales realizan, en el ejercicio de sus funciones, actuaciones que le afectan desfavorablemente, formulando contra ellos graves acusaciones carentes de un mínimo fundamento.

Es lo que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2015, caso Bono contra Francia, al referirse a los límites a la libertad de expresión de los abogados necesarios para proteger el poder judicial, calificó como ataques gratuitos e infundados que responden a una estrategia destinada a luchar contra los magistrados a cargo del asunto. Porque, en tal caso, el matiz intimidatorio y coactivo de una actuación de esta naturaleza hace que entre en juego el límite de la libertad de expresión, previsto en el artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la garantía de la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, necesaria en una sociedad democrática.

Todas estas circunstancias llevan a considerar que, pese al carácter reforzado de la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio del derecho de defensa, en este caso, la gravedad de las conductas que el demandado imputó al demandante, la desproporción de las expresiones utilizadas, la carencia de una mínima base razonable en sus acusaciones, siquiera fuera indiciaria, y su encuadramiento en una estrategia de denuncia sistemática, en vía penal y disciplinaria, de los jueces y fiscales que actuaban en el ejercicio de sus funciones, que el recurrente consideraba desfavorables para sus intereses, son elementos que, valorados conjuntamente, determinan que la intromisión en el honor del demandante que ha realizado el demandado no esté legitimada por el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de defensa.

3. El hecho de que existen procesos penales que finalizan con sentencia absolutoria no producen efecto en los procesos civiles, salvo que declaren la inexistencia del hecho, por lo que el principio *non bis in idem* no tendría aplicación.

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha declarado la compatibilidad entre una sanción disciplinaria colegial y una indemnización civil por intromisión ilegítima en el honor (STS 447/2015, de 3 de septiembre [NCJ060306], y 381/2020, de 30 de junio). Ni la sanción disciplinaria supone un resarcimiento para quien ha visto vulnerado su derecho al honor y ha sufrido el daño moral asociado a tal vulneración, ni la condena en un proceso civil de protección de los derechos fundamentales supone propiamente una sanción que, al coexistir con una sanción penal o disciplinaria, determine la infracción del principio *non bis in idem*.

Es reiterada la jurisprudencia que afirma que las sentencias penales absolutorias, salvo que declaren la inexistencia del hecho, no producen efecto de cosa juzgada respecto de ulteriores procesos civiles. En este sentido, la Sentencia 84/2020, de 6 de febrero (NCJ064799), declara que

es perfectamente factible que un hecho no constitutivo de un ilícito penal, sí conforme uno de naturaleza civil del que nazca el derecho al resarcimiento del daño sufrido. Dicho de otra forma, una conducta, que no es sancionable de acuerdo con la ley penal, no implica que la misma no pueda ser estimada como fuente de responsabilidad por la ley civil (STS 31 enero 2000).

4. En aplicación de la doctrina expuesta tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, Sala Civil, así como de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, parece claro que la actuación del letrado que presentó la querrela que origina la demanda de vulneración del derecho al honor, realiza una actuación como letrado que va más allá de lo que permite su actuación en defensa de los intereses del cliente, que realiza graves imputaciones, que por un lado dieron lugar a procesos penales, de los que resultó absuelto, así como una demanda por vulneración del derecho al honor de uno de los afectados, que excedió de los límites fijados por la jurisprudencia, y que determinarían su condena en un proceso civil con la indemnización correspondiente, respecto de la que no tendrían efecto alguno las sentencias penales absolutorias, por no vulnerar el *non bis in idem*.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 20 a) y d), 24.1, 25.1.
- SSTC 102/2001, de 23 de abril; 187/2015, de 21 de septiembre, y 142/2020, de 19 de octubre.
- SSTS 447/2015, de 3 de septiembre; de 23 de marzo de 2018; de 25 de abril de 2019; 340/2020, de 23 junio; 381/2020, de 30 de junio; 681/2020, de 15 de diciembre, y 84/2020, de 6 de febrero.
- STEDH de 15 de diciembre de 2015.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), art. 10.

Actividad procesal por edictos, intervención procesal del Ministerio Fiscal y grabación de sesiones judiciales

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Se interpone demanda de reclamación por el procedimiento ordinario para conseguir del deudor las cantidades impagadas por el transporte de mercancías concertado. El actor proporciona un domicilio ineficaz al reconocerse que ha sido abandonado y resultar que las diferentes notificaciones del juzgado no pudieron practicarse. La única diligencia de comprobación fue oficiar al punto neutro, a fin de conseguir una dirección actualizada del deudor. El juzgado, sin embargo, dio por buena la notificación edictal solicitada por el actor ante la ausencia de otros datos de identificación del domicilio del demandado y siguió adelante con el procedimiento hasta dictarse la sentencia, que estimó la reclamación y condenó al deudor al pago de las cantidades.

En un juicio posterior, el ejecutado demanda en defensa de su honor al actor del anterior, tramitándose el juicio por el procedimiento ordinario. No se da traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y se dicta sentencia. Recurrida en apelación se alega la incomparecencia del fiscal. La audiencia, al comprobar que efectivamente el fiscal no ha intervenido en la instancia, le da traslado para que conteste a la apelación, bien impugnando, bien oponiéndose al recurso.

Se da, asimismo, la circunstancia de que el acto de la vista del juicio en el juzgado de 1.^a instancia no fue grabado, constando tan solo un acta sucinta firmada por el letrado de la Administración de Justicia. El apelante alega que carece, por tanto, de los argumentos de la contraparte esgrimidos en la vista, así como de las testificales y otras pruebas. Elementos que, todos en su conjunto, le permitirían deducir su estrategia procesal en la segunda instancia.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es nula la actividad procesal por edictos desplegada en el juzgado de 1.^a instancia desde el decreto de admisión de la demanda hasta la sentencia por defectos de notificación?

2. ¿La no intervención del Ministerio Fiscal conlleva nulidad absoluta del segundo juicio?
3. ¿Produce indefensión, y por tanto da lugar también a nulidad, la ausencia de grabación de la vista, sin más soporte que el acta sucinta?

Solución

1. ¿Es nula la actividad procesal desplegada en el juzgado de 1.ª instancia desde el decreto de admisión de la demanda hasta la sentencia por defectos de notificación?

El objeto del pleito es la reclamación de cantidades impagadas por el transporte de mercancías, y el actor –demandado– ha hecho constar un domicilio para que sea emplazado el demandado y pueda contestar a la demanda, para que pueda, en definitiva, personarse. Al no comparecer, el juzgado como diligencia complementaria, procede oficiar el punto neutro judicial. Al final, utiliza la fórmula edictal sugerida por el actor.

Pues bien, hemos de decir, para comenzar el comentario de esta pregunta, que en la tramitación de este tipo de procedimientos, el artículo 399 de la LEC nos dice:

El juicio principiará por demanda, en la que se consignará de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados.

Si acudimos al artículo 155 del mismo texto legal, vemos que reincide –dentro de los actos de comunicación– en la necesidad de que el demandante proporcione los datos del demandado para poder localizarlo:

números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares, que se utilizarán con sujeción a lo dispuesto en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Luego, el artículo 156 indica al tribunal lo que tiene que hacer para averiguar el domicilio del demandado, cuando el actor no pueda o no sepa cuál es:

se utilizarán por el Letrado de la Administración de Justicia los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155.

Servirán también, a estos efectos, el domicilio que aparezca en el padrón municipal, en el registro oficial o en publicaciones de colegios profesionales, o el lugar donde se desarrolle una

actividad profesional, etc. Lo que se deduce de la normativa expuesta es la amplia variedad de posibilidades que se ofrecen para la notificación al demandado. Al final, y solo al final, se acudiría a los edictos. Esto será la última razón de ser. Por consiguiente, parece claro que la ley es excluyente o no preferente en cuanto a la notificación edictal. Lo cual no significa que, en algunos casos justificados, no pueda recurrirse a esta fórmula excepcional de notificación.

Veamos entonces si en el caso la fórmula edictal está justificada, ilustrando con algo de jurisprudencia que, como parece evidente, es la que debe aclararnos la legalidad o no y, por tanto, concluyamos si hay o no nulidad de actuaciones.

