

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA PRIMERA**

GABINETE TÉCNICO



**SENTENCIAS FIRMADAS
DEL 14 AL 18 DE DICIEMBRE DE 2020
SECCIÓN 2ª**

**D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile**

D. Agustín Pardillo Hernández,
Letrado del Gabinete Técnico.

1.- SENTENCIA 659/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1230/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Votación y fallo: 26/11/2020

Materia: Contratos financieros. Alcance de la indemnización por el perjuicio sufrido con la contratación de unas obligaciones subordinadas. Reiteración de doctrina.

«[...] también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados «resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial».

En la medida en que para la determinación del perjuicio y, en su caso, cálculo de la indemnización es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las obligaciones subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia». Se estima el recurso de casación.

2.- SENTENCIA 660/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2181/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Votación y fallo: 26/11/2020

Materia: Contratos financieros. Contrato de préstamo hipotecario multidivisa. Superación del control de transparencia. Improcedencia de realización del control de abusividad si la cláusula que afecta a un elemento esencial del contrato es transparente. Reiteración de la jurisprudencia de la sala.

«1.- Son bastantes las sentencias de esta sala que han tratado el problema de la transparencia en los préstamos hipotecarios referenciados en divisas. Así, por ejemplo, en las sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias:

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

cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo».

2.- Es decir, para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia debe acreditarse que el prestatario pudiera ser consciente de que: (i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido.

3.- Pues bien, la Audiencia Provincial declara probado que el prestatario conocía ambos riesgos y en particular que sabía que podría verse obligado a devolver más cantidad de la recibida inicialmente.

Con esa base probatoria, no es posible afirmar que la cláusula multidivisa no superase el control de transparencia, salvo que se intente sustituir las conclusiones probatorias del tribunal de apelación por las de la parte recurrente». Se desestima el recurso de casación.

3.- SENTENCIA 656/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1047/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Votación y fallo: 26/11/2020

Materia: Contratos financieros. Alcance de la indemnización por el perjuicio sufrido con la contratación de unas obligaciones de deuda subordinada. Reiteración de doctrina.

«[...] también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados «resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial».

En la medida en que para la determinación del perjuicio y, en su caso, cálculo de la indemnización es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia». Se estima el recurso de casación.

4.- SENTENCIA 658/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1190/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Votación y fallo: 26/11/2020

Materia: Contratos financieros. Alcance de la indemnización por el perjuicio sufrido con la contratación de unas participaciones preferentes. Reiteración de doctrina.

«[...] también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados «resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial».

En la medida en que para la determinación del perjuicio y, en su caso, cálculo de la indemnización es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las participaciones y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia». Se estima el recurso de casación.

5.- SENTENCIA 663/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 1862/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Votación y fallo: 02/12/2020

Materia: Derecho de separación de socios de una sociedad limitada por falta de distribución de dividendos. Temporaneidad del ejercicio del derecho. Contenido de la oposición a la decisión de la junta general.

«1.- El art. 348 bis LSC, en la redacción aplicable temporalmente al caso, establecía:

«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.- A su vez, el orden del día de la junta general celebrada el 15 de octubre de 2011 incluía, en lo que ahora importa, los siguientes puntos:

«Primero. - Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales de la sociedad (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria), correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010.

»Segundo.- Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2020».

3.- El precepto transcrito concedía a los socios el derecho de separación cuando la junta general acordara que el resultado, pese a concurrir los requisitos legales para ello, no se aplicara, por lo menos en un tercio, a la distribución de dividendos; pero no exigía, pese a su aparente literalidad, que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las juntas de socios, con carácter general, es el órgano de administración, que puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado. Como ocurrió en este caso.

La ratio del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la junta general de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, llamó gráficamente «el imperio despótico de la mayoría». Y para el ejercicio del derecho, la Ley establece unos requisitos, entre los cuales se encuentra que el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata tanto de que vote a favor de que se distribuyan los dividendos (posibilidad que puede que no

contemple como tal el orden del día), como de que vote en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos.

4.- En este caso, la Audiencia Provincial considera probado que los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo (exigieron, según la transcripción de la grabación de la junta que se hace en el acta notarial) de que se aplicara a dividendos. Por lo que cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del art. 348 bis LSC. Y que corrobora la actual redacción del precepto, al decir «la junta general no acordara la distribución como dividendo». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

6.- SENTENCIA 657/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1048/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo
Votación y fallo: 26/11/2020

Materia: Contratos financieros. Alcance de la indemnización por el perjuicio sufrido con la contratación de unas obligaciones subordinadas. Reiteración de doctrina.

