

Your World First

C/M/S

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Diciembre 2016

Referencias Jurídicas

Diciembre 2016

Artículos de fondo

Público y Sectores Regulados

¿Habrán leyes esta Legislatura?3
Ignacio Astarloa

Corporate / M&A

La diferencia entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado10
Rafael Sáez

Posts jurídicos

Corporate / M&A

La rescisión concursal no se aplica a las escisiones inscritas en el Registro Mercantil16
Andrés Recalde

Validez de la cláusula de los estatutos que fija el valor de las participaciones sociales por el valor contable18
Andrés Álvarez-Sala y Carlos Peña

Bancario y Financiero

La justicia europea rechaza la retroactividad limitada de las cláusulas suelo20
María Torres

Aplicación del régimen de garantías financieras a la pignoración de saldos de cuenta corriente22
Concepción Padilla

Laboral

La rigidez de los requisitos para recurrir: la consignación de la cantidad objeto de demanda24
Sergio Quintana y Elena Esparza

Competencia y Derecho de la UE

No pueden pactarse plazos de pago superiores a 60 días en operaciones comerciales, aunque sea en condiciones no abusivas26
Patricia Liñán

Propiedad industrial e Intelectual

La descatalogación de un libro no enerva los derechos exclusivos de su autor28
Javier Martínez de Aguirre y Blanca Cortés

Atención a la publicidad encubierta30
Eva Cassinello

¿Habrá leyes esta Legislatura?

Ignacio Astarloa

Obviamente, la pregunta que encabeza este artículo es meramente retórica: claro que van a aprobarse leyes esta Legislatura. De hecho ya hay dos leyes publicadas en el BOE y en vigor, ambas orgánicas: la Ley Orgánica 1/2016, de 31 de octubre, de reforma de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y la Ley Orgánica 2/2016, de 31 de octubre, de modificación de la Ley del Régimen Electoral General, para el supuesto de convocatoria automática de elecciones por investidura fallida.

Lo novedoso de este periodo es que no resulta posible saber anticipadamente cuáles son las leyes que se van aprobar ni quién va a ser su inspirador o su soporte. Ningún partido o coalición de gobierno tiene mayoría para asegurarlo a día de hoy.

Durante todos los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución, la inmensa mayoría de las leyes han procedido de **proyectos de ley** presentados e impulsados por los Gobiernos y no de **proposiciones de ley** (iniciativas legislativas presentadas por los distintos sujetos constitucionalmente legitimados y distintos del Gobierno). En la X Legislatura (2011-2015), por ejemplo, de las 169 leyes aprobadas, sólo 6 nacieron de proposiciones de ley presentadas por los Grupos parlamentarios, ninguna de proposiciones de los Parlamentos autonómicos y ninguna de la iniciativa popular. De hecho, la gran mayoría de las proposiciones presentadas desde 1978 por sujetos distintos del Gobierno no han pasado del expeditivo trámite inicial de toma en consideración (votación que tiene lugar en el Pleno del Congreso para decidir si se

inicia el procedimiento o la proposición se rechaza de manera expeditiva y sin más trámites).

Si se examina lo que ha sucedido desde que el 19 de julio se inauguró la presente XII Legislatura, se aprecian por el contrario cambios que dibujan un panorama significativamente diferente.

1. Las mencionadas dos leyes ya aprobadas proceden de sendas proposiciones de ley, presentadas ambas por el Grupo Popular ante la imposibilidad de hacerlo el Gobierno en funciones.
2. La práctica totalidad de las proposiciones sometidas a toma en consideración se han aceptado y están siendo tramitadas por el procedimiento legislativo correspondiente. Solo una ha sido rechazada (de Esquerra Republicana para rebajar la edad para votar). Las otras siete (Autónomos, SMI, Secretos Oficiales, suspensión de la LOMCE, Vecindad Civil en Aragón y las dos ya mencionadas en el apartado 1)



han sido tomadas en consideración afirmativamente. Y se está tramitando además, tras votarse favorablemente, una propuesta de reforma de la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

3. Algunos escritos por los que el Gobierno ha ejercido la facultad que le conceden los arts. 134.6 CE y 126.2 RCD y ha expresado su no conformidad con la tramitación de algunas proposiciones de ley, por considerar que suponen aumento de gastos o disminución de los ingresos presupuestarios han sido desestimados por la Mesa del Congreso, que ha permitido la continuidad de su tramitación a pesar de la oposición gubernamental. Y el Gobierno ha expresado su disconformidad con esta decisión.