Partiendo, por ejemplo de la STC 122/2013, de 18 de junio (NCJ059992), «la falta o deficiente realización del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el proceso, coloca al interesado en una situación de indefensión, lo que vulnera el referido derecho fundamental». Es decir, que acudir al punto neutro judicial como única opción, dadas otras muchas posibilidades en los preceptos citados, no parece ser una práctica diligente por restrictiva. Habría así una indefensión, que debe ser interpretada de manera diferente si el demandado se hubiere colocado en esa situación voluntariamente, sabiendo del pleito, de la deuda, incluso de la intención del acreedor y poniéndose en situación de ausencia para luego alegar indefensión. No es infrecuente encontrar después jurisprudencia que niega la nulidad por indefensión, o por haberse prescindido de los trámites procesales esenciales, cuando quien alega esos defectos es el que lo causa con su pasividad u ocultación voluntarias.

Pero es evidente que el órgano judicial tiene el deber de «velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal», así como también que ese mismo órgano judicial de asegurar que con la solo diligencia de punto neutro judicial se responde a la exigencias de comunicación, sin que, por escasas, dejen de servir al propósito principal de garantizar la intervención de la contraparte-demandada en el proceso para que sea oída. Y la manera de poder garantizar el emplazamiento personal del demandado conlleva reconocer la limitación de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que, como ocurre aquí, no costa el domicilio, está ausente de él o se ignore su paradero. Al recurrirse exclusivamente a la información del punto neutro judicial y detectarse que también ha sido insuficiente, casi de manera compulsiva se ha recurrido al edicto con la automatización del artículo 167 (que reenvía al 164), porque se descartan las posibilidades comunicativas del artículo 156, un artículo que si se repasa permite deducir una amplia gama –no agotada por el juzgado– de métodos o medios de comunicación.

La STC núm. 125/2020, de 21 de septiembre de 2020 (recurso de amparo 2447/2019 [NCJ065083]), incide en lo mismo y menciona la doctrina sobre este tipo de asuntos. Los actos de comunicación dan entrada al justiciable, por primera vez, en el proceso, y es el paso previo «a otros derechos constitucionales, como el de asegurar la contradicción, la igualdad de armas, etc.».

Por otro lado, la mejor manera de garantizar sus derechos es que conozca personalmente lo que hay en su contra, y es evidente que la notificación personal es lo más adecuado

a estos efectos. En el caso decimos que no pudo notificársele la demanda, que tan solo se practicó la gestión de consultar al punto neutro judicial –práctica que viene siendo habitual–. Al final, los edictos son lo menos personal y aquello que ha permitido proseguir el proceso hasta la sentencia. Parece evidente –siguiendo con el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo– que el juzgado no extremó la diligencia adecuada, pues no utilizó «los medios de averiguación razonables a su alcance». La precipitación de la actuación procesal, consistente en recabar informe al punto neutro judicial, no supuso un agotamiento mínimo de los otros medios de comprobación que hubieran permitido al demandado conocer por notificación, lo cual habría sido lo correcto. Pero no se parte del principio de exclusión sistemática de la comunicación edictal –esto debe quedar claro–; a ella se acudirá tras la correcta interpretación del artículo 156: «Si estas averiguaciones resultaren infructuosas, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará que la comunicación se lleve a cabo mediante edictos.»

Trasladando entonces toda la doctrina anterior, podemos decir que en el caso no hubo diligencia, no se agotaron otras fórmulas de localización del demandado o de otro domicilio y el recurso fácil y automático del punto neutro judicial, aisladamente considerado, es o fue insuficiente, mermando las garantías del derecho del demandado a conocer la demanda y a que no sufra de indefensión.

2. ¿La no intervención del ministerio fiscal conlleva nulidad absoluta del segundo juicio?

Es evidente que en los procedimientos de derechos fundamentales, el fiscal es siempre parte. El artículo 249.1.2.º de la LEC dice así:

Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

Visto así no hay duda, si el actor interpuso demanda de juicio ordinario para defender su honor profesional, por ejemplo, el juzgado debió dar traslado al fiscal para que interviniera con la contestación a la demanda. Esta exigencia es de orden público ineludible, a lo que se añade el carácter preferente previsto para este tipo de juicios. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se pronuncia de la misma manera en su artículo 3: «Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa».

Si bien lo anterior es incuestionable, también es al fiscal a quien le corresponde alegar si su ausencia le ha producido indefensión. Cuando la audiencia le da traslado para contestar al recurso de apelación y cuando el particular al recurrir invoca la nulidad por la no intervención del

ministerio público, la nulidad parece «cantada» (permítaseme la expresión), pero, como se ha insinuado, es al fiscal, tras conocer su omisión, a quien le corresponde contestar aludiendo a la nulidad o no, y, en este último caso, respondiendo al recurso, puede subsanar el defecto procesal.

Vemos, por tanto, a la luz de la casuística de la jurisprudencia, cómo podemos razonar para soslayar una nulidad de libro, con el fin de conservar los actos procesales. La no intervención del Ministerio Fiscal será causa bastante para decretar la nulidad de actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.3.º de la LOPJ, pues se ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley, produciendo efectiva indefensión. Pero como dijimos, es al Ministerio Fiscal a quien corresponde solicitar la nulidad de aquellas actuaciones que le hayan producido indefensión, o bien instar que se tenga por subsanando el defecto procesal derivado de no haber sido traído al proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 240.2 de la LOPJ.

En el presente supuesto, y en aras de evitar demoras y dilaciones en el procedimiento, el Ministerio Fiscal puede interesar que se tengan por subsanados todos los defectos procesales derivados de su no intervención, se le tenga por parte en el proceso; presentando, en el momento procesal de contestar al recurso, el escrito resumen y valoración de lo actuado. La solución propuesta es la adoptada en supuestos similares en que el Ministerio Fiscal no tuvo intervención en la primera instancia, siendo parte por primera vez en el recurso de apelación. La Sentencia de 2 de octubre de 2001 dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en este mismo sentido ha señalado:

Dicho lo anterior, centrándonos en el defecto procesal apuntado, sin lugar a dudas relevante, el debate ha de centrarse en la posibilidad de su subsanación, salida con la que se muestra favorable tanto el Ministerio Público como la única parte litigante que ha formulado alegaciones, y que ha de ser acogida por este Tribunal, una vez que se ha dado entrada al Ministerio Fiscal en el procedimiento, y el mismo, pese a su tardía incorporación a la causa, no interesa la nulidad de actuaciones ni invoca la producción de indefensión como consecuencia del indicado desajuste procesal.

Abona esta postura la STS de 15 de diciembre de 1999 (NCJ049111), al decir que

teniendo en cuenta que el Ministerio Público intervino en el trámite de apelación y en este recurso, aunque se produzca con retraso, conforme declara la sentencia de 9 de julio de 1992 en relación con la de 21 de mayo de 1988 y 6 de febrero de 1991, convalida las actuaciones anteriores, al no integrar causa de nulidad de las mismas, ya que quedó subsanado el defecto de conformidad a los arts. 238.3.º Y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de simple irregularidad procesal.

En el mismo sentido la STS de 27 de junio de 2000 (NCJ047937), que refiriéndose a un supuesto en el que se tuvo al Ministerio Fiscal como parte, por primera vez en la segunda instancia, concluye:

Es claro, pues, que la presencia del Ministerio Fiscal, en el proceso según lo así constatado, elimina cualquier omisión padecida en la instancia primera, y, desde luego, implica la carencia de indefensión alguna para el hoy recurrente.

En definitiva, la irregularidad procesal del procedimiento del juzgado de instancia queda subsanada de admitirse por el fiscal la contestación al recurso de apelación, sin invocación alguna de los defectos procesales y a la posible indefensión.

3. ¿Produce indefensión, y por tanto da lugar también a nulidad, la ausencia de grabación de la vista, sin más soporte que el acta sucinta?

La vista no se graba, solo hay un acta sucinta extendida por el letrado de la Administración de Justicia, y el apelante alega que no puede conocer todos los pormenores del juicio, al ignorar el contenido del acto de la vista y no poder utilizarlo en su defensa para apelar. No posee los argumentos para apelar porque no han quedado grabados, y con los autos, así como con las pruebas admitidas y practicadas, le resulta insuficiente.

Si no dispuso de la intervención del fiscal ni de otros elementos de prueba, el apelante puede alegar indefensión, pues carece de todo aquello que podría ayudarle en su estrategia. Como indicamos, solo cuenta con un acta sucinta del letrado, que, evidentemente, no recoge todo lo que se dijo o practicó en la vista del juicio.