«[...] también en el presente caso podemos concluir que, como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados «resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado, (...) se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial».

En la medida en que para la determinación del perjuicio y, en su caso, cálculo de la indemnización es necesario descontar los rendimientos obtenidos durante la vigencia de las obligaciones subordinadas y la sentencia de apelación no siguió este criterio, procede casar la sentencia y asumir la instancia». Se estima el recurso de casación.

7.- SENTENCIA 664/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1394/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres
Votación y fallo: 03/12/2020

Materia: Derecho concursal. Clasificación de los créditos procedentes de procedimientos de derivación de responsabilidad tributaria. Reiteración de la jurisprudencia de la sala.

«Cuando la LGT regula las sanciones tributarias no incluye entre ellas a la derivación de responsabilidad tributaria y el art. 25.3 especifica que la sanción no forma parte de la obligación tributaria como tal. Del mismo modo, el art. 181 LGT no incluye entre los sujetos infractores al responsable solidario o subsidiario por derivación de responsabilidad de los arts. 42 y 43.

El autor o colaborador en la realización de una infracción tributaria es un obligado tributario más (art. 35.5 LGT), que responde de la deuda tributaria en la misma medida que el deudor principal. Incluso el propio art. 43.1 h) LGT aclara

que su responsabilidad se extiende a la sanción, lo que no sucede en todos los supuestos de responsabilidad. Lo que supone que para el obligado tributario por derivación de responsabilidad su deuda tributaria también se desglosa en principal, intereses, recargos y sanción.

La sentencia 1033/2019, de 10 de julio, de la Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, de este Tribunal Supremo, declaró:

«Los responsables son, en todo caso, obligados tributarios (art. 35.5) con una obligación material de pago que deriva, no de la realización del hecho imponible o de algún otro hecho relacionado con la obligación principal de pago, sino de un hecho ajeno al hecho imponible».

5.- El sujeto infractor deviene ex lege responsable de una deuda tributaria ajena. Es decir, no se trata de un crédito tributario nuevo, autónomo e independiente, sino del mismo crédito, reforzado o garantizado con un patrimonio adicional. Del art. 41.5 LGT se desprende que el acto administrativo de derivación es declarativo de responsabilidad respecto de una deuda que ya existía, y no constitutivo, puesto que no crea un crédito ex novo.

De este modo, la derivación de responsabilidad tributaria tiene una función meramente garantizadora de la recaudación, por lo que el sujeto responsable no sustituye al sujeto pasivo principal, sino que se sitúa junto a él como garante del crédito adeudado.

La antes citada sentencia 1033/2019, de 10 de julio, de la Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, de este Tribunal Supremo, resaltó el carácter de garante del responsable tributario, al declarar:

«Y es que, cuando el art. 41.1 LGT declara que “la Ley podrá configurar como responsables [...] de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades [...]”, no está definiendo una categoría jurídica, sino describiendo la posición jurídica que ocupa un responsable como garante personal del crédito tributario».

6.- En este orden de ideas, la sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo 88/2017, de 24 de enero, considera la responsabilidad del art. 43 LGT como una especialidad (lex specialis) del régimen de responsabilidad por deudas del art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

7.- A nuestro juicio, coincidente con el de la Sala Tercera, la derivación de responsabilidad tributaria al administrador societario guarda semejanza con la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. La jurisprudencia de esta sala ha configurado este género de responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, ex lege, en cuanto que su fuente - hecho determinante - es el mero reconocimiento legal (sentencias 367/2014, de 10 de julio; 246/2015, de 14 de mayo; 650/2017, de 29 de noviembre), que se concreta en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de este administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con lo que se pretende garantizar los derechos de los acreedores y de los socios.

En ningún caso se trataría de una sanción, puesto que como afirma la STC 164/1995, de 13 de noviembre, resulta improcedente extender el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de ese tipo de normas a medidas que no responden, verdaderamente, al ejercicio del ius puniendi del Estado y que una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria de determinados

comportamientos y otra distinta que toda medida con tal finalidad disuasoria constituya una sanción». Se estima el recurso de casación.

8.- SENTENCIA 662/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 1704/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Votación y fallo: 02/12/2020

Materia: Comunidades de bienes que desarrollan una actividad mercantil. Asimilación al régimen de las sociedades irregulares colectivas. Responsabilidad solidaria de los socios. Legitimación pasiva de los comuneros/socios por reclamación de las deudas sociales.

«Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable en estos casos al propio de las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del art. 127 Ccom, conforme al cual «todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla».

9.- *Esto es lo que sucede en el caso de la litis, cuyo objeto es una reclamación de cantidad por los géneros suministrados por el actor a la entidad «José Prieto Sánchez, C.B.», precio que se reclama a uno de los comuneros/socios bajo la tesis de que el demandado es socio de una sociedad mercantil irregular, por tener esta naturaleza aquella comunidad y, por tanto, responsable solidario de esa deuda.*

Ya vimos que el título constitutivo de la citada entidad incurre en confusión al utilizar indistintamente las expresiones de «comunidad de bienes» y de «sociedad civil». También vimos que entre las actividades de dicha comunidad, además de la agricultura, de naturaleza civil, figuran otras claramente mercantiles como «la venta en general de productos alimenticios».

Además, en la cláusula IV, relativa a la duración de la «comunidad» se pacta por tiempo indefinido «y siempre que la explotación de la referida empresa resulte rentable a juicio de los socios»; en la cláusula VI se concretan las aportaciones al «capital» de la entidad por un total de quince millones de pesetas; en la cláusula VII, relativa a los «derechos y obligaciones» de los partícipes se pacta que estos «percibirán en igual proporción las ganancias y, en su caso, las pérdidas». Finalmente, en la cláusula IX, relativa a la «responsabilidad de los comuneros» se acuerda que «todas las obligaciones legales, laborales, fiscales y administrativas competen en igual grado de responsabilidad de los comuneros». Y el propio contrato de suministro (de una cantidad de cereales por el importe adeudado) pone de manifiesto el ejercicio de esa actividad empresarial de forma efectiva.

10.- *Proyectando la jurisprudencia antes reseñada sobre este caso, no cabe calificar a la entidad «José Prieto Sánchez, C.B.» de comunidad de bienes estática, porque no se destina a la mera administración de unos bienes, con finalidad de aprovechamiento y conservación, sino a la explotación económica de un negocio de transformación y venta de todo tipo de productos alimenticios (sentencias 93/2016, de 19 de febrero). Resulta asimilable, por tal motivo, a las sociedades irregulares de tipo colectivo (sentencia 469/2020, de 16 de*

septiembre) a los efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad por las deudas sociales del art. 127 Ccom.

11.- En consecuencia, no se puede negar la legitimación pasiva del demandado, como socio de dicha entidad, pues no estamos en el caso de una comunidad de bienes sometida, también en las relaciones externas frente a terceros, al régimen del condominio de los arts. 392 y ss CC, en las que esta sala ha mantenido la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a todos los comuneros cuando la demanda afecte o se dirija contra la comunidad (sentencias de 28 de julio de 1999 y 336/2005, de 13 de mayo), en defecto de lo cual se produciría la consecuencia prevista en el art. 420.3 LEC, con anulación y retroacción de las actuaciones a la audiencia previa; sino que nos encontramos ante una relación jurídica asimilable a la de una sociedad irregular de tipo colectivo, en la que es predicable el régimen de responsabilidad solidaria propio de este tipo social». Se estima el recurso de casación.

9.- SENTENCIA 666/2020, DE 11 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 2080/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo
Votación y fallo: 25/11/2020

Materia: Contratos financieros. Contrato de cuenta de crédito hipotecario multidivisa. Solicitud de nulidad parcial de las cláusulas del contrato que se refieren a la opción multidivisa.

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

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

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

10.- SENTENCIA 665/2020, DE 10 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 2877/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Votación y fallo: 03/12/2020

Materia: Sociedades. Responsabilidad de administradores. Doctrina jurisprudencial sobre la acción de responsabilidad individual de los administradores: su naturaleza y presupuestos. Declarada judicialmente la existencia de un enriquecimiento injusto por un cobro indebido por parte de la sociedad administrada, la negativa reiterada e injustificada a su restitución genera responsabilidad individual del administrador.

«[...] resulta que el administrador demandado conoció la existencia de la situación de doble pago, y del carácter indebido del mismo. Previamente, ya tuvo conocimiento de esa misma situación a través de la comunicación que, a instancias de BBVA, le realizó Bankia para cancelar el crédito que anticipadamente esta entidad le había efectuado. Consta ya una primera negativa a dicha cancelación que, a la vista del resultado de proceso en cuanto a la acción de enriquecimiento injusto, fue injustificada. La nueva negativa a efectuar la restitución de las cantidades abonadas indebidamente (por error) no han podido justificarse ni en la existencia de alguna relación jurídica habilitadora de tales pagos, ni en una imposibilidad de afrontar el reembolso con cargo de los fondos de la sociedad.

