

Referencias Jurídicas CMS

Mayo 2021

Referencias Jurídicas CMS

Mayo 2021

Artículos de fondo

Procesal y Arbitraje

¿La negativa a identificarse y a abrir la puerta a las Autoridades Policiales puede justificar un acceso no consentido a la vivienda?4
Eugenia González

Post jurídicos

Procesal y Arbitraje

El derecho de la defensa a conocer el contenido de las actuaciones7
Enrique Remón

El convenio como herramienta para empezar de nuevo8
Livia Domingo

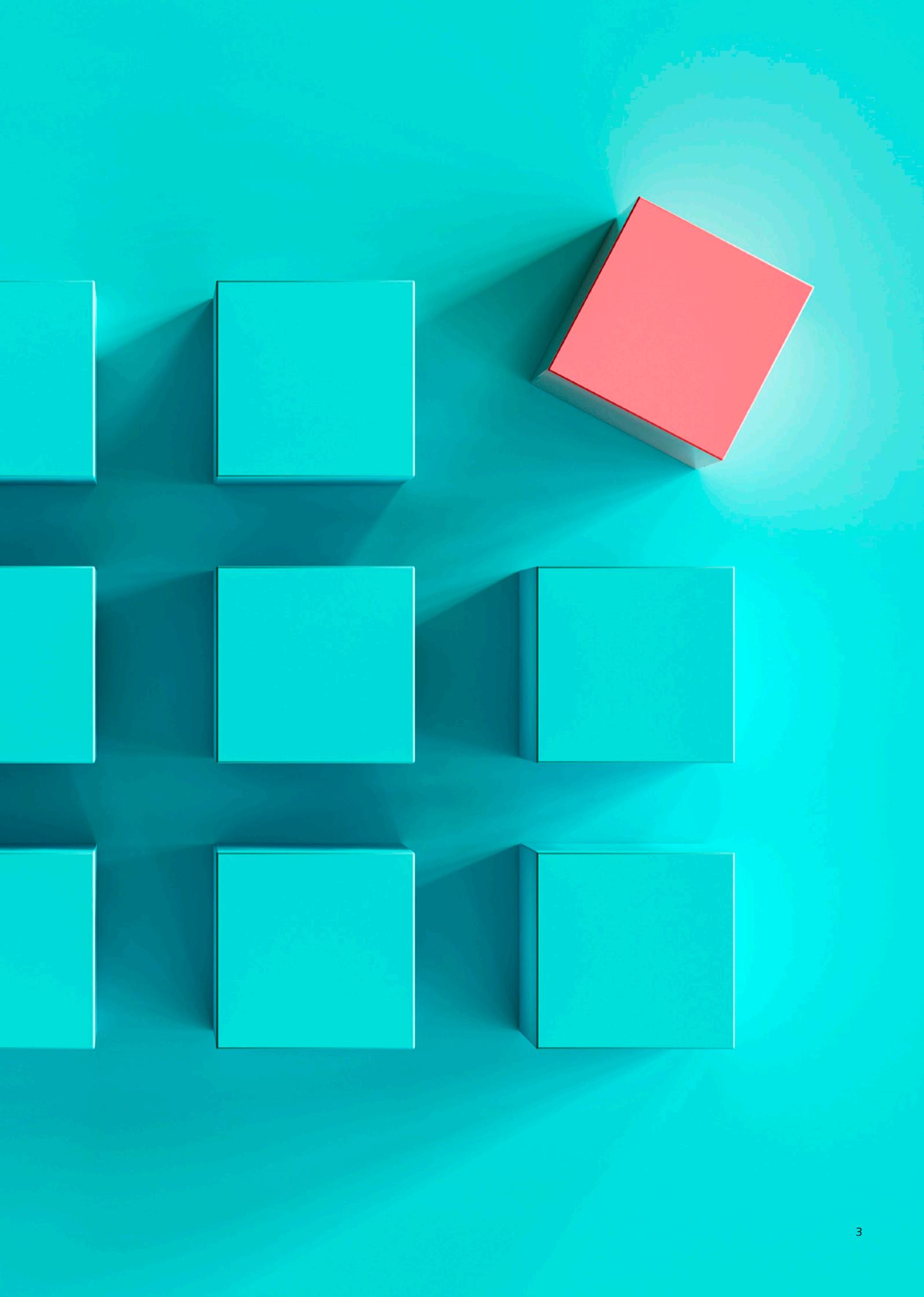
Mercados y Servicios Financieros

Régimen de nulidad de la fianza solidaria en caso de engaño doloso10
Ignacio de Isasa

Actividades reguladas y no reguladas en el objeto social12
Santiago García de Fuentes

Corporate / M&A

La Junta General es la competente para nombrar al auditor de las cuentas anuales consolidadas formuladas voluntariamente14
Victoria Vilar



Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo Procesal y Arbitraje

Mayo 2021

¿La negativa a identificarse y a abrir la puerta a las Autoridades Policiales puede justificar un acceso no consentido a la vivienda?