Con carácter general, la necesidad de que se documenten las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, tal y como ordenan los artículos 146.2 y 187 de la Ley de enjuiciamiento civil, no es algo accesorio en el acto procesal susceptible de ser obviado por la mera voluntad de las partes o del juez o tribunal, sino que es un imperativo legal que encuentra su justificación en la necesidad de incorporar al proceso español los medios técnicos audiovisuales a fin de facilitar una mejor valoración de la prueba, no solo en la primera instancia sino también en la alzada, pues es notorio que los principios que dominan el actual proceso civil quedan mejor salvaguardados cuando media dicha grabación, no solo del sonido sino también de la imagen, a la vez que se facilita que la intermediación en la práctica de la prueba se pueda mantener al reproducir en cualquier momento aquella, tanto ante el juez *ad quo*, como ante el tribunal *ad quem*.

Ahora bien, esa regla general no impide que en casos excepcionales, por dificultades técnicas de imposible solución, pueda acordarse, si mediase causa acreditada, que el acto del juicio o la práctica de las pruebas se practique sin el empleo de aquellos medios de reproducción sonoros y visuales; así lo autoriza expresamente el artículo 187.2 (SAP de Cádiz de 4 mayo 2004). Pero esta excepcionalidad viene concretada en la posibilidad de un acta extensa donde quede la constancia de lo actuado sin indefensión alguna que impida alegar al apelante y revisar al órgano superior (Audiencia).

La SAP de Málaga de 9 de julio de 2002 (Sección 6.^a) dice:

El hecho de que no conste grabado el acto del juicio supone indefensión para las partes al tenerse en cuenta que las pruebas practicadas y alegaciones hechas no solo van a tener efectos frente al Juzgador que lo haya presidido y dicte la sentencia, sino en otras instancias, pues se impide que el Tribunal de apelación pueda realizar un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo en la primera instancia, imposibilitándolo para dictar sentencia, y conforme al artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión, y en virtud de este precepto en relación con lo establecido en el artículo 240.2 de la misma Ley, procede declarar la nulidad de actuaciones retrotrayéndose estas hasta la celebración del acto del juicio (en el mismo sentido, cabe citar las Sentencias de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de mayo de 2003 y 21 de diciembre de 2002, de la Audiencia Provincial de Asturias, de 13 de diciembre de 2001, de la Audiencia Provincial de León, de 28 de septiembre de 2001, de la SAP Baleares 22 de marzo de 2004).

La SAP de Madrid, de 7 noviembre 2005, nos dice:

Las soluciones adoptadas para solventar estos problemas por los distintos Tribunales han sido diferentes. Unos han optado por acordar solamente la reconstitución total o parcial de las actuaciones, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 232 de la LEC 1/2000. Esta solución se apoya en que el defecto de documentación del acto procesal (arts. 146, 147, 187 y 443 de la LEC en relación con los arts. 279 y 280 de la LOPJ) no afecta a la regularidad del acto en sí mismo, sino solo a la actividad de constancia; de esta forma, se dice, al no verse afectadas en primera instancia las garantías procesales –puesto que la vista o el juicio se desarrolló respetando los principios de inmediación y contradicción–, no se causó indefensión alguna, requisito ineludible, según lo establecido en los arts. 238.3.º de la LOPJ y 225.3.º LEC, para decretar la nulidad de lo actuado (Autos AP La Coruña de 2 de septiembre y 25 de octubre de 2002). Otros, por el contrario –siendo esta, al parecer, la tesis que se va acogiendo mayoritariamente– y que esta Sala no puede por menos que compartir (AA. PP. de Málaga, Sección 6.ª de 9 de julio de 2002; de Cáceres, de 20 septiembre de 2001; de Palma de Mallorca, Sección 5.ª, de 26 de septiembre de 2002; y de Madrid, Sección 19.º, de 5 de junio de 2002) se inclina decididamente por la nulidad de actuaciones.

En el caso presente, cuando de la preparación de un recurso de apelación se trata, la misma sentencia de la APM dice literalmente:

Aunque la sentencia dictada por el Juzgador de primera instancia en estas circunstancias, de no ser apelada, nunca podría ser considerada nula, por cuanto dicho Juzgador, al presidir y presenciar el juicio, respetó escrupulosamente las normas esenciales del procedimiento sin infringir en momento alguno los principios de audiencia, asistencia y defensa, cuando contra ella se formula recurso de apela-

ción y falta, o es absolutamente insubsanable el defecto detectado en el soporte videográfico de lo actuado, no queda otra solución que acordar la nulidad radical de las actuaciones reponiéndolas al estado en que se hallaren cuando se cometió la falta (art. 465.3), porque el recurso de apelación implica un juicio revisorio de lo actuado en primera instancia (art. 456.1 de la LEC), que no renovatorio de la misma, y difícilmente el Tribunal de apelación podrá realizar un nuevo examen de unas actuaciones inexistentes cuya reconstrucción por ello resulta imposible y estas no fueron íntegramente recogidas en un Acta.

Se observa, por consiguiente, que hay nulidad y que además el tribunal superior no podría contar con los mismos elementos probatorios que reclama para sí el apelante. Sucede además que el juez *a quo*, al haber dispuesto de toda la prueba, no tiene mácula alguna de irregularidad procesal en su actuación, pero son los demás –futuros apelantes y la Audiencia– quienes carecerían de los mismos datos que él dispuso, lo cual parece impropio e inadecuado. El acta extensa del letrado de la Administración de Justicia puede estar justificada cuando se carece de los medios tecnológicos, o existe un fallo técnico insubsanable, pero no cuando no existen.

Al no especificar el caso las razones de la ausencia de grabación de la vista, se contesta a esta pregunta aceptando que hay nulidad, bien por la insuficiencia de un acta sucinta, bien por la falta injustificada de la grabación de la vista.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 146.2, 147, 155, 187, 225, 232, 249.1, 399, 443, 456.1 y 465.3.
- LO 6/1985 (LOPJ), arts. 238.3, 240.2, 279 y 280.
- STC 122/2013, de 18 de junio.
- SSTS de 9 de julio de 1992, en relación con la de 21 de mayo de 1988 y 6 de febrero de 1991; 15 de diciembre de 1999; 27 de junio de 2000; núm. 125/2020, de 21 de septiembre (rec. núm. 2447/2019), y 2 de octubre de 2001.
- SSAP de Asturias de 13 de diciembre de 2001; de León de 28 de septiembre de 2001; de Córdoba, Sección 2.^a, de 20 de mayo de 2003 y 21 de diciembre de 2002; y de Baleares de 22 de marzo de 2004.
- AAP de Cáceres de 20 septiembre de 2001; de Madrid, Sección 19.^a, de 5 de junio de 2002 y 7 de noviembre de 2005; de Málaga, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2002; de La Coruña de 2 de septiembre y 25 de octubre de 2002; y de Palma de Mallorca, Sección 5.^a, de 26 de septiembre de 2002.

Legalidad de ordenanzas y acuerdos municipales

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Enunciado

En el Ayuntamiento de XXX (en la provincia de Cáceres), de régimen ordinario y 2.000 habitantes, se han producido las siguientes situaciones:

1. Se ha aprobado y publicado la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa de abastecimiento de agua en alta de puntos de suministro y mantenimiento de redes de la mancomunidad XXX, formada por municipios sin continuidad territorial, sita en la provincia, así como de la Ordenanza reguladora del servicio de abastecimiento de agua para el consumo humano en alta de la mancomunidad de XXX, que incrementó el precio del agua, y que fueron aprobadas por el Pleno extraordinario de la mancomunidad celebrado el 18 de octubre del presente año y publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de Cáceres, sin exposición pública previa, ni periodo de alegaciones, el día 2 de enero del año siguiente, entrando en vigor con carácter retroactivo, hasta tres meses antes. En la elaboración de la misma sí existió el trámite de consulta pública.

El día 14 de enero del mismo año de la publicación, una asociación vecinal interpone recurso contencioso-administrativo contra las mismas, solicitando su anulación, por ser contraria a derecho, y la suspensión de su eficacia, hasta que se dicte la oportuna sentencia. El juzgado dicta auto indicando que es extemporáneo, porque se ha recurrido antes de su vigencia.