6.- Es indudable que al no realizarse el reembolso se ha producido un incumplimiento de una obligación extracontractual de restitución del enriquecimiento injusto (art. 1895 CC y sentencia 352/2020, de 24 de junio). Este incumplimiento es imputable no sólo al titular de la obligación (la entidad Alaska). En las circunstancias de la litis, también es imputable a la referida conducta del administrador, pues no estamos en el caso de un mero incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales de la sociedad administrada, sino ante un incumplimiento vinculado a una conducta del administrador (al obviar un requerimiento claro de restitución de un pago indebido que imponía, cuando menos, una revisión de su realidad y justificación), que se traduce en una infracción nítida del deber general de diligencia que le impone la ley, pues sin causa justificada (ni de carácter jurídico, ni de imposibilidad fáctica) se niega reiteradamente a efectuar el reembolso de las cantidades cobradas indebidamente por la sociedad que administra. Y esta situación se mantiene durante un plazo de tiempo dilatado, más allá del que se pueda considerarse razonable para realizar las averiguaciones de las circunstancias concretas que permitieran, a un administrador diligente, recabar la información precisa para constatar el hecho del cobro indebido.

La antijuridicidad de esta conducta no se ve paliada (al modo de una improcedente compensación de culpas), por el hecho de que el origen del enriquecimiento injusto se sitúe en un pago indebido, realizado por error, por empleados de la propia entidad perjudicada (que, además, pudo haber sido propiciado por la directora financiera de la sociedad). En el marco negocial al que estaban vinculadas las partes (como emisor y beneficiario, respectivamente, del crédito documentario), tal conducta es contraria a las exigencias de buena fe (arts. 7.1 y 1897 CC), exigencias que se proyectan también sobre el comportamiento de quien ostenta la representación orgánica de la sociedad que obtuvo aquel lucro indebido. El principio de la buena fe no sólo constituye un

límite al ejercicio de los derechos, sino que también es fuente de deberes de conducta, cuya infracción es un ilícito y, como tal, fuente de responsabilidad (arts. 1.101 y 1.902 CC).

7.- Como hemos dicho más arriba, la responsabilidad de los administradores de que trata el art. 241 LSC no es una responsabilidad objetiva, ni aquellos se convierten por méritos de ese precepto en garantes de la sociedad. Pero en el presente caso ha quedado acreditada una conducta específica y propia del administrador que ha ocasionado un daño directo al patrimonio de la demandante, y cuya antijuridicidad deriva del hecho de constituir una contravención a una obligación legal, la del deber de diligencia del art. 225 LSC, que, en consecuencia, permite apreciar en el caso la concurrencia de todos los presupuestos legales para exigir la responsabilidad directa del administrador, conforme al art. 241 LSC, según los ha interpretado la jurisprudencia de esta sala». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

11.- SENTENCIA 684/2020, DE 15 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 5269/2019

Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Votación y fallo: 10/12/2020

Materia: Derechos fundamentales. Derechos al honor y a la intimidad personal. Artículo periodístico en que se desvela la orientación sexual de un cargo público y que siendo niño, sufrió las burlas de sus compañeros en el colegio por este motivo

«Como declara la sentencia 358/2020, de 24 de junio, con cita de otras anteriores, «si bien en los procesos sobre tutela de derechos fundamentales no constituye cuestión probatoria la valoración del tribunal sentenciador sobre la afectación de los derechos en conflicto, en ningún caso cabe desvirtuar la naturaleza del recurso de casación denunciando una infracción cuya apreciación solo sea posible si se obvian los hechos probados o si, como si se tratara de una tercera instancia, se pretende que esta sala corrija la fijación de los hechos por el tribunal sentenciador o lleve a cabo una nueva valoración conjunta de la prueba».

2.- En consecuencia, no puede admitirse un recurso de casación que, para prosperar, debería partir de un hecho contrario a lo afirmado en la instancia.

3.- Por otra parte, el fallo de la sentencia recurrida se basa no solo en que en el artículo en cuestión se desvelara un hecho afectante a la intimidad del demandante, su orientación sexual, pues este no lo había hecho público con anterioridad, sino también en otros pasajes del artículo en los que se desvelaba que el demandante lo había pasado mal con determinado profesor de gimnasia y había sido objeto de burlas por parte de sus compañeros de clase por razón de su orientación sexual, cuestión esta que queda completamente obviada en los argumentos del recurso». Se estima en parte el recurso de casación.