Eugenia González

Recientemente, diversos medios de comunicación se hacían eco de la noticia según la cual la Policía Nacional había derribado la puerta de una vivienda de Madrid, en la que jóvenes de diversas nacionalidades se encontraban celebrando una fiesta ilegal, incumpliendo las normas autonómicas dictadas como consecuencia de la pandemia, en concreto, el toque de queda –interdicción general de la movilidad ciudadana desde las 23:00 horas hasta las 06:00 horas– y la prohibición de mantener reuniones sociales en domicilios.

Al parecer, la Policía habría llamado reiteradas veces a la puerta del piso en cuestión, solicitando a las personas en su interior que se les permitiera entrar y, ante la hostil y reiterada negativa de éstas, los Agentes habrían decidido emplear la fuerza para derribar la puerta con un ariete. La actuación se saldó con nueve detenidos, de los catorce individuos que se encontraban en el interior de la vivienda.

Las reacciones a la noticia no se hicieron esperar, surgiendo diversas opiniones y posturas enfrentadas: desde quienes entendían necesaria y proporcionada la actuación policial –pues se trataría, en todo caso, de evitar una mayor propagación del virus, teniendo en cuenta además que los jóvenes llevarían organizando fiestas durante varios días seguidos, a altas horas de la madrugada y generando elevados niveles de ruido– hasta quienes consideraban excesiva e intolerable dicha irrupción en una vivienda privada. Algunos juristas apuntaron incluso que los Agentes podrían haber cometido con su actuación un delito de allanamiento de morada en concurso medial con un delito de daños, previstos, respectivamente, en los arts. 204 y 263 del Código Penal.

Pero ¿qué dice la Ley al respecto? ¿Bajo qué supuestos está autorizado el acceso no consentido a la vivienda por parte de terceros, ya se trate de un particular o de la propia Autoridad?

Conviene comenzar recordando que la inviolabilidad del domicilio constituye un derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna, prerrogativa que únicamente puede ceder en caso de (i) consentimiento de su titular, (ii) cuando medie resolución judicial o (iii) se esté ante un delito flagrante –para evitar la consumación del mismo o la desaparición de sus efectos–.

En el caso que nos ocupa resulta claro que no concurrían ni la primera ni la segunda de las condiciones enunciadas, pero ¿a qué se refiere la Constitución Española cuando habla de “flagrante delito”?

La respuesta la hallamos en el art. 795.1. 1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que preceptúa lo siguiente: “(...) se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. (...)”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, lo ha definido como aquella *“situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito”* (STC núm. 341/1993, de 18 de noviembre). El Tribunal Supremo ha ofrecido también un concepto similar de delito flagrante: *“el que encierra en sí la prueba de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo, de manera que la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria”* (STS, Sala Segunda, núm. 1577/2001, de 12 de septiembre).

¿Qué delito flagrante se estaría cometiendo entonces en el interior de aquella vivienda que legitimase la injerencia policial?

De un lado, la celebración de una fiesta incumpliendo las restricciones sanitarias, por mucho que infrinja la normativa actual y sea merecedor de reproche, no es un hecho constitutivo de delito. Estaríamos ante una mera infracción administrativa que llevaría anudada la correspondiente sanción en dicho orden. Cuestión distinta es si, en la medida en que este tipo de comportamientos suponen un grave riesgo para la salud pública, se debería reflexionar y debatir sobre la conveniencia de su tipificación como delito leve mientras dure la pandemia.

En relación con lo anterior, resulta necesario traer a colación el art. 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el cual preceptúa: *“Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.”* Por tanto, en casos como el analizado, lo adecuado sería, en primer lugar, recabar la preceptiva autorización del Juzgado de lo Contencioso-administrativo y, posteriormente, si se tiene conocimiento de la posible comisión de un delito flagrante, acceder al domicilio privado en caso de denegación del consentimiento por su morador.

De otro lado, la construcción de un flagrante delito de desobediencia grave del art. 556 del Código Penal también resulta problemática si tenemos en cuenta la propia definición legal y jurisprudencial del concepto, anteriormente expresada. En efecto, el delito de desobediencia se produciría tras la llegada de los Agentes del orden, de hecho, sería la propia intervención policial la que propiciaría su comisión, pues el delito se consumaría cuando, tras requerir a las personas en el interior del domicilio que abriesen la puerta, éstas se niegan. Como acabamos de ver, el delito flagrante es aquel que ya ha empezado a cometerse cuando el delincuente es sorprendido, o el que acaba de cometerse en el momento inmediatamente anterior a su descu-

brimiento, no encontrándonos en el caso que nos ocupa en ninguno de estos dos supuestos.