2. Dos funcionarios de la Administración especial dirigen escrito al alcalde señalando que es su deseo pasar a la Administración general por promoción interna vertical. En concreto, tratan de pasar a la Subescala Auxiliar de Administración General

(subgrupo C2) de funcionario de la Subescala de Administración Especial (subgrupo E). El alcalde pregunta al secretario-interventor sobre la viabilidad jurídica de ello, en concreto:

- Los pasos del procedimiento de promoción interna, en su caso.
- La posibilidad de que la oferta pública de empleo pueda contener una de las plazas o han de incluirse las dos, a cubrir mediante promoción interna.

Finalmente, en ese ayuntamiento existe un funcionario a quien se concedió la excedencia voluntaria por interés particular, estando en esa situación siete años. En este momento desea regresar al puesto que ocupaba, habiendo remitido al alcalde una solicitud en ese sentido.

Es de hacer constar que no existe legislación autonómica alguna al respecto.

3. El alcalde ha decidido publicar en internet las actas de los plenos municipales y de las juntas de gobierno. Varios concejales han mostrado su disconformidad con dicha medida.
4. En un procedimiento sobre concesión de ayudas para la internacionalización de la actividad económica de Extremadura, el instructor, transcurrido el plazo para la presentación de las solicitudes y documentación exigida, requiere a una empresa para que, en el plazo de 20 días presente ciertos documentos exigidos por las bases del procedimiento de subvención aprobadas por el alcalde. Pasado el referido plazo sin que se acompañaran aquellos, la Administración archiva el procedimiento respecto a la referida empresa.
5. Finalmente, un concejal dirige escrito solicitando la entrega de información relativa a la cuenta general y los presupuestos en formato reutilizable.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Puede una mancomunidad de municipios aprobar esa ordenanza? ¿Es preceptivo para su constitución que tengan continuidad territorial?
2. ¿Se pueden aprobar unas ordenanzas con carácter definitivo sin información pública, ni audiencia a los interesados y sin establecer un plazo de 30 días para presentar alegaciones aunque existiera el trámite de consulta pública?
3. ¿Tiene algún vicio de validez la ordenanza del supuesto?
4. Comente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación vecinal para la defensa de los consumidores solicitando su anulación y suspensión de eficacia y su defensa ante la resolución judicial dictada.
5. ¿Qué informará el secretario-interventor sobre el escrito del funcionario?

6. ¿Qué informará el secretario-interventor al alcalde respecto al escrito remitido por el funcionario que estuvo en situación de excedencia voluntaria?
7. Se pueden publicar en internet las actas de los plenos municipales y de las reuniones de la junta de gobierno local cuando estas contienen datos de carácter personal?
8. ¿Actuó con arreglo a derecho el ayuntamiento al no admitir la documentación solicitada por aportarse fuera de tiempo?
9. ¿Tiene derecho un concejal a exigir la entrega de información relativa a la cuenta general y los presupuestos en formato reutilizable?

Solución

1. ¿Puede una mancomunidad de municipios aprobar esa ordenanza? ¿Es preceptivo para su constitución que tengan continuidad territorial?

La Ley 7/1985, reguladora de bases del régimen local (LBRL), señala en el artículo 3 que las mancomunidades de municipios son entidades locales territoriales, junto con otras tales como las áreas metropolitanas, las comarcas, etc.

En el artículo 44 de la LBRL se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución común de obras y servicios determinados de su competencia.

Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios. Los estatutos han de regular el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento. En todo caso, los órganos de gobierno serán representativos de los ayuntamientos mancomunados.

El Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de población y demarcación de las entidades locales, en su artículo 31 especifica que para que los municipios se mancomunen no será indispensable que pertenezcan a la misma provincia ni que exista entre ellos continuidad territorial si esta no es requerida para la naturaleza de los fines de la mancomunidad.

Las mancomunidades no podrán asumir la totalidad de las competencias asignadas a los respectivos municipios.

El Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, señala que a falta de regulación expresa en los estatutos de las mancomunidades, regirán las siguientes reglas:

- Las comisiones gestoras o juntas de las mancomunidades estarán integradas por dos vocales representantes de cada uno de los municipios asociados.
- La junta elegirá, de entre sus miembros, al presidente y a un vicepresidente que lo sustituya en caso de vacante, ausencia o enfermedad.
- Las comisiones gestoras o juntas de las mancomunidades ejercerán las atribuciones y ajustarán su funcionamiento a las normas de este reglamento referentes al pleno del ayuntamiento.
- Las funciones del presidente y del vicepresidente se regirán por lo dispuesto en este reglamento para los alcaldes y tenientes de alcalde.

Conforme a la Ley reguladora de las haciendas locales, constituyen recursos de las entidades supramunicipales los previstos en sus respectivas normas de creación y los establecidos en la presente ley.

En los supuestos de establecimiento de contribuciones especiales por las entidades supramunicipales con motivo de la realización de obras o establecimiento o ampliación de servicios que afecten a uno o varios términos municipales, el órgano superior de gobierno de aquellas podrá distinguir entre el interés directo de los contribuyentes y el que sea común en un término municipal o en varios.

En este caso, los ayuntamientos afectados que estén integrados en dichas entidades tendrán el carácter de contribuyente al objeto del pago de las cuotas individuales correspondientes, que serán recaudadas por los mismos, de acuerdo con las normas reguladoras de este tributo municipal.

Las comarcas, áreas metropolitanas, entidades municipales asociativas y demás entidades supramunicipales podrán establecer y exigir tasas, contribuciones especiales y precios públicos, de conformidad con lo previsto en sus respectivas normas de creación y en los términos establecidos en la presente ley y disposiciones que la desarrollen.

El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Según el artículo 26, los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

En todos los municipios:

- Alumbrado público.
- Cementerio.

- Recogida de residuos.
- Limpieza viaria.
- Abastecimiento domiciliario de agua potable.
- Alcantarillado.
- Acceso a los núcleos de población. Leyes.
- Pavimentación de las vías públicas.

En conclusión, la mancomunidad puede dictar ordenanzas. La mayoría de las comunidades autónomas, en sus leyes de régimen local, o en leyes específicas –de mancomunidades– regulan esta potestad administrativa.

2. ¿Se pueden aprobar unas ordenanzas con carácter definitivo sin información pública, ni audiencia a los interesados y sin establecer un plazo de 30 días para presentar alegaciones aunque existiera el trámite de consulta pública?

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común (LPAC), en su artículo 133 recoge, a diferencia de lo que ocurre en la esfera local, tres fases: un nuevo trámite de «consulta pública», con carácter obligatorio, en la fase de anteproyecto o proyecto normativo, un trámite de audiencia y, por último, un trámite de información pública, olvidándose de que, en la Administración local, ya existía un trámite de información pública, entre la aprobación inicial de una disposición de carácter general y la definitiva.

En principio, la existencia del trámite de consulta pública no subsana la falta de información pública ni de alegaciones. Por tres razones:

- A) Ese trámite es en fase de anteproyecto o proyecto, luego, todavía, nada ha realizado la mancomunidad sobre el contenido de la ordenanza, de manera que no se puede alegar nada ni a favor ni en contra de lo pretendido.
- B) Ese trámite tienen un objeto distinto a los otros, como dice el artículo 133.1 de la LPAC:

Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente, en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.

- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias».

C) Dispone el 133.3 que

Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

Pero sí es preciso constatar que esos trámites, pese a ser esenciales, su omisión no acarrea, en todo caso, la nulidad de la ordenanza, de forma automática. Si no origina su omisión indefensión alguna –en este caso, dada su naturaleza parece complicado, pues se trata de una subida del agua–, en el sentido de que en el periodo de consulta pública –trámite que sí existió– hubieran informado todos los afectados y luego el texto oficial coincidiera con lo alegado, no existiría vicio alguno.

Respecto a la necesidad de consulta pública y de información pública y audiencia a los interesados por un plazo de 30 días para presentar alegaciones a las citadas ordenanzas, antes de su aprobación y publicación definitiva conviene dejar claro desde el principio que, en la materia de aprobación o modificación de las ordenanzas fiscales, como disposiciones generales que son, guardar las formas es tan importante como el fondo.