Como con seguridad no se le escapa a ningún lector, la trascendencia constitucional y política de esta última discrepancia entre el Parlamento y el Gobierno es grande. El Gobierno, en minoría parlamentaria, no tiene muchos más instrumentos jurídicos para evitar que las Cortes aprueben leyes contra su voluntad que esta facultad de oponerse a su tramitación por razones presupuestarias. Y por su parte el Parlamento está propiciando una interpretación de la facultad gubernamental que limita su capacidad de evitar la tramitación de iniciativas legislativas de la oposición.

Jurídicamente esto se traduce en una discrepancia sobre la posibilidad de que el Parlamento (su Mesa) cuestione la suficiencia de los motivos expresados por el Gobierno para impedir la tramitación de las iniciativas de los Grupos (o de iniciativa popular o de los Parlamentos autonómicos). Según se resuelva la misma, las leyes que se aprueben esta Legislatura pueden ser unas u otras, afectando decisivamente, más que al programa legislativo del Gobierno (que solo podrá ejecutarse mediante pactos con la oposición), al programa legislativo de los Grupos de oposición (que podría llevarse a cabo contra la opinión del Gobierno). Así pues, resulta del mayor interés conocer con detalle los términos de este conflicto, no solo por tratarse de una cuestión constitucional de primer orden, sino porque de su solución final va a depender el contenido del Derecho que va a ver la luz en España en este Legislatura.

El pasado 14 de octubre, el Gobierno –todavía en funciones– trasladó al Congreso, dentro del plazo reglamentario de 30 días, su oposición a la tramitación de un total de diez proposiciones de ley. En unos casos por suponer aumento de los créditos presupuestarios, en otros por suponer una disminución de los ingresos presupuestarios, y en algún caso por ambas razones a la vez. Cuatro de esas proposiciones provenían de Parlamentos autonómicos¹ y seis de Grupos parlamentarios del Congreso: cinco del Grupo Socialista² y una del Grupo Ciudadanos³.

1 Del Parlamento de las Illes Balears, modificando la Ley de apoyo a los emprendedores. De la Asamblea regional de Murcia, sobre generación de energía eléctrica renovable para autoconsumo. Del Parlamento de Galicia sobre transferencia de titularidad de la AP-9. Y del Parlamento Vasco sobre creación de un fondo de compensación a las víctimas del amianto.

2 Para la suspensión del calendario de implantación de la LOMCE. Sobre la universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública. De protección de consumidores vulnerables y contra la pobreza energética. De supresión de las tasas judiciales. Y de modificación del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad de los trabajadores subcontratados.

3 Proposición de medidas urgentes de autoconsumo eléctrico.

Desde aquella oposición inicial, el Gobierno ha hecho uso de su facultad de oponerse a la tramitación de otras seis proposiciones de ley: una del Grupo Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea⁴, otra del Grupo Ciudadanos⁵, tres del Grupo Mixto⁶, y una presentada conjuntamente por los Grupos Socialista, Esquerra Republicana, Mixto, Vasco EAJ-PNV, y Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea⁷.

Sobre la mayoría de estos casos, la Mesa del Congreso dejó pendiente su resolución para un momento posterior, solicitando un informe a la Secretaría General.

Sin embargo, el Grupo Socialista, autor de cinco de las proposiciones presentó su propio informe a la Mesa del Congreso, argumentando contra el criterio de Gobierno. En tres de los casos, el Grupo concluía pidiendo que el Gobierno remitiese mayor información. Pero en los dos restantes (LOMCE y Estatuto de los Trabajadores sobre trabajadores subcontratados), el Grupo solicitó directamente que la Mesa del Congreso acordase que la oposición del Gobierno no resultaba razonada ni suficiente y, en consecuencia, que se resolviese la continuación de su tramitación.

Atendiendo la petición socialista, la Mesa, en su reunión de 21 de octubre y por mayoría, acordó expresamente “que el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que la misma implique aumento de créditos o disminución de los ingresos del presupuesto en vigor”, por lo que resolvió en consecuencia admitir a trámite de toma en consideración las citadas proposiciones. De hecho, el Pleno del Congreso ha aprobado ya el 15 de noviembre la toma en consideración de la proposición de suspensión del calendario de la LOMCE, con 208 votos a favor, 133 en contra y 2 abstenciones.

En respuesta a estos dos acuerdos del órgano rector del Congreso, el Consejo de Ministros celebrado el 18 de noviembre acordó requerir a la Mesa para que revoque los mismos, siguiendo el trámite establecido en el artículo 73.1. de la LOTC. Es decir, dando el primer paso en el procedimiento previsto en los artículos 73 a 75 de la LOTC para el planteamiento, en el plazo legal de un mes, de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado, posible cuando uno de ellos entiende (en este caso el Gobierno) que otro (el Congreso, a través de su Mesa) “adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero”.