12.- SENTENCIA 671/2020, DE 11 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 3152/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena
Votación y fallo: 02/12/2020

Materia: Derechos fundamentales. Derecho de asociación. Partido político. Vulneración del derecho de asociación del afiliado, en su faceta de derecho de participación, por la no convocatoria del congreso nacional en el plazo fijado en los estatutos del partido.

«El argumento de la sentencia recurrida de que la falta de convocatoria del congreso nacional ordinario del partido «no se revela, en absoluto, como una decisión arbitraria e injustificada encaminada a privar a los afiliados de su derecho de participación democrática», no puede ser aceptada. La justificación consistente en las dificultades en formar gobierno tras las elecciones de diciembre de 2015, no puede estimarse, pues el congreso debió celebrarse en febrero de 2015, por lo que cuando se celebraron esas elecciones ya se había producido un retraso de diez meses respecto de la fecha en que debió haberse celebrado, de acuerdo con los estatutos.

38.- Con independencia de cuál fuera la finalidad a la que respondió esa falta de convocatoria en la fecha exigida estatutariamente, la entidad del retraso supuso, objetivamente, una vulneración del derecho de participación del demandante en el funcionamiento y organización del partido. La celebración regular del congreso nacional, por las competencias atribuidas a tal órgano en tanto que asamblea general del partido, tiene singular importancia para la efectividad de tal derecho.

39.- En la oposición al recurso se argumenta también que la potestad de autoorganización del partido político supone que el derecho de participación del afiliado viene regulado no solo por los estatutos del partido, sino también por lo acordado por los órganos directivos competentes.

40.- Dicho argumento no puede estimarse. Lo acordado por los órganos directivos competentes no puede, en ningún caso, vulnerar las normas legales ni las normas estatutarias, sin perjuicio de que tales normas estatutarias puedan ser modificadas por el órgano competente, por los cauces estatutarios y dentro de los márgenes legales y constitucionales.

41.- Como declaramos en la sentencia 178/2018, de 3 de abril, el principio de autoorganización de las asociaciones (entre las que hay que incluir, a estos efectos, los partidos políticos) tiene ínsito un elemento de juridicidad que impide que los órganos directivos infrinjan la normativa estatutaria de la que la asociación se ha dotado. Y la STC 104/1999, de 14 de junio, declaró que «[e]l derecho de los socios como miembros de la asociación consiste en el derecho a que se cumplan los estatutos, siempre que éstos sean conformes a la Constitución y a las leyes». Se estima el recurso de casación.

13.- SENTENCIA 676/2020, DE 15 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 496/2017

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo
Votación y fallo: 03/12/2020

Materia: Contratos financieros. Validez de la estipulación primera del contrato privado que modifica la originaria cláusula suelo (4,00%), en el sentido de situarla

a partir de entonces en el 2,55%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. La cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, puede ser válida siempre que no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada.

«En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, dentro de un acuerdo transaccional, la STJUE de 9 de julio de 2020 admite su validez siempre que no se refiera a controversias futuras y haya sido individualmente negociada y libremente aceptada. En caso de no haber sido individualmente negociada, la cláusula de renuncia debería cumplir con las exigencias de transparencia, representadas porque el consumidor dispusiera de la información pertinente que le permitiera comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula.

En este sentido, la sentencia concluye: primero, que «la cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como "abusiva" cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula; y segundo, que la «renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor».

Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 14 de noviembre de 2013, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está escrita, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a «cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado -del contrato de préstamo-, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha». Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en ese caso, podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca a cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

6. En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado 14 de noviembre de 2013 que modifica la originaria cláusula suelo (4,00%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,55%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, situados en el momento en que fue alcanzado (con las incertidumbres de entonces sobre la validez de la cláusula suelo y la limitación de efectos retroactivos si se declarara nula), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo al 2,55%: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a reducir el límite, asegurándose que cuando menos a partir de entonces la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia.

Esta modificación de la cláusula suelo opera únicamente a partir de la fecha del contrato privado, de 14 de noviembre de 2013.

Se declara la nulidad de la cláusula suelo establecida en la escritura de préstamo hipotecario de 24 de enero de 2008, que se tiene por no puesta y en su consecuencia procede la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa inicial cláusula suelo». Se estima en parte el recurso de casación.