Dicho de otra forma, la vulneración de una norma de superior jerarquía reguladora del procedimiento a seguir en la elaboración de la disposición reglamentaria produce, como regla general, la nulidad de pleno derecho de esta, ya que la anulabilidad solo es predicable de los actos administrativos, donde las formas ya no resultan tan decisivas, según se desprende de la doctrina jurisprudencial que después citaremos. En primer lugar, el artículo 19 de los estatutos que rigen la mancomunidad dispone que

en el marco de lo previsto en la legislación de la Comunidad Autónoma sobre atribución de potestades públicas a las Entidades Locales no territoriales, como desarrollo de las previsiones contenidas en la legislación básica estatal de Régimen Local, reconocida a estas, en su caso, la de índole tributaria y financiera, la Mancomunidad, para la imposición exacción, liquidación y cobranza de los recursos enumerados en el artículo anterior, podrá aprobar las Ordenanzas Fiscales que

correspondan, con arreglo al procedimiento que aquella normativa prevea o en su defecto el previsto con carácter general para la aprobación de las Ordenanzas Fiscales municipales.

Debemos acudir a lo que establezca La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, disponiendo esta en su artículo 111 que

los acuerdos de establecimiento, supresión y ordenación de tributos locales, así como las modificaciones de las correspondientes Ordenanzas fiscales, serán aprobados, publicados y entrarán en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en las normas especiales reguladoras de la Imposición y Ordenación de tributos locales, sin que les sea de aplicación lo previsto en el artículo 70.2 en relación con el 65.2, ambos de la presente Ley.

Este artículo 111 nos remite expresamente a la regulación que al efecto hagan las normas especiales reguladoras de la imposición y ordenación de tributos locales, lo que nos lleva al Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), cuyo artículo 15.3 otorga carácter fiscal, tanto a las ordenanzas reguladoras de los distintos tributos locales, como a las ordenanzas específicamente reguladoras de la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales, por lo que las dos ordenanzas a que se refiere la presente consulta tienen carácter fiscal y por tanto se rigen en cuanto a su elaboración, publicación y publicidad por lo establecido en el artículo 17.1 y 2 del TRLHL, que al respecto dispone lo siguiente:

1. Los acuerdos provisionales adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias, así como las aprobaciones y modificaciones de las correspondientes ordenanzas fiscales, se expondrán en el tablón de anuncios de la Entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas.
2. Las entidades locales publicarán, en todo caso, los anuncios de exposición en el boletín oficial de la provincia, o, en su caso, en el de la comunidad autónoma uniprovincial. Las diputaciones provinciales, los órganos de gobierno de las entidades supramunicipales y los ayuntamientos de población superior a 10.000 habitantes deberán publicarlos, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia, o de la comunidad autónoma uniprovincial.

Los términos en que está redactado el artículo 17 del TRLHL son claramente imperativos, por lo que al haberse omitido, siempre de acuerdo con lo relatado en el escrito de consulta, la exposición pública del acuerdo provisional de aprobación de las referidas ordenanzas y su anuncio en el boletín oficial de la provincia y también en un diario de los de mayor difusión de la provincia, al tratarse de una entidad local de carácter supramunicipal, como lo es

una mancomunidad, pasando directamente a su publicación definitiva, se habría infringido el procedimiento legalmente establecido con las consecuencias jurídicas que de dicha infracción se derivan y que más adelante expondremos.

3. ¿Tiene algún vicio de validez las ordenanzas del supuesto?

Sí, se refiere a la posible retroactividad de las ordenanzas. El artículo 70.2, de la LBRL establece que

las ordenanzas se publicarán en el «Boletín Oficial» de la Provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2, salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales-hoy, Texto Refundido 2/2004. Las Administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.

Veamos entonces cuál es el procedimiento legalmente establecido para la aprobación o modificación de las ordenanzas fiscales, y en función de lo actuado en el supuesto sometido a informe, determinar si se ha producido o no infracción alguna de aquel.

Por su parte, el artículo 107.1 de la LBRL dispone que

las Ordenanzas fiscales reguladoras de los tributos locales comenzarán a aplicarse en el momento de su publicación definitiva en el «Boletín Oficial» de la provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial, salvo que en las mismas se señale otra fecha.

Derogada la Ley 39/1988 por el vigente TRLHL aprobado por el Real Decreto-Ley 2/2004, el artículo 17 del mismo, en sus apartados 3 y 4, dispone lo siguiente:

3. Finalizado el período de exposición pública, las corporaciones locales adoptarán los acuerdos definitivos que procedan, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo, hasta entonces provisional, sin necesidad de acuerdo plenario.

4. En todo caso, los acuerdos definitivos a que se refiere el apartado anterior, incluyendo los provisionales elevados automáticamente a tal categoría, y el texto íntegro de las ordenanzas o de sus modificaciones, habrán de ser publicados en

el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la comunidad autónoma uniprovincial, sin que entren en vigor hasta que se haya llevado a cabo dicha publicación.

Por tanto, la ley prevé dos situaciones diferentes, según se hayan presentado o no reclamaciones. En el primer supuesto, el ayuntamiento tendrá que resolver las alegaciones y adoptar acuerdo expreso de aprobación definitiva y, en el segundo, la aprobación de las ordenanzas fiscales será automática, sin necesidad de nuevo acuerdo plenario, pero lo que sí queda claro, conforme a lo dispuesto en este apartado 4, es que, tal y como se dice en el FJ segundo de la STS de 8 de noviembre de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, rec. núm. 1348/1995, las ordenanzas fiscales «no pueden entrar en vigor con anterioridad a dicha publicación»

Por otro lado, se halla el concepto de «aplicación o eficacia temporal», que expresa los hechos impositivos a los que se aplican las nuevas ordenanzas fiscales, que deben ser los producidos u originados con posterioridad a su entrada en vigor.

Respecto a la posible incongruencia del artículo 107 de la LBRL, continúa diciendo esta sentencia en el mismo FJ:

Se aprecia que la redacción del apartado 1, del art. 107 referido incurre en una grave imperfección terminológica, porque en lugar de utilizar la expresión técnicamente correcta de entrada en vigor utilizó la expresión «comenzarán a aplicarse», que puede inducir a confundir la entrada en vigor con la aplicación o eficacia temporal de la norma ya vigente. La sala mantiene que la interpretación correcta del art. 107.1 de LBRL es que las Ordenanzas fiscales entran en vigor en el momento de su publicación, salvo que dispusieran una entrada en vigor posterior (*vacatio legis*), pero bajo ningún supuesto prevé o admite la aplicación o eficacia retroactiva de la mismas, salvo que una disposición de rango legal dispusiera o autorizara lo contrario.

Al igual que ocurre con el artículo 107 de la LBRL, el artículo 16 c) del TRLHL, respecto al contenido de la ordenanza fiscal, incluye «la fecha del comienzo de su aplicación», lo que a simple vista podría llevarnos a pensar que existe distinción entre el momento de la entrada en vigor de las ordenanzas fiscales (publicación en boletín), y su eficacia, pero, aparte de que esta primera impresión podría quedar descartada con los mismos argumentos utilizados en la STS de 8 de noviembre de 1999, la STSJ de Cantabria de 19 de octubre de 2001 se ha referido al particular y en su FJ 2.º señala que:

Hay que interpretar el artículo 16 c) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales cuando dice que las Ordenanzas fiscales contendrán la fecha del comienzo de su aplicación. A la inversa de lo que estima la parte demandada, tal previsión legal no puede nunca ser entendida como habilitantes a las Entidades locales para establecer el efecto retroactivo de sus Ordenanzas fiscales sin otra apoyatura que la

que la propia norma reglamentaria local proporciona. Una interpretación semejante choca frontalmente con el sentido institucional de la retroactividad de las normas y su admisión restrictiva. Admitirla supondría, sin más, dejar en manos del titular de la potestad reglamentaria municipal la posibilidad de decidir libremente sobre el período temporal de aplicación de las normas, lo que constituye una auténtica perversión jurídica que contradice los más elementales principios del ordenamiento.

El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 126/1987 (NFJ000307) declara: «Pero es claro que la decisión de dotar de retroactividad a unas prestaciones patrimoniales –como son las tributarias– solo corresponde al legislador».

Podríamos seguir citando sentencias y más sentencias, tanto del Tribunal Constitucional (sentencias de 4 de octubre de 1990, de 19 de noviembre de 1992, entre otras) como del Tribunal Supremo, o de los diferentes tribunales superiores de justicia, pero las declaraciones jurisprudenciales contenidas en las mismas son lo suficientemente claras: las normas reglamentarias no pueden pretender por sí mismas la retroacción de efectos sin que el legislador la haya previsto expresamente así. Este planteamiento no es en absoluto caprichoso; antes al contrario, es plenamente coherente con el significado institucional del principio de irretroactividad que, sin ser un principio absoluto, postula su excepcionalidad habida cuenta de que afecta seriamente a la seguridad jurídica e, incluso, al principio de confianza legítima que debe presidir las relaciones entre Administración y ciudadanos. Si la retroacción de las leyes puede admitirse en ciertos casos, la de los reglamentos debe rechazarse sin previa ley que la permita de manera expresa. La condición subordinada de las normas reglamentarias no admite otra conclusión y si, en plano de las normas estatales, el Gobierno autor de un texto articulado no está habilitado para dictar normas retroactivas (art. 83.b CE), con mayor razón habrá que afirmar lo mismo cuando, en lugar de una norma que posee rango de ley, el mismo órgano dicta un reglamento. Conclusión claramente extensible al resto de los titulares de la potestad reglamentaria municipal.