Interesa hacer notar que el requerimiento del Gobierno al Parlamento tuvo entrada en el Registro General del Congreso el 21 de noviembre, un mes después del acuerdo de la Mesa y unos días después de que el Pleno

tomase en consideración la proposición de ley sobre el calendario de la LOMCE. Ello plantea complejidades añadidas, dado que el acuerdo de la Mesa cuya revocación se pide (acordar que no procede la toma en consideración por el Pleno de la Proposición) ya había quedado sin objeto, porque se reclamaba cuando ya el Pleno había tomado en consideración esa proposición (no todavía la otra proposición reclamada, sobre el Estatuto de los Trabajadores). Lo cual nos sitúa a su vez ante problemas jurídicos no menos complicados como el desarrollo de un conflicto constitucional cuando la fase inicial objeto de la impugnación ya ha sido superada, la posibilidad incluso de plantear ese conflicto contra leyes, la publicación de éstas en un BOE que depende del Gobierno o, en su caso, la posible declaración futura de inconstitucionalidad de leyes por el Tribunal Constitucional por vicios de procedimiento.

Finalmente, el martes 13 de diciembre la Mesa ha adoptado acuerdo, nuevamente sin unanimidad, tanto sobre los dos requerimientos del Gobierno como sobre las restantes 14 oposiciones del Gobierno a las demás proposiciones de ley que antes quedaron enumeradas. Los dos requerimientos han sido rechazados, con lo que las proposiciones sobre el calendario de la LOMCE y sobre la modificación del Estatuto de los Trabajadores sobre subcontrataciones continúan su tramitación. Y respecto de las 14 proposiciones restantes ha diferenciado algunas en las que se ha aceptado la oposición del Gobierno, considerando que, en efecto, en esos casos el Ejecutivo ha acreditado suficientemente la modificación de ingresos o gastos presupuestarios, de otras proposiciones respecto de las cuales ha solicitado al Gobierno ampliación de la motivación, por considerar insuficiente la misma.

Por tanto, en el momento en que esto se escribe, la Mesa ha reafirmado su competencia para valorar la suficiencia de los motivos de oposición del Gobierno a la tramitación de proposiciones de ley. Haciendo uso de la misma, ha aceptado en ocasiones tales motivos, pero no lo ha hecho en otras, solicitando respecto de unas proposiciones una mayor justificación de la oposición gubernamental y considerando en otros casos que los motivos sencillamente no justifican “de forma objetiva y suficiente” que haya aumento de gastos o disminución de los ingresos, por lo que se ha desestimado la oposición del Ejecutivo a su tramitación y ésta ha continuado con los siguientes trámites del procedimiento legislativo.

Es previsible, frente a ello, que el Gobierno formalice ante el Tribunal Constitucional los conflictos de competencia que ha iniciado y deposite la resolución final de la discrepancia en dicho Tribunal. Para resolverla, éste va a tener a la vista cuando menos los principales argumentos

4 De supresión de tasas judiciales.

5 De supresión de tasas judiciales.

6 Sobre el calendario de la LOMCE, las tasas judiciales, y las prestaciones sociales para la crianza de hijos.

7 De garantía de suficiencia de la revalorización de pensiones para 2017 y de medidas urgentes de reequilibrio presupuestario de la Seguridad Social.

jurídicos que se han ido desplegando por los distintos intervinientes en el conflicto y que, muy resumidamente se detallan a continuación.

i) El Gobierno ha enfatizado, como era de prever, la literalidad del precepto constitucional y su correlato en el Reglamento del Congreso. El art. 134.6 CE dice que “toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación”. Y el art. 126 lo concreta en los siguientes dos apartados:

“2. Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Congreso ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

3. Transcurridos treinta días sin que el Gobierno hubiera negado expresamente su conformidad a la tramitación, la proposición de ley quedará en condiciones de ser incluida en el orden del día del Pleno para su toma en consideración”.

ii) El Grupo Socialista ha insistido, por el contrario, en que el ejercicio por el Gobierno de su facultad de oponerse debe estar suficientemente razonado y no resultar arbitrario, a cuyo efecto considera facultada a la Mesa para supervisar las razones gubernamentales.