En cualquier caso, tampoco podría considerarse constitutiva de delito la conducta consistente en negarse a abrir la puerta a los Agentes del orden pues, como acabamos de exponer, el domicilio es inviolable y, ante la falta de consentimiento de su titular, solo cabrá menoscabar dicho derecho fundamental, irrumpiendo forzosamente en la morada ajena, si se dan alguno de los restantes requisitos enunciados en el art. 18.2 de nuestra Constitución.

Otro de los argumentos aludidos por los defensores de la actuación policial sería la imposibilidad de considerar el piso en cuestión como “domicilio” a efectos de la inviolabilidad recogida en el art. 18.2 de la Constitución Española, y ello porque, al parecer, se trataría de un piso de alquiler turístico, llegándose a afirmar incluso que la mayoría de los presentes ni siquiera vivirían allí. Pero ¿una estancia meramente transitoria o temporal es en sí suficiente para descartar la consideración de “domicilio” y, por tanto, para excluir la protección que la Constitución brinda a la morada?

La doctrina jurisprudencial ha consolidado un concepto amplio y flexible de lo que debe entenderse por domicilio a efectos del mencionado art. 18.2. En concreto, el Tribunal Constitucional ha indicado que la protección constitucional del domicilio es de carácter instrumental y defiende *“los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de una persona”* (STC núm. 22/1984, de 17 de febrero).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1448/2005, de 18 de noviembre, desarrolla este criterio en consonancia con el espíritu constitucional, entendiendo como “domicilio”, *“cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar”, estimándose que constituye domicilio o morada, “cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive una persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotte, habitaciones de establecimientos hoteleros, etc.”.*

Por el contrario, no integrarían el concepto de vivienda, los locales comerciales o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.), en la medida en que se trata de espacios esencialmente destinados a su apertura al público, protegiéndose en cambio por el art. 18.2 de la Constitución la intimidad como *“valor esencialísimo”, “que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí, ni en defensa de su propiedad”.*

Por tanto, resultaría indiferente el carácter temporal o el uso turístico de la vivienda, que ésta se posea en virtud de título dominical o de contrato de alquiler, que se permanezca en ella durante horas, días o años. En la medida en que se trate de un espacio físico limitado, escogido por uno o más sujetos para su realización y desenvolvimiento personal, para el ejercicio de su privacidad y la proyección

de aspectos de su vida íntima –entre los que se encontrarían la celebración de reuniones con allegados–, como emanación y prolongación del propio individuo, debe otorgársele protección constitucional y ha de quedar exento o inmune frente a agresiones externas.

Esta protección constitucional del domicilio explica además las garantías procesales establecidas para la práctica de las diligencias de entrada y registro en domicilios (cf. art.s 545 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Puede verse a este respecto la muy reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 272/2021, de 24 de marzo (Ponente: Excmo. D. Julián Sánchez Melgar) que reafirma la ilegalidad de la entrada previa en el domicilio sin salvoconducto judicial, declarando la nulidad del registro que se realice, y ello, a pesar de que el acceso se produzca como medida de aseguramiento del posterior registro autorizado, es decir, con carácter preventivo, para evitar la sustracción de los instrumentos, objetos y efectos del delito.

Finalmente, el asunto analizado plantea otro interrogante. Según las noticias publicadas, en el atestado policial emitido se habría hecho constar que el único objetivo de la intervención había sido que las personas en el interior de la vivienda abriesen la puerta, con el fin de poder identificarles y, en su caso, llamar a la Policía Municipal.

La duda que podría surgir en este sentido sería si, independientemente de la legitimidad o no de los Agentes para acceder a la vivienda, la negativa a identificarse podría ser en sí misma constitutiva de un delito de desobediencia grave del ya mencionado art. 556 del Código Penal o si, por el contrario, habría que entender que estaríamos en todo caso ante una desobediencia de carácter leve (anteriormente tipificada como falta del art. 634 del Código Penal), teniendo por tanto que reconducirse dicha conducta en la actualidad por la vía sancionadora administrativa.

En este sentido, el art. 16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana establece:

“1. En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos: a) Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción. [...] En estos supuestos, los agentes podrán realizar las comprobaciones necesarias en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento.

2. Cuando no fuera posible la identificación [...] o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas. [...]

5. En los casos de resistencia o negativa a identificarse o a colaborar en las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, en esta Ley.”