Respecto al procedimiento seguido por la mancomunidad para imponer las ordenanzas municipales, omitiendo la exposición pública del acuerdo provisional de aprobación de las referidas ordenanzas, su anuncio en el boletín oficial de la provincia y también en un diario de los de mayor difusión de la misma, tal y como exige el artículo 17 del TRLHL, hemos de decir que la importancia de la publicación del acuerdo provisional ha sido puesta de relieve en una constante doctrina jurisprudencial, de la que solo son una muestra las sentencias que a continuación vamos a referir.

Para empezar, la STS de 8 de abril de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, rec. núm. 4301/2009, en su FJ tercero, declara:

En materia de aprobación de Ordenanzas municipales, como disposiciones generales que son, el quebrantamiento del cauce formal de su elaboración, es decir, la vulneración de una norma de superior jerarquía reguladora del procedimiento a

seguir en la creación de la disposición reglamentaria, produce, como regla general, la nulidad de pleno derecho aquellas.

En este sentido, la Sentencia de esta Sala y Sección, de 18 de diciembre de 1997, puso de relieve el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de Ordenanzas fiscales, al señalar que:

«Dicho trámite o requisito de la "exposición", por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo. Imperatividad que se confirma, asimismo, atendiendo a otros dos criterios complementarios: el de que la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar "la legalidad, el acierto y la oportunidad" de las mismas y, bajo este prisma, la "exposición" cuestionada es un elemento esencial, a la hora de asegurar tales objetivos; y el principio de que la interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución exige, a tenor de su artículo 9.2, la concesión de la posibilidad de la participación ciudadana en la forma y en los supuestos establecidos en el siguiente artículo 105, a)».

Podemos seguir con otras, como la STS 8 de mayo de 2009, y las en ella referidas (SSTS de 1 de julio de 1991, [rec. núm. 4612/1990]; 18 de diciembre de 1997 [rec. apel. núm. 2179/1991 [NFJ006396]]; y de 28 de marzo de 2007 [rec. cas. núm. 1913/2002]), que han proclamado «el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de Ordenanzas fiscales» y que el no cumplimiento de este trámite de información pública obliga a los jueces y tribunales a declarar la nulidad de pleno derecho.

Más recientemente, la STS de 12 de abril de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, rec. núm. 4317/2009 (NFJ038429), en su FJ segundo, revalida esta tesis, al declarar:

El art. 17.1 de la LHL [...] incorpora una exigencia de publicidad de cumplimiento reglado, cuya inobservancia acarrea la nulidad del texto aprobado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 y en los artículos 5 a 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. No constituye un mero requisito formal susceptible de subsanación, sino de un condicionamiento irrenunciable para la legitimidad de la norma, añadido a la divulgación en los correspondientes periódicos oficiales, ya que, tratándose de disposiciones que inciden en el patrimonio jurídico de los administrados, han de tener la posibilidad de alcanzar un cabal conocimiento de su contenido mediante la irrenunciable publicidad, dándoles, ade-

más, audiencia en el procedimiento seguido para elaborarlas (artículos 9.3 y 105.a de la Constitución), trámite esencial en la formación de la voluntad administrativa a fin de garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la opción elegida.

El artículo 17.1 citado no deja lugar a dudas sobre el alcance de la obligación: la exposición al público ha de extenderse, «como mínimo», durante 30 días, cuyo cómputo se ha de hacer contando solo los hábiles y, por ende, con exclusión de los domingos y festivos, por así disponer el artículo 48.1 de la Ley 30/1992 (véase sobre este particular las sentencias de 21 de febrero de 2005 [casación 1043/00, FJ 5.º (NFJ019541)] y 5 de febrero de 2009, ya citada, FJ 3.º).

También habría que tener en cuenta que la declaración de retroactividad, plasmada en el propio texto de las ordenanzas de mérito, también podría llevar a la declaración de nulidad de pleno derecho de las mismas, por infracción de lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que la única forma de expulsar del ordenamiento jurídico esas ordenanzas nulas de pleno derecho no será otra que, bien la revisión de oficio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.2 de la LPAC, bien la interposición del recurso contencioso-administrativo, previsto en el artículo 19 del TRLHL, en la forma y plazos que establecen las normas reguladoras de dicha jurisdicción, teniendo presente que, conforme al apartado 2 de este artículo, salvo que expresamente lo prohibiera la sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada, por lo que a fin de evitar esta situación, resultaría prudente impugnar también puntualmente los actos de aplicación de las referidas ordenanzas para evitar que adquieran firmeza.

4. Comente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación vecinal para la defensa de consumidores solicitando su anulación y suspensión de eficacia y su defensa ante la resolución judicial dictada.

Legitimación la tenía, a tenor del artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa, al ser titulares de intereses legítimos.

El recurso era procedente, pues el acto del pleno agota la vía administrativa, según el artículo 53 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local.

El problema reside en el momento en que se interpone el recurso, es decir, se publica la ordenanza el día 2 de enero y se interpone el recurso el día 14 de enero, o sea, antes de transcurrir el plazo previsto en el artículo 65.2, de 15 días desde su total publicación para su entrada en vigor.

En este sentido, el artículo 70.2 de LBRL señala que:

Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a estos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales –hoy, TRHL aprobado por RDL 2/2004–. Las Administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial.

Las ordenanzas fiscales, tal y como reza el artículo 70.2 de la LBRL, antes citado, que remite a la legislación reguladora de las haciendas locales, contempla su entrada en vigor con solo su publicación, sin que sea necesario el transcurso del plazo de los 15 días que se exige para el resto de normas locales (art. 117.4 TRLHL). A su vez, el artículo 107.1 de la LBRL permite la entrada en vigor de la ordenanza fiscal en fecha distinta, si así se establece expresamente en la misma.

De manera que, salvo que en las ordenanzas se hubiera establecido otra cosa, las mismas habían ya entrado en vigor desde su publicación el día 2 de enero.

Respecto al recurso que podría interponer la asociación contra el auto del Juez no admitiendo el recurso sería, al amparo del artículo 80 el de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que lo admite en su letra c) cuando declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

Si en vía de recurso no estimaran su pretensión, tampoco podría acudir al recurso de amparo del Tribunal Constitucional por presunta vulneración del artículo 24 de la CE respecto al derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la medida cautelar de suspensión cautelar de la eficacia de las ordenanzas, el artículo 129 de la LJCA señala que:

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

El artículo 130, señala que:

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El artículo 131:

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Finalmente, el artículo 134.2:

La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

En el presente caso, pudiera existir basa jurídica para la suspensión de la eficacia al denunciarse que se elaboró sin el trámite de información pública, que es esencial.

5. ¿Qué informará el secretario-interventor sobre el escrito del funcionario?

Primero. Para poder contestar adecuadamente se ha de partir de las siguientes referencias legales:

El artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), que establece: «El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación básica estatal que resulta de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local».

Por lo tanto, se tendrá que tener en cuenta no solo la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), sino también el Real Decreto legislativo 781/1986,

de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen Local (TRRL), en sus partes no derogadas expresa o tácitamente, y también el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local (RD 896/1991).

El artículo 167 también del TRRL distingue entre las escalas de Administración general y Administración especial. La escala de Administración general se divide en las subescalas siguientes:

- a) Técnica.
- b) De gestión.
- c) Administrativa.
- d) Auxiliar.
- e) Subalterna.

Y la escala de Administración especial se divide en las subescalas siguientes:

- a) Técnica.
- b) De servicios especiales.

La creación de escalas, subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas corresponde a cada corporación, en ejercicio de la potestad de autoorganización reconocida en el artículo 4 de la LRBRL.