En los dos casos especialmente controvertidos, el Grupo ha considerado insuficiente para evitar la tramitación de las proposiciones las respectivas alegaciones del Gobierno de que la suspensión del calendario de la LOMCE privará probablemente de fondos comunitarios o que la modificación de las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados en el Estatuto de los Trabajadores conllevará un incremento de costes en las empresas públicas.

iii) La Mesa, dividida, ha aceptado por mayoría la argumentación del Grupo Socialista sobre los dos casos reclamados, y ha establecido que está entre sus facultades apreciar si el criterio del Gobierno justifica de forma objetiva y suficiente que la proposición implica aumento de créditos o disminución de ingresos del presupuesto en vigor, resolviendo que a falta de justificación suficiente no procede admitir la oposición gubernamental a la tramitación. No existe en el Reglamento del Congreso una atribución expresa de esta concreta competencia, así que se ha considerado comprendida en las facultades que genéricamente le confiere a la Mesa el art. 31.1 para “calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos”, y “decidir la tramitación de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, de acuerdo con las normas establecidas en este Reglamento”.

iv) En el Congreso ha habido algunos precedentes. Tempranamente, en 1983, la Mesa rechazó el criterio del Gobierno contrario a la tramitación de diversas pro-



posiciones de ley, considerando que las mismas no implicaban aumento de gastos o disminución del presupuesto en vigor (Mesas de 8, 15 y 22 de marzo de 1983).

Un acuerdo en estos términos no había vuelto a repetirse hasta ahora. Pero ya en este nuevo siglo, la Mesa ha acordado en alguna ocasión solicitar del Gobierno una mayor información para tener por suficiente su argumentación contraria a la tramitación de algunas otras proposiciones (Mesas de 30 de septiembre de 2008 o de 10 de febrero de 2009, respecto a la oposición de Gobierno a proposiciones sobre deducciones en IRPF o pago de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, y sobre TV sin fronteras).

Es importante tener en cuenta que respecto de estos últimos casos, al no haber respondido el Gobierno en su día a dichos requerimientos, ambas proposiciones fueron sometidas al Pleno y tomadas en consideración. Es decir, la Mesa obvió la oposición del Gobierno y siguió con la tramitación. Cabe suponer que esa será también la decisión de la actual Mesa para el caso de que el Gobierno no amplíe ahora de manera suficiente su justificación.

v) Como precedente de distinta naturaleza, el Grupo Socialista ha puesto además de manifiesto que las proposiciones sobre la LOMCE y sobre el Estatuto de los Trabajadores (y la generalidad de las restantes del GS a las que se ha opuesto el Gobierno) ya se presentaron en idénticos términos en la XI Legislatura sin que el Gobierno (entonces en funciones) pusiera obstáculo a su tramitación, por lo que se sometió al Pleno sin mayores incidencias y fue tomada en consideración en la sesión de 5 de abril de 2016. Se alega ahora, en consecuencia, un comportamiento gubernamental arbitrario e inconsistente.

vi) Aunque se trata de la otra Cámara, es particularmente notable que la posible discrepancia parlamentaria respecto de la oposición del Gobierno está normativamente aceptada y resuelta en el Senado, que en el artículo 151 de su Reglamento establece que será la Cámara (concretamente su Presidente) quien dirimirá la discrepancia:

“1. Toda proposición de ley presentada en el Senado será remitida de inmediato al Gobierno para que, al amparo del artículo 134.6 de la Constitución, pueda manifestar su conformidad o disconformidad con su tramitación, si en su opinión supusiese aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

2. Finalizado el plazo de presentación de enmiendas a un proyecto o proposición de ley, éstas serán remitidas de inmediato al Gobierno a los efectos mencionados en el apartado anterior.

3. La correspondiente comunicación del Gobierno deberá tener entrada en el Senado en el plazo máximo de diez días, a contar desde la remisión, si se tratase de proposiciones de ley, en el de cinco días si afectase a enmiendas presentadas a un proyecto o proposición tramitado por el procedimiento ordinario, o en el de dos días cuando se refiriese a enmiendas formuladas dentro del procedimiento legislativo de urgencia. **La no conformidad deberá ser motivada.** Transcurridos dichos plazos se entenderá que el silencio del Gobierno expresa conformidad con que prosiga la tramitación.

4. La comunicación del Gobierno se pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente de la Comisión en que se tramite el proyecto o proposición de ley.

5. Corresponderá al Presidente del Senado la resolución de las controversias sobre la calificación de las proposiciones de ley y enmiendas, y la de los incidentes que puedan surgir en el procedimiento contemplado en el presente artículo”.

vii) Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en los últimos años en relación con este asunto en dos ocasiones, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Reglamento de la Asamblea de Extremadura y de un recurso de amparo presentado por el Grupo Popular contra la oposición a una proposición de ley presentada en el Parlamento Vasco. Desafortunadamente, las resoluciones del Tribunal no resultan coincidentes.