Es decir, si bien los Agentes del Orden están legalmente autorizados para requerir la identificación de aquellos sujetos sospechosos de haber cometido alguna infracción –de cualquier índole–, el precepto no ampara el acceso no consentido al domicilio privado en caso de negativa a identificarse, pues ello conculcaría lo establecido en el art. 18.2 de la Constitución sobre la inviolabilidad del domicilio. De este modo, la Ley faculta meramente a los Agentes para efectuar las comprobaciones pertinentes en “el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento”, es decir, en el caso que nos ocupa, debiendo permanecer en todo caso en el exterior de la vivienda.

Por otro lado, respecto de la relevancia jurídica de la conducta consistente en no identificarse ante el requerimiento de la autoridad, el art. 36.6 de la mencionada Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana establece como infracción grave –sancionada con multa de 601 a 30.000 euros– *“la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes”.*

Por tanto, del tenor literal del precepto parecería desprenderse que estaríamos ante una mera infracción administrativa.

Esta ha sido además la postura adoptada por las Audiencias Provinciales de nuestro país. Puede verse por ejemplo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) en su Sentencia núm. 365/2015, de 18 de mayo, la cual determinó que *“la reiterada negativa a entregar la documentación para su identificación y las expresiones de menosprecio que el acusado profirió a los agentes de la Policía no rebasan la desobediencia para su incardinación en supuestos de los que se pudiese predicar la gravedad, dado que otro tipo de solución agrandaría injustificadamente el ámbito del delito en supuestos de la mera negativa a la identificación y falta de respeto vaciando de contenido falta de desobediencia...”.* O, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª) núm. 367/2017 que estableció que: *“(...) la negativa reiterada a la identificación es compatible con una leve desobediencia –también penalmente atípica–”.*

En definitiva, estaríamos ante un tipo de desobediencia leve, penalmente irrelevante a día de hoy, y que, como decimos, en ningún caso autorizaría la entrada en la vivienda ajena, debiendo darse para ello alguno de los requisitos establecidos en el art. 18.2 de nuestra Carta Magna. Ello es especialmente relevante en la medida en que, toda consecuencia probatoria derivada de un registro ilegal, devendrá ineficaz en sede judicial.

El derecho de la defensa a conocer el contenido de las actuaciones

Enrique Remón
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

Recuerda el Tribunal Supremo que la ocultación de la investigación policial y preprocesal no quebranta el derecho.

El Tribunal Supremo, por medio de la sentencia 312/2021 de 13 de abril se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 7 de la Directiva 2012/13 UE Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo que resultó trasladada al derecho procesal español por medio de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los recurrentes del presente procedimiento estiman que se ha vulnerado su derecho de defensa por cuanto los tribunales de instancia no les permitieron acceder a una copia de la comunicación de las autoridades policiales de otro país que dieron lugar a la incoación del procedimiento penal, a través del cual se interceptó otro delito que no tenía relación con la comunicación inicial.

Recuerda el Tribunal Supremo, que el artículo 7 de la Directiva citada permite limitar el acceso a la totalidad de las pruebas cuando puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de las personas o en los casos en que la denegación resulte estrictamente necesaria para defender un interés público, tales como el riesgo de perjudicar una investigación en curso o cuando pueda menoscabar gravemente la seguridad nacional.

Igualmente, mantiene el alto tribunal que el derecho a conocer la información que pueda resultar relevante para el material probatorio no es de configuración absoluta y sin modulación, resultando indispensable que sea la

autoridad judicial quién valore la oportunidad del acceso a aquellos materiales que resulten reclamados por las partes a fin de examinar si concurren alguna de las excepciones previstas en el artículo 7 de la Directiva.

Por otra parte, el Tribunal Supremo concluye que las partes personadas tienen derecho a conocer el contenido íntegro de las actuaciones procesales. Que este derecho se extiende a conocer actos jurisdiccionales limitativos de derechos fundamentales realizados en otro procedimiento judicial pero este derecho, que no es absoluto, no faculta a conocer la investigación preprocesal que no se haya reflejado en las actuaciones. No obstante, si concurren circunstancias que comprometan la validez de la prueba, las partes puedan solicitar a la autoridad judicial que incorpore los extremos concretos que sean precisos, debiendo el Juzgado valorar la pertinencia y necesidad de la petición.

El convenio como herramienta para empezar de nuevo

Livia Domingo
Procesal y Arbitraje | Post jurídico

Un Juzgado de lo Mercantil aprueba, por primera vez, la modificación de un convenio concursal al amparo de la normativa de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia.

Como es sabido, la estela de consecuencias que está dejando a su paso la pandemia provocada por el COVID-19 en el sector económico ha llevado al Gobierno a adoptar determinadas medidas destinadas a evitar que empresas en fase de cumplimiento de convenio de acreedores aprobado en el marco de un procedimiento concursal, se vean forzadas a solicitar su liquidación, pudiendo interesar su modificación siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en la ley.