14.- SENTENCIA 683/2020, DE 15 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 2462/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Votación y fallo: 10/12/2020

Materia: Tutela sumaria de la posesión de vivienda arrendada con la superficie resultante de la anexión de unas dependencias de otra vivienda colindante resultado de la construcción de un tabique realizada en el año 2003. El acto de la demandada al que vincula la perturbación es un acuerdo de la junta general de socios de la sociedad arrendadora en el que se decide «eliminar el tabique». La cuestión sobre la que gira la controversia es la de si el hecho de que la eliminación del tabique haya sido decidida en una junta de socios inviste a ese acto de una licitud que excluye la protección propia de la tutela sumaria de la posesión que se limitaría a los actos de despojo o perturbación posesoria de carácter ilícitos.

«[...] el hecho de que la tutela sumaria de la posesión encuentre su fundamento «en la conveniencia de un logro acelerado y provisional de una paz jurídica inmediata, que, dando solución momentánea al conflicto suscitado, cumpla con unos fines pacificadores y de social armonía», y para ello se prohíban «aquellos actos de los particulares que unilateralmente, y por su propio poder, quieran imponer por propias vías de hecho, desentendiéndose de los instrumentos jurídicos y de los cauces jurisdiccionales que todo Estado de Derecho concibe y habilita» (sentencia de 21 de abril de 1979), no resulta compatible con la pretensión de eludir esos «cauces jurisdiccionales» mediante el recurso a una actuación de parte, unilateral, como es la adopción de un acuerdo social de la arrendadora del inmueble.

9.- La Audiencia no lo ha interpretado así, pues ha considerado que en este caso «no existe acto de perturbación o despojo o vía de hecho, sino un acuerdo por el que se trata de restituir el estado y superficie de la vivienda arrendada a su situación anterior, esto es, a la existente en el momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que deriva de un acuerdo adoptado conforme a la legislación de las sociedades de capital y que no ha sido impugnado por la demandante». Con ello ha infringido la doctrina jurisprudencial de esta sala, pues ha entendido que la existencia de un acto de voluntad de una de las partes contratantes del arrendamiento (la arrendadora), por el hecho de que se haya adoptado con cumplimiento de los requisitos que para su adopción formal requiere la ley de sociedades de capital (convocatoria, válida constitución de la junta, votación, etc), es suficiente para legitimar dicha decisión y anteponerla a la protección posesoria y sumaria que garantizan los arts. 441 y 446 CC.

Esta protección discurre por cauces procedimentales (art 250.1. 4º LEC) distintos a los de la impugnación de los acuerdos sociales (art. 204 LSC), sin que

la ley subordine en forma alguna la protección posesoria de la arrendataria que también es socia de la compañía propietaria del inmueble arrendado a la previa impugnación del acuerdo social. El contrato de sociedad, en principio, no interfiere en la relación arrendaticia, de forma que los derechos que a uno de los socios corresponde por razón del contrato de arrendamiento, o por su situación posesoria sobre el objeto arrendado, no quedan disminuidos o anulados por el hecho de su condición de miembro de la compañía arrendadora.

10.- La Audiencia basa también su conclusión en el hecho de que en el caso no concurre el animus spoliandi. Este argumento no puede mantenerse. Como dijimos en nuestra sentencia 79/2011, de 1 de marzo, «no puede confundirse el animus spoliandi con conciencia de ilegalidad pues la intención de despojo se presume siempre, mientras no se demuestre lo contrario, de modo que si los actos denunciados, y probados en el proceso, fueran objetivamente constitutivos del despojo posesorio, poco ha de importar cuál sea la intención del agente al protagonizarlos, ya que la antijuricidad del hecho no se elimina con la simple alegación de estar en la creencia de que se ejerce un derecho, siendo el ánimo elemento definitorio tan sólo en aquellos supuestos de actuaciones ocasionales o equívocas que, incidiendo en el normal disfrute de la posesión ajena, puedan dar o no lugar a la prestación de la tutela posesoria según la finalidad con la que se llevan a cabo».

En este caso, como se ha puesto de manifiesto, la intención de eliminación de la posesión de la demandante sobre la parte del piso quinto anexionada al piso sexto arrendado, desde 2003, resulta evidente, pues consta de manera formal y explícita en el acuerdo de la junta general de la sociedad de 13 de junio de 2016». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

15.- SENTENCIA 675/2020, DE 15 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 4246/2016

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Votación y fallo: 02/12/2020

Materia: Recurso extraordinario por infracción procesal. Falta de legitimación para instar la nulidad de una cláusula suelo y reclamar las cantidades cobradas de más en aplicación de dicha cláusula, porque existió una transacción que contenía una renuncia al ejercicio de esas acciones, que es válida según los parámetros fijados por la jurisprudencia del TJUE en su sentencia de 9 de julio de 2020.