En el primero de los casos, la STC 223/2006, de 6 de julio, interpretó de forma incondicionada la potestad del Gobierno de identificar las iniciativas que pueden quedar sujetas al criterio del Ejecutivo. De acuerdo con esta Sentencia, el Ejecutivo está facultado “con toda libertad” para oponerse a las iniciativas que pretendan modificar los Presupuestos, “sin que puedan los órganos parlamentarios emitir un juicio sobre el carácter manifiestamente infundado o no de tal oposición”.

La Sentencia explica que “la reforma reglamentaria impugnada priva al Ejecutivo extremeño de la facultad de veto que le atribuye el Estatuto de Autonomía de Extremadura, y somete su ejercicio hasta ella, políticamente libre, a una condición que no puede deducirse del texto del propio Estatuto: la de que, en caso de la producción de una discrepancia sobre si una enmienda o proposición de ley afecta al equilibrio presupuestario, será el Pleno de la Cámara quien la resuelva. La reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura lleva, en el punto ahora examinado, pura y simplemente a privar al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de la facultad que tiene reconocida en el



art. 60.b) EAE, facultad que viene justificada como consecuencia de la asunción de los principios básicos del llamado «parlamentarismo racionalizado» por parte tanto del texto constitucional español como de los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas (...).

Es decir, Mesa y Pleno se erigen en jueces de si concurren o no las circunstancias que permiten al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura oponerse a la tramitación de iniciativas normativas que alteren el equilibrio presupuestario. Esto, sencillamente, supone modificar la regla prevista en el Estatuto de Autonomía de Extremadura (...). Tales normas, por tanto, alteran el sistema de relaciones entre la Junta y la Asamblea previsto estatutariamente, (...). En consecuencia las normas reglamentarias repetidamente citadas son inconstitucionales y consiguientemente nulas (...).

viii) Por el contrario, la STC 242/2006, de 24 de julio, declara que la facultad estatutaria del Gobierno para oponerse "no implica necesariamente, que toda limitación de los arts. 23.1 y 23.2 CE derivada del ejercicio de dicha facultad sea imputable directamente al Gobierno Vasco, sin que sea posible atribuir ningún tipo de responsabilidad a la Mesa del Parlamento. Desde esta perspectiva, resulta evidente que la Mesa del Parlamento Vasco tiene encomendado el control de la disconformidad manifestada por el Gobierno".

El Reglamento parlamentario, sigue la Sentencia "otorga a la Mesa del Parlamento cierto margen de interpretación sobre cuándo puede considerarse que dicho impacto se produce" y llega a decir que no es descartable incluso que "los órganos rectores del Parlamento puedan vulnerar los arts. 23.2 y 23.1 CE al inadmitir a trámite una proposición de Ley como consecuencia del ejercicio de dicha facultad por parte del Gobierno. Igualmente, tampoco es posible atribuir a toda decisión de este tipo una usurpación de una facultad que corresponde en

exclusiva al Gobierno. Y ello no sólo por la propia existencia del art. 42 LOTC, sino porque, como reconoce el propio Letrado del Parlamento Vasco, la Mesa también debe ejercer su función genérica de calificación respecto a los documentos de índole parlamentaria remitidos por el Gobierno".

En consecuencia, concluye el Alto Tribunal, "es posible un pronunciamiento de la Mesa sobre el carácter manifiestamente infundado del criterio del Gobierno".

ix) El Grupo Socialista ha apelado a mayor abundamiento a un Auto del Tribunal Supremo, que ha declarado que en el supuesto del artículo 134.6 CE, el control de la Mesa del Congreso va más allá de la verificación formal de los requisitos para la tramitación de la iniciativa y "se proyecta sobre el análisis de la viabilidad sustancial del criterio del Ejecutivo, en sede estrictamente parlamentaria, desde la perspectiva de la proporcionalidad y razonabilidad" (Auto TS 14724/2010, de 25-11).

x) Por el contrario, el Gobierno, en su requerimiento de revocación previo a un eventual planteamiento de un conflicto constitucional, ha dado prioridad a la primera de las Sentencias, la citada STC 223/2006, rechazando que la Mesa pueda negarle la facultad de ejercer su disconformidad, pues ello supondría trasladar la facultad constitucional de oposición del Gobierno a la propia Cámara.

xi) Los medios de comunicación han recogido opiniones de juristas que han advertido sobre el carácter extraordinario que debe tener no atender los "vetos" del Gobierno, y que han añadido que, en los supuestos en que el Congreso decida obviar el criterio gubernamental, deberá hacerlo con argumentos capaces de contrarrestar los riesgos presupuestarios que esgrime el