La medida (contemplada por primera vez en el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, depurada más tarde por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre y vigente hasta el 31 de diciembre de 2021 por la ampliación contemplada en el Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo), es una excepción al régimen jurídico general contenido en los artículos 407 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal. En su virtud, el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.

La sentencia núm. 18/2021 del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Barcelona, del pasado 17 de marzo, es la primera que ha admitido la modificación de un conve-

nio concursal al amparo de esta normativa excepcional. En el caso en cuestión, la entidad concursada solicitó la modificación del convenio concursal judicialmente aprobado y el Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso dispuso haber lugar a la modificación de este, en lo que es la primera autorización de modificación de convenio judicialmente aprobado al amparo de la normativa para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

La sentencia recuerda en su fundamento primero, con cita literal del artículo 3.1 de la Ley 3/2020, que el concursado deberá acompañar a la solicitud los siguientes documentos:

- Una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago. Estos son los créditos que se deben de renegociar y sobre los que el deudor debe de proponer nuevos plazos para su satisfacción.
- Una relación con los créditos contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio y que no hubieran sido satisfechos. En cualquier caso, estos créditos no se podrán ver afectados por la propuesta.
- Un plan de viabilidad y un plan de pagos proponiendo nuevas quitas y esperas.

La nueva propuesta de modificación del convenio se tramita siguiendo las mismas reglas procesales previstas para la aprobación del convenio originario, con la particularidad de que será siempre de forma escrita.



Es muy recomendable que aquellas empresas que se encuentren actualmente en cumplimiento de un convenio examinen su capacidad para hacer frente a los compromisos alcanzados.

Es importante tener en cuenta que la modificación del régimen de pagos del convenio existente no puede afectar a dos tipos de créditos específicos:

- Los créditos devengados con posterioridad a la aprobación del convenio, es decir, durante su cumplimiento. Por consiguiente, estos créditos se deberán de abonar por toda su cuantía y sin sufrir ninguna quita o espera.
- Los acreedores privilegiados afectados por el convenio, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

Por último, la modificación del convenio original surtirá efecto desde su aprobación judicial, vinculando al concursado y a los acreedores ordinarios y subordinados (y a los privilegiados que hayan quedado sometidos a él) de la misma forma en que lo haría el convenio originario.

No puede ocultarse la relevancia de esta resolución judicial. Ofrece un respaldo claro y definitivo para todos aquellos concursados que, habiendo aprobado un convenio y en cumplimiento de éste, prevean la dificultad de realización de los pagos tanto a corto como a largo plazo, como consecuencia de la crisis económica que puedan estar sufriendo por efecto del COVID-19. En ese caso, y para evitar verse abocados a la liquidación pueden solicitar la modificación del convenio, obteniendo nuevas condiciones que le permitan seguir con su cumplimiento y continuar con el desarrollo normal de su actividad.

Es, por tanto, muy recomendable que aquellas empresas que se encuentren actualmente en cumplimiento de un convenio examinen su capacidad para hacer frente a los compromisos alcanzados o, por el contrario, se planteen la posibilidad de presentar una solicitud de modificación de las condiciones del convenio que les permita continuar su cumplimiento logrando, así, comenzar de nuevo.





Régimen de nulidad de la fianza solidaria en caso de engaño doloso

Ignacio de Isasa
Mercados y Servicios Financieros | Post jurídico

El Tribunal Supremo (STS 973/2021, de 3 de marzo) ha abordado las consecuencias derivadas de la existencia de vicio en el consentimiento de uno de los cofiadores por engaño doloso en el momento de otorgar una garantía personal en el marco de un contrato de financiación.

Una de las garantías personales más habituales en el tráfico mercantil es la fianza solidaria, por medio de la cual un tercero se compromete a atender las obligaciones de un deudor principal frente al acreedor de este. El Alto Tribunal ha desgranado no solo las características principales de este negocio jurídico y las diferentes relaciones obligacionales surgidas bajo el mismo, sino las consecuencias de apreciar la existencia de dolo causante (o *dolus causam dans*) de acuerdo con los arts. 1969 y 1970 CC.

Así, en el caso que resuelve la citada sentencia, se otorgó un préstamo participativo por un prestamista a un deudor, el cual fue garantizado solidariamente por dos cofiadores, quienes renunciaron a sus derechos de orden, división y excusión.

El Alto Tribunal ha estimado que el deudor principal, con el conocimiento de uno de los cofiadores, indujo al segundo cofiador a otorgar dicha garantía personal por medio de engaño doloso suficiente para viciar su consentimiento, principalmente debido a que (i) no le informó de la situación patrimonial real del deudor principal (sin conocimiento del cofiador, el deudor

principal presentó la comunicación prevista en el art. 5 bis LC un mes después de obtener el préstamo); y (ii) los fondos obtenidos en préstamo no fueron destinados conforme a lo establecido en el correspondiente contrato (en lugar de acometer el plan de crecimiento anexo al contrato de préstamo, los fondos fueron destinados a pagar deudas previas).