«En este caso, los datos necesarios les fueron aportados, porque en la cláusula tercera, de forma muy clara, se les explicaba cuál sería el interés que estarían pagando en ese momento si no se aplicara la cláusula suelo, a esa fecha (31 de julio de 2013), que sería del 1,907%. Con esta información, los consumidores podían, como afirma el Tribunal de Justicia, calcular fácilmente esas cantidades, teniendo en cuenta que, dada la proximidad de la fecha de referencia (el 9 de mayo de 2013, en atención a que el Tribunal Supremo había declarado que las cantidades a devolver lo serían desde esa fecha), bastaría calcular la diferencia entre el interés aplicado desde entonces hasta el 31 de julio de 2013 (apenas tres meses), interés que era el suelo incluido en la originaria escritura (2,75%), y el que habría que aplicar si no existiera el suelo (1,907%) [...] La renuncia al ejercicio de las acciones fundadas en la originaria cláusula

suelo contenida en esta transacción conlleva que los prestatarios carecieran de legitimación para instar la nulidad de aquella originaria cláusula suelo y la reclamación de cantidad basada en lo que se denunciaba cobrado de más en aplicación de la cláusula suelo [...]

En consecuencia, debía prosperar la excepción de falta de legitimación activa de la parte demandante, formulada por la entidad demandada en su contestación a la demanda, y que se fundaba en la expresa renuncia a las acciones judiciales ejercitadas, contenida en el acuerdo transaccional de 31 de julio de 2013». Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal y se estima el recurso de casación.

16.- SENTENCIA 685/2020, DE 16 DE DICIEMBRE. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN. NUM.: 1114/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Votación y fallo: 10/12/2020

Materia: Recursos extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuesto contra una sentencia de apelación dictada en un incidente concursal de resolución de un contrato en interés del concurso. El recurso se ha formulado por una vía inadecuada, la del ordinal 2º del art. 477.2 LEC (cuantía superior a 600.000 euros), cuando debía haber seguido la modalidad del ordinal 3º del art. 477.2 LEC (interés casacional). La inadmisión del recurso de casación conlleva la del recurso extraordinario por infracción procesal.

«La lectura del recurso de casación e infracción procesal no da lugar a duda de que el recurso de casación se interpuso por el cauce del ordinal 2.º del art. 477.2 LEC, por razón de la cuantía [...]

En ningún momento se hace referencia al interés casacional. Tampoco cuando, después de desarrollar los motivos del recurso extraordinario por infracción, comienza a analizar el recurso de casación. El recurrente vuelve a insistir en que el recurso de casación se plantea de acuerdo con lo establecido en el art. 477.2.2º LEC, al haberse dictado la sentencia en segunda instancia por la Audiencia Provincial y estar incluida en el caso del apartado 2º del art. 477.2 LEC por exceder la cuantía del asunto de 600.000 euros.

La doctrina de la sala sobre el cauce adecuado para interponer el recurso de casación en el caso de sentencias de apelación dictadas en el curso de un incidente concursal es muy clara y se contiene, entre otras resoluciones, en el auto de 21 de marzo de 2019:

«El recurso no puede ser admitido por haber incurrido el recurrente en error en la modalidad elegida, ya que tratándose de un recurso frente a una sentencia dictada en segunda instancia en un incidente concursal en el que se resuelve una acción de reintegración (art. 72.4 de la Ley Concursal), la única vía posible de acceso a la casación sería la del interés casacional que contempla el ordinal tercero del art. 477.2 LEC . Ya esta sala señalaba en el acuerdo antes mencionado de fecha 30 de diciembre de 2011, actualizado por el de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, que el recurso por razón de interés casacional cabe no solo cuando se interponga contra sentencias dictadas en los asuntos tramitados por razón de la cuantía -si ésta no excede de la que fija la LEC o si es indeterminada o inestimable-, sino también contra resoluciones dictadas en procesos seguidos por razón de la materia, entre las cuales -además de las

dictadas en los procesos a que se refieren los artículos 249.1 y 250.1 LEC - figuran, entre otras, las sentencias que con arreglo a la Ley Concursal tengan acceso al recurso de casación, incluyendo el artículo 197.7 LC las sentencias que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta, como es el caso.