El artículo 169 del TRRL atribuye a los funcionarios de la escala de Administración general el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, correspondiéndole a la subescala administrativa la realización de tareas de este carácter, normalmente de trámite y colaboración.

En cuanto a los funcionarios de Administración especial, son aquellos que tienen atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio, y en atención al carácter y nivel del título exigido, dichos funcionarios se dividen en técnicos superiores, medios y auxiliares.

Segundo. La promoción interna de los funcionarios de carrera se regula –de manera básica–, en el artículo 18 del TREBEP; promoción interna exigiendo una serie de requisitos que de manera extractada son:

- 1.º Para participar en los procesos selectivos de promoción interna el personal funcionario de carrera ha de poseer los requisitos exigidos para el acceso al cuerpo o

escala al que promocione y tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el cuerpo o escala desde el que se promociona. Para el cómputo del plazo de dos años se tendrá en cuenta, en los términos previstos en los artículos 115.3, y 120.2, el tiempo en que se permanezca en las situaciones de servicios especiales, excedencia por cuidado de familiares y excedencia por violencia de género declaradas en el cuerpo o escala desde el que se promociona.

2.º La promoción interna se ha de llevar a cabo a través del sistema de concurso-oposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47.2 b), excepción que no afecta al caso planteado. En la fase de concurso deben valorarse, entre otros méritos, el tramo de carrera horizontal reconocida en el cuerpo o escala de procedencia, la formación y conocimientos adquiridos y la antigüedad.

3.º Los procesos selectivos para la promoción interna han de ser mediante convocatorias independientes de las del sistema general de acceso libre. No obstante, las plazas no cubiertas pueden acumularse a las convocadas por el sistema general de acceso libre para el acceso al mismo cuerpo o escala y, en su caso, especialidad.

4.º Los aspirantes que superen un proceso selectivo por el sistema de promoción interna tendrán derecho a que se les adjudique destino en el puesto que vinieran desempeñando, siempre que dicho puesto esté adscrito también al cuerpo o escala al que se promociona.

Quienes ejerciten este derecho quedarán excluidos de la adjudicación de destinos por el orden de puntuación del proceso selectivo.

La citada normativa reguladora de la promoción interna no establece restricción o limitación alguna en cuanto a la pertenencia a la misma escala, por lo que en este sentido, en principio, cabe la posibilidad de abrir la promoción interna a la Subescala Auxiliar de Administración General (subgrupo C2) a funcionarios de la Subescala de Administración Especial (subgrupo E) –siempre que cumpla con los requisitos de antigüedad y titulación antes referidos– y se lleve a cabo mediante el sistema de concurso-oposición.

Tercero. Respecto al procedimiento a seguir para llevar a cabo la promoción interna.

Pues bien, ante todo el ayuntamiento debe tener en cuenta que será necesario que tenga creado los puestos de trabajo de auxiliar-administrativo, dotados presupuestariamente a través de la plantilla presupuestaria; quedando adscritos los citados puestos a la escala de Administración General, Subescala Auxiliar, grupo C2.

Una vez creados los puestos de trabajo y las plazas vacantes ofertadas deben estar dotadas presupuestariamente, siendo viable acodar la amortización del puesto en caso de que la persona que lo desempeña superase el proceso selectivo; a salvo, claro está, de que se desee mantener vigente dicho puesto en previsión de su posterior cobertura con personal de nuevo ingreso.

Seguidamente el ayuntamiento –para dar cauce a la convocatoria de la promoción interna que pretende– deberá aprobar previamente la oferta de empleo público, como manda el artículo 70 del TREBEP:

Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de Empleo Público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas.

Serán objeto de oferta de empleo público las plazas vacantes dotadas presupuestariamente cuya cobertura se considere necesaria y que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existente.

Cuarto. Respecto a si la oferta pública de empleo puede contener una de las plazas o han de incluirse las dos para cubrir mediante promoción interna.

Unos de los aspectos que se hace necesario analizar es si están vigentes los porcentajes de reserva de plazas para promoción interna, que la anterior normativa expresamente preveía.

El artículo 22 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 23/1988, de 28 de julio, hizo desaparecer la reserva mínima de vacantes para la promoción interna; precepto legal que afectaba también al 134 del TRRL, cuando establecía que «las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria».

El anterior límite ha desaparecido en la nueva redacción, sin embargo, ello no implica que se pueda reservar el 100 % de las plazas vacantes para ser provistas por promoción interna.

Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia. En concreto, en Sentencia de 20 de enero de 1992, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la posibilidad de reserva del 100 % de las plazas diciendo que

En este sentido, aunque se haya prescindido de fijar un expreso límite numérico a las vacantes susceptibles de ser reservadas a promoción interna en cada convocatoria, sin embargo la interpretación sistemática de la Ley impone que no se desconozca en absoluto el principio general de las pruebas libres de acceso, de modo que en el conjunto de las convocatorias para determinadas Escalas y Cuerpos aparezcan suficientes plazas excluidas de la promoción interna como para que pueda aceptarse que aquel principio legal ha sido debidamente respetado.

También la STS de Galicia 288/2015, de 13 de mayo, que pone de manifiesto

que la jurisprudencia habría ya encuadrado perfectamente la clave de la armonía entre derecho de acceso al empleo público libre y el derecho de promoción interna, y sentado –como criterio general– el de las pruebas libres, si bien la promoción interna constituye, según designio del legislador, «un simple mandato dirigido a "facilitarla", nunca a sustituir plenamente a las formas ordinarias y obligadas de acceso, que son las libres»,

y añade aludiendo, entre otras, la Sentencia de 13 de febrero de 2013, en la que se disponía:

Si no hay suficientes plazas, la interpretación ha de ser a favor de lo normal (turno libre) y no lo especial (promoción interna), unido a que las limitaciones al acceso al empleo público (tal como la promoción interna que cierra el paso a quienes no son funcionarios de la Administración convocante) han de interpretarse restrictivamente.

Por lo expuesto, sobre la inclusión en la oferta de empleo público, dependerá de cuántas plazas vacantes tenga el ayuntamiento, si fueran únicamente estas dos de auxiliares-administrativo, no cabrían su provisión conjunta por la vía de la promoción interna, en consecuencia, la oferta pública de empleo deberá contener una de las dos plazas de auxiliares-administrativo mediante el sistema de promoción interna, para respetar el acceso libre.

6. ¿Qué informará el secretario-interventor al alcalde respecto al escrito remitido por el funcionario que estuvo en situación de excedencia voluntaria?

En cuanto al régimen aplicable a las plazas de los funcionarios que disponen de excedencia voluntaria, la excedencia voluntaria está regulada en el artículo 89 del TREBEP, situación administrativa de los funcionarios.

El Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, vigente en tanto no contradiga o se oponga a lo dispuesto en el Estatuto y de aplicación supletoria en defecto de la legislación autonómica a las entidades locales, indica en su artículo 16 que «los funcionarios de carrera podrán obtener la excedencia voluntaria por interés particular cuando hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las AA. PP. durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores».

El artículo 16.3 señala: «Cada período de excedencia tendrá una *duración no inferior a dos años continuados* ni superior a un número de años equivalente a los que el funcionario acredite haber prestado en cualquiera de las Administraciones Públicas, sin límite máximo».

La concesión de excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. No podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

Una de las características que tiene esta situación administrativa es que, para el titular de la plaza que solicita esta figura, no supone reserva de puesto, como ocurre con otras situaciones administrativas, como es la de servicios especiales o de la excedencia para atender al cuidado de cada hijo o el caso de la excedencia de las funcionarias víctimas de violencia de género.

Por ello, una vez que se ha autorizado la excedencia por interés particular, el puesto de trabajo queda libre y el ayuntamiento, si lo cree conveniente, puede disponer del mismo para su provisión e incluso su amortización.

Si se considera oportuna su provisión y que sea de forma definitiva, deberá cumplir con las reglas para la selección de las aspirantes y posterior provisión, mediante su inclusión en la oferta de empleo público y posterior convocatoria de las pruebas de selección.

Si después de los dos años (periodo mínimo de esta modalidad de excedencia), el funcionario desea volver a la Administración, debe hacerlo a través de la obtención de un puesto de trabajo en adscripción provisional o participando en concursos de provisión de puestos de trabajo, en los términos que señalan los artículos 62 y 63 del Real Decreto 364/1995, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

7. Se pueden publicar en internet las actas de los plenos municipales y de las reuniones de la junta de gobierno local cuando estas contienen datos de carácter personal?