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo desgrana las tres relaciones obligacionales surgidas en el seno de una cofianza solidaria y el modo en que se ven afectadas cuando el deudor principal ha inducido a uno de los fiadores a otorgar dicha garantía personal por medio de engaño doloso suficiente y grave.

Como no podía ser de otro modo, el Alto Tribunal describe la existencia de tres relaciones. Por un lado, la derivada de la obligación principal del deudor frente al prestamista. Por otro lado, en este caso la de las dos obligaciones, diferentes de la principal pero accesorias a esta, derivadas de la prestación de las garantías por cada uno de los cofiadores frente al prestamista. Por último, identifica una obligación potencial, de uno de los cofiadores frente al otro, que nacería si uno de ellos atendiera la obligación accesorial en proporción mayor a la que le corresponde, y que le permitiría reclamar al otro cofiador lo pagado en exceso en virtud del art. 1145 CC.

La primera de las relaciones (prestamista y deudor principal) no ha sido objeto de la sentencia, puesto que en modo alguno afectaba al cofiador que interpuso el recurso de casación.



Dado que el engaño doloso fue maquinado por el deudor principal pero conocido en todo momento por uno de los cofiadores, este no podrá reclamar al otro cofiador lo abonado "en su nombre", pues la inducción maliciosa era conocida por uno de los contratantes de esa relación (el cofiador reclamante) al tiempo del otorgamiento de la garantía.

Por su parte, la sentencia entiende que la segunda de las relaciones (entre prestamista y cofiador) no debe verse afectada por la existencia de vicio en el consentimiento del cofiador, por cuanto que el art. 1969 CC exige que el engaño doloso sea provocado por uno de los contratantes. En la medida en que el engaño haya sido provocado por el deudor principal (a pesar de ser conocido por uno de los cofiadores), este engaño no puede ser provocado ni por el prestamista ni por el cofiador que invoca la existencia de vicio en su consentimiento, por lo que, considerando que es una relación diferente a la obligación principal, en aras de la seguridad jurídica del tráfico, dicho vicio en el consentimiento no puede conllevar la nulidad de la fianza otorgada y esta debe mantenerse válida y eficaz.

Por último, la tercera de las relaciones obligacionales (entre ambos cofiadores) sí que debe verse afectada por la existencia de un vicio en el consentimiento, de tal manera que queda anulado el derecho del cofiador que ha pagado íntegramente la obligación principal a reclamar al otro cofiador lo pagado por aquel en exceso.

La sentencia argumenta que, dado que el engaño doloso fue maquinado por el deudor principal pero conocido en todo momento por uno de los cofiadores, este no podrá reclamar al otro cofiador lo abonado "en su nombre", pues la inducción maliciosa era conocida por uno de los contratantes de esa relación (el cofiador reclamante) al tiempo del otorgamiento de la garantía.

Actividades reguladas y no reguladas en el objeto social

Santiago García de Fuentes
Mercados y Servicios Financieros | Post jurídico

La Resolución de 18 de marzo de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública resuelve un recurso a la calificación negativa del registrador en relación con el objeto social de una sociedad de responsabilidad limitada, que incluía actividades reguladas de carácter crediticio y financiero.

El pasado 24 de noviembre de 2020 se constituyó en escritura pública una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, que se presentó para inscripción ante el Registro Mercantil XXIII de Madrid el día 30 de noviembre de 2020. El Registrador rechazó la inscripción por la existencia de defectos en la cláusula del su objeto social.

El objeto social de la sociedad, entre otras actividades, incluía "CNAE N°6492- Otras actividades crediticias y CNAE N°6499- Otros servicios financieros, excepto seguros y fondos de pensiones N.C.O.P".

Ante el recurso planteado por la notario que otorgó la escritura la Dirección General falló a favor de la recurrente en dos de los tres motivos alegados. Acepta y confirma el primero en el que se defiende que el objeto social no adolece de defecto alguno en lo que a la actividad principal se refiere "CNAE N°7022- Otras actividades de consultoría de gestión empresarial". Asimismo, la Dirección General confirmó el segundo motivo de impugnación, ratificando que la utilización del CNAE resulta suficiente a efectos de la calificación registral en cuanto a la determinación del objeto social se refiere.

No obstante, la Dirección General desestimó parcialmente el recurso respecto de las actividades crediticias y financieras incluidas en el objeto social. El motivo por el cuál ratifica la calificación del Registro es que, de conformidad con la valoración recogida en la resolución, así como con la doctrina de la Dirección General, resulta necesario que en aquellas actividades económicas, en las que conviven actividades reguladas y no reguladas es preciso diferenciarlas expresamente.

Los estatutos sociales que presentó la sociedad de responsabilidad limitada incorporaban una exclusión del objeto social en el sentido indicado, pero sin carácter expreso: "*quedan excluidas todas aquellas actividades sujetas a legislación especial que exija el cumplimiento de requisitos específicos que no reúna la sociedad*". Sin embargo, la doctrina sostenida por la Dirección General defiende que la definición estatutaria del objeto social es lo que determina la aplicación de disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado. La consecuencia es que la sociedad deberá dar cumplimiento a dichos requisitos desde el momento fundacional, sin importar en el futuro procederá o no al desarrollo de esas actividades.

El CNAE N°6492- Otras actividades crediticia engloba diferentes actividades económicas y comprende, entre otras: "*la concesión de créditos al consumo; la financiación del comercio internacional; el suministro de fondos a largo plazo a la industria por parte de bancos industriales; los préstamos monetarios fuera del sistema bancario; el otorgamiento de crédito para la adquisición de vivienda por instituciones especializadas que no reciben depósitos; las casas de empeños y prestamistas*".



La presente resolución hace hincapié en la necesidad de una expresa diferenciación en el objeto social entre actividades reguladas y no reguladas, con el fin de evitar toda posible incompatibilidad entre las actividades sometidas a reserva legal y la libertad de fijación del objeto social fuera de dicho ámbito.

Sin embargo, incluye también, de conformidad con la calificación hecha por el registrador los contratos de crédito inmobiliario al amparo de la ley 5/2019, así como, la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito previstos en la Ley 2/2009, por los que se exigen determinados requisitos a las sociedades que presten estos préstamos. Lo mismo ocurre en el CNAE N°6499, donde deberán diferenciarse los servicios financieros sujetos a la Ley de Mercado de Valores y las de otras leyes especiales.

La posición de la Dirección General es clara e indica que las actividades financieras que no se puedan realizar por la existencia de limitaciones legales impuestas para su ejercicio, deberán ser expresamente excluidas del objeto social en aquellos supuestos en que el objeto social las incluya a partir de la referencia a la actividad económica incluida en el CNAE correspondiente.

La presente resolución hace hincapié en la necesidad de una expresa diferenciación en el objeto social entre actividades reguladas y no reguladas, con el fin de evitar toda posible incompatibilidad entre las actividades sometidas a reserva legal y la libertad de fijación del objeto social fuera de dicho ámbito.

No obstante, la exigencia de dar cumplimiento a todos los requisitos desde el momento fundacional puede resultar en algunos supuestos de imposible cumplimiento, porque estén reservados para un momento posterior (por ejemplo, la obtención de autorizaciones). Siendo así las cosas, podrían existir dudas sobre la capacidad de los registros mercantiles

para exigir a las sociedades el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes especiales en relación con las actividades reguladas, desde el mismo momento fundacional, tal y como se menciona en esta Resolución, cuando el control de cumplimiento de dichas actividades corresponde al órgano supervisor de dichas actividades (ej., Banco de España, DGSP, CNMV).

La Junta General es la competente para nombrar al auditor de las cuentas anuales consolidadas formuladas voluntariamente

Victoria Vilar
Corporate / M&A | Post jurídico

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP) reitera, en su resolución de 11 de marzo de 2021, que la competencia para el nombramiento de auditor de cuentas anuales que son objeto de consolidación voluntaria corresponde a la junta general.

La resolución de la DGSJyFP dirime el recurso interpuesto por una sociedad contra la calificación negativa de la registradora mercantil de Jaén, que deniega la inscripción de un acuerdo de prórroga de nombramiento de auditor para las cuentas anuales consolidadas formuladas voluntariamente por la recurrente, por haber sido adoptado por su consejo de administración.

La resolución gira, por tanto, en torno a la determinación de si la competencia para el nombramiento de auditor de unas cuentas anuales consolidadas, que han sido formuladas con carácter voluntario, corresponde exclusivamente a la junta general (como sostiene la registradora), o si puede también realizarse válidamente por el órgano de administración (como defiende la recurrente). Así, la cuestión de fondo es si el carácter voluntario de la consolidación contable puede justificar que el nombramiento del auditor a cuya revisión se someten –también voluntariamente– se realice por el órgano de administración, en lugar de por la junta general.

De un lado, la registradora deniega la inscripción del acuerdo en cuestión, en tanto entiende que la competencia para el nombramiento de auditor es exclusivamente de la

junta general de la recurrente. Su principal argumento es que según afirma la sociedad está obligada a auditar sus cuentas anuales consolidadas conforme a los arts. 42 del CCom, 264 de la LSC y 372 del RRM y ello con independencia de criterios económicos y de las cuentas anuales individuales.

La registradora subraya además que, en la certificación que se presenta a inscripción, no consta expresamente el carácter voluntario de la auditoría y que el nombramiento para ejercicios anteriores había sido realizado, precisamente, por la junta general.

Por su parte, el recurso basa su argumentación en el carácter voluntario (y no obligatorio, como sostiene la registradora) de la consolidación contable de la recurrente, por cuanto no alcanza los límites cuantitativos para que resulte obligatoria conforme al art. 6 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y, en cambio, puede acogerse a la dispensa establecida en el art. 7 de dicho Real Decreto, por no superar los límites establecidos en su art. 8 y en el art. 258 de la LSC. La sociedad recuerda además el carácter voluntario de la auditoría.

Con fundamento en lo anterior, la recurrente entiende que no hay obstáculos para el nombramiento de auditor por su órgano de administración, sin perjuicio de que la junta general también podría haberlo hecho en ejercicio de su potestad de llevar a cabo cualquier acto conforme a ley.

Expuestos los argumentos de la registradora y de la recurrente, la DGSJyFP confirma, en primer lugar, el carácter voluntario de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad, si bien



La DGSJyFP desestima el recurso, confirmando la competencia de la junta general para el nombramiento de auditor de cuentas anuales consolidadas, aun en los casos en los que estas se formulen con carácter voluntario.

este hecho no resulta relevante para el objeto del recurso. En este sentido, aprovecha la DGSJyFP para recordar la obligación de los registradores mercantiles de tener en cuenta en sus calificaciones la información ya disponible en su registro, de la que, en este supuesto (en concreto, de las cifras de negocio, activos y empleados de la sociedad que constaban en las cuentas anuales de ejercicios anteriores), se deducía el carácter voluntario del nombramiento de auditor, a pesar de que no constase expresamente tal carácter en la certificación presentada a inscripción.

Matizado lo anterior, la DGSJyFP resuelve que, para determinar el órgano competente para el nombramiento de auditor voluntario, debe distinguirse si el objeto de la auditoría son unas cuentas anuales individuales o unas consolidadas.

Así, para las cuentas anuales individuales, es doctrina pacífica de la DGSJyFP la atribución al órgano de administración de la facultad de nombrar auditor.

Por el contrario, respecto a las cuentas anuales consolidadas, que constituyen el objeto de la cuestión, la DGSJyFP se remite a un pronunciamiento anterior (RDGSJyFP de 25 de noviembre de 2015) y al art. 42 del CCom, de conformidad con los cuales, la junta general es el órgano competente para el nombramiento de auditor de cuentas anuales consolidadas y ello tanto si la sociedad está obligada a formularlas (apartado 4 del referido artículo), como cuando lo haga de manera voluntaria (apartado 6 del mismo artículo).

Ante la literalidad y claridad de la norma, la DGSJyFP desestima el recurso, confirmando la competencia de la junta general para el nombramiento de auditor de cuentas anuales consolidadas, aun en los casos en los que estas se formulen con carácter voluntario.

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

cms-asl@cms-asl.com | [cms.law](https://www.cms.law)



Twitter



LinkedIn



cms.law

CMS Law-Now™

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles on a variety of topics delivered by email.
[cms-lawnow.com](https://www.cms-lawnow.com)

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico o profesional.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de la organización internacional de despachos independientes CMS. Cada una de sus firmas miembro son entidades separadas y legalmente distintas, y ninguna de ellas tiene autoridad para obligar a otra. CMS y cada una de las firmas miembro son responsables únicamente de sus propios actos u omisiones y no de los de los demás. La marca "CMS" y el término "firma" se utilizan para referirse a algunas o todas las firmas miembro o a sus oficinas.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dabi, Amberes, Ámsterdam, Argel, Barcelona, Beirut, Belgrado, Berlín, Bogotá, Bratislava, Bristol, Bruselas, Bucarest, Budapest, Casablanca, Ciudad de México, Colonia, Dubái, Düsseldorf, Edimburgo, Estambul, Estrasburgo, Frankfurt, Funchal, Ginebra, Glasgow, Hamburgo, Hong Kong, Johannesburgo, Kenia, Kiev, Leipzig, Lima, Lisboa, Liubliana, Londres, Luanda, Luxemburgo, Lyon, Madrid, Manchester, Mascate, Milán, Mónaco, Mombasa, Moscú, Múnich, Nairobi, París, Pekín, Podgorica, Poznan, Praga, Reading, Río de Janeiro, Roma, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghái, Sheffield, Singapur, Skopie, Sofía, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Varsovia, Viena, Zagreb y Zúrich.

[cms.law](https://www.cms.law)