»Por lo tanto, cuando se pretenda interponer un recurso de casación contra una sentencia dictada en un incidente concursal, la modalidad que procede será la prevista en el número 3º del artículo 477.2 LEC relativa al interés casacional, al tratarse de una sentencia dictada en un proceso tramitado por las normas del incidente concursal por razón de la materia. El trámite del incidente concursal no atiende a la cuantía, sino a la especial materia concursal en la que se desenvuelve, siendo que dicho trámite será el que se siga en todo caso con independencia de la cuantía del concreto proceso. El escrito de interposición del recurso ha de cumplir las exigencias impuestas por el art. 477 LEC y, por lo tanto, además de indicar la infracción legal que sirve de motivo de recurso, el recurrente debe acreditar desde ese mismo momento la presencia del interés casacional manifestado en alguno de los elementos que integran dicha modalidad y que contempla el art. 477.3 LEC, ya sea por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales o por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años. Sin que pueda eludirse esta exigencia porque la cuantía del procedimiento exceda de 600.000 euros».

La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva a apreciar la causa de inadmisión que en este momento se convierte en causa de desestimación, no sólo del recurso de casación, sino también del recurso extraordinario por infracción procesal, que, en atención a la modalidad del recurso de casación por interés casacional, sólo podía ser admitido de serlo el de casación». Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.

17.- SENTENCIA 677/2020, DE 15 DE DICIEMBRE. RECURSO DE CASACIÓN. NUM.: 1763/2018

Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Votación y fallo: 09/12/2020

Materia: Derecho concursal. Créditos contra la masa. Liquidaciones de IVA. Requisitos de la compensación.

«A la compensación tributaria le son aplicables los requisitos previstos en el art.1196 CC (vencimiento, liquidez y exigibilidad), por lo que solo puede tener lugar cuando haya llegado el momento de cumplimiento de la obligación de que se trate y exista certeza sobre la existencia y cuantía de la deuda. Aunque ello no implica que el acto que reconozca la devolución deba ser firme, pues el art. 71.1 LGT únicamente exige que el crédito esté reconocido por acto administrativo.

La normativa tributaria (arts. 138 a 143 del Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos) contempla un sistema de cuenta corriente mediante el que se anotan tanto las cantidades pendientes de devolución como las pendientes de ingreso, compensando unas

con las otras. Pero la compensación no es automática, sino que requiere el dictado de un acuerdo que así la declare.

La solicitud de compensación en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, sin perjuicio del interés de demora (artículo 72.2 de la LGT. Y si la deuda se encuentra en período ejecutivo, se compensará de oficio por la Administración (artículo 73.1 de la LGT, incluso cuando las cantidades resulten de la ejecución de una resolución.

5.- Sobre esta base, la mención a la compensación en periodo voluntario no quiere decir que no pueda realizarse antes, sino únicamente que mientras no transcurra el periodo voluntario no puede ejecutarse. Como hemos visto, el art. 71 LGT no requiere que el acto administrativo deba ser firme, por lo que los requisitos de vencimiento, exigibilidad y liquidez ya se cumplían cuando se dictó el acuerdo de 23 de noviembre de 2016, sin que a ello afectara que posteriormente se acogiera parcialmente una alegación del deudor y se aminorara el importe resultante de la compensación.

6.- Así se desprende de la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo (Sala 3ª) de este tribunal, interpretativa de los requisitos de la compensación tributaria. Como declara la sentencia 825/2020, de 19 de junio, con cita de otras precedentes:

«Como concluimos en la repetida sentencia de 4 de marzo de 2010, esta Sala nunca ha afirmado que para que puedan extinguirse total o parcialmente por compensación las deudas tributarias deban ser firmes en vía judicial, sino que nos hemos limitado a reclamar que se trate de deudas vencidas, líquidas y exigibles, lo que significa que, cuando el sujeto pasivo del tributo impugne la liquidación tributaria de que se trate en vía administrativa o judicial y solicite y obtenga la suspensión de su ejecución, mientras se prolongue esta situación, la deuda no será susceptible de compensación con los créditos a su favor; ahora bien, este efecto no es consecuencia de la ausencia de firmeza, sino de la pérdida, por razones cautelares, de su condición de exigible».

En este caso, no consta que la deudora solicitara la suspensión de la ejecución mientras se resolvían sus alegaciones, por lo que concurrían los requisitos de la compensación». Se desestima el recurso de casación.

Diciembre 2020.