El artículo 4.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) considera «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

En su número 2 considera «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Las actas de los plenos municipales se pueden publicar en internet, sin consentimiento de las personas cuyos datos aparecen en las mismas, si se dan dos condiciones: que así lo determine expresamente el reglamento orgánico de la entidad local o se acuerde por el pleno, porque es materia de potestad de autorganización, por lo tanto, no era competencia del alcalde, y que la información con datos de carácter personal que contenga no afecte al honor, ni a la intimidad personal o familiar ni a la propia imagen de las personas afectadas, pues entonces requeriría el consentimiento del interesado.

Las sesiones de los plenos de las corporaciones locales generalmente son públicas (art. 69.1 LBRL), salvo en aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos, si así se acuerda por mayoría absoluta.

Sin embargo, las sesiones de la junta de gobierno local no son públicas, y por ello sus actas no pueden publicarse en internet (art. 69.1 Ley 7/1985).

La exposición pública y resumida de las actas de los plenos municipales, cualquiera que sea el medio a través del cual se realice, tiene como finalidad ofrecer una información genérica a los vecinos y no tiene por qué ser una práctica informativa contraria a la normativa sobre protección de datos. Ahora bien, se aconseja eliminar de este resumen aquellos datos de carácter personal que no sean adecuados, pertinentes o que resulten excesivos y, por supuesto, datos personales especialmente protegidos. En los supuestos en que se autorice la grabación, por medio de imágenes o sonidos, de las sesiones que celebre el pleno municipal de la entidad local, esta grabación, y su correspondiente difusión, se suspenderá o limitará durante el tiempo que dure el debate de asuntos que puedan afectar al derecho a la intimidad personal o familiar.

8. ¿Actuó con arreglo a derecho el ayuntamiento al no admitir la documentación solicitada por aportarse fuera de tiempo?

a) Bases aprobadas por el alcalde.

No es ajustado a derecho. Es un acto nulo de pleno derecho (art. 47.1.b de la Ley 39/2015, LPAC). La competencia es del pleno, a través de los presupuestos o en ordenanza. Además, al tratarse de disposición general no es posible la delegación de competencias (art. 9 a Ley 40/2015, LRJSP).

b) Actuación administrativa.

Siempre que la Administración no haya dictado aún la resolución teniendo por desistido al solicitante, este puede subsanar el defecto advertido.

Hay que aplicar el criterio antiformalista que preside el procedimiento administrativo, para no entender desistida a una entidad como solicitante de una ayuda que había pedido para la internacionalización de la actividad económica de Extremadura.

Aun siendo cierto que la solicitante no remitió la documentación requerida dentro del plazo establecido, al no haber dictado la Administración la resolución declarando el desistimiento por caducidad, se corrige el defecto y no es procedente el archivo del procedimiento.

En el caso, tuvo lugar la subsanación transcurrido el plazo otorgado en el requerimiento, pero resulta desproporcionado el archivo del procedimiento sin más, sin motivar la Administración otros intereses concurrentes.

El desistimiento, al igual que sucede con el resto de causas de terminación anormal del procedimiento, debe ser interpretado restrictivamente, y en el caso, se aportó la documental requerida, que era bastante compleja, solo un día después del plazo concedido, lo que impide presumir una voluntad del interesado de apartamiento del proceso.

La caducidad no se produce automáticamente por el transcurso del tiempo, sino por el acto que la declara, de manera que si antes de que esa declaración tenga lugar se aportan los documentos, ya no puede declararse la caducidad, sino que hay que resolver sobre el fondo.

Por ello, no se puede tener por decaído en su derecho al solicitante que presenta la documentación requerida fuera del plazo otorgado, pero antes de la declaración de desistimiento.

Razona la sentencia que no hay inconveniente para admitir que salvo cuando concurren otros intereses protegibles y mientras que no tenga lugar la declaración expresa de desistimiento, el solicitante puede subsanar el defecto advertido.

Así, el controvertido artículo 68 de la LPAC debe interpretarse en el sentido de que si antes de dictarse resolución declarando el desistimiento, el solicitante corrige el defecto, ya no puede dictarse la resolución que declare desistido al interesado porque debe atenderse al criterio de proporcionalidad entre la finalidad del requisito, la entidad real de la deficiencia advertida y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse.

9. ¿Tiene derecho un concejal a exigir la entrega de información relativa a la cuenta general y los presupuestos en formato reutilizable?

El derecho de los concejales, como miembros de la Corporación, a requerir y obtener información y documentación de los órganos de gobierno, viene reconocido en el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, que dispone que

todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado.

El desarrollo reglamentario de tal derecho se contiene en los artículos 14 a 16 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF).

Incluso el artículo 15 del ROF obliga a los servicios administrativos locales a facilitar la información, sin necesidad de que el miembro de la corporación acredite estar autorizado, entre otros supuestos, «cuando se trate del acceso de cualquier miembro de la Corporación, a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal».

En cuanto al modo de consulta y examen de la documentación solicitada, el artículo 16.1 a) del ROF permite que se realice mediante la entrega de copia.

El derecho de los miembros de la corporación a obtener información regulada en la normativa de régimen local constituye un correlato del derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 23 de nuestra Carta Magna; y ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, caracterizados por mantener una interpretación amplia del derecho, limitando sus restricciones a casos muy justificados para la salvaguarda de datos protegidos.

Es evidente que el modo de cumplimentar los concejales el derecho al acceso a documentación que conste en los expedientes administrativos debe ser distinto en el momento de regulación del mismo en la Ley 7/1985 y en el ROF de 1986 que en nuestros días, por mor de la introducción de dos principios básicos que rigen no solo la tramitación y desarrollo del procedimiento administrativo, sino la propia participación de terceros en la vida administrativa.

Efectivamente, el primero de ellos es el de la electrificación del procedimiento. Proceso iniciado con la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y culminado con la reciente entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC). Esta, en su artículo 70.2 establece que los expedientes administrativos tendrán formato electrónico; y en el artículo 27.3, sobre las copias realizadas por las Administraciones públicas, regula en la letra a) las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, que deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento.

El segundo principio rector de la vida administrativa viene configurado por el de transparencia; y está concretado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Su artículo 5 regula los principios generales, disponiendo el apartado cuarto que «la información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización».

Siendo cierto que, conforme a la disposición adicional primera de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,

«se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información» (apartado segundo); la aplicación supletoria de la citada Ley de transparencia implica aplicar el contenido de su artículo 22.1 que establece que «el acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado expresamente otro medio».

También, en relación con el expediente administrativo, el artículo 70.3 de la Ley 39/2015 establece que

cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga.

La Ley de transparencia, por una parte, y de forma más concreta la Ley 7/1985, por otra, legitiman la remisión del expediente o, de documentos del mismo, a los miembros de las corporaciones locales que lo soliciten.

Por tanto, ninguna duda nos cabe de que, cuando un concejal solicita un ejemplar de la cuenta general o de los presupuestos para su fiscalización previa al tratamiento de los mismos en sesión plenaria y dichos documentos constan en formato electrónico en su correspondiente expediente administrativo, puede exigir que se le entreguen en formato electrónico reutilizable.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 30/1984 (medidas para la reforma de la función pública), art. 22.
- Ley 7/1985 (reguladora de bases del régimen local), arts. 3, 4, 26, 44, 53, 65, 68, 69, 70.2, 77, 107 y 111.

- Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA), arts. 19.1 a), 129, 131 y 134.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 5.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC), arts. 47, 70 y 133.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre (LRJSP), art. 9.
- Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TR disposiciones legales vigentes en materia de régimen local), arts. 134, 167 y 169.
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TR haciendas locales), arts. 15.3, 16 y 17.
- Real Decreto Legislativo 5/2015 (EBEP), arts. 3.1, 18, 70 y 89.
- Real Decreto 1690/1986 (Reglamento de población y demarcación de las entidades locales), art. 31.
- Real Decreto 2568/1986 (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 14, 15 y 16.
- Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo (Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado), art. 16.3.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, (protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos), arts. 4.1.
- SSTC de 4 de octubre de 1990 y de 19 de noviembre de 1992.
- SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 126/1987, 20 de enero de 1992, 8 de noviembre de 1999, 8 de abril de 2010 y 12 de abril de 2010.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
 - Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).
3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («» y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE

Tu currículum no dice que

CUANDO QUIERES ALGO NO HAY QUIEN TE PARE

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación y Recursos Digitales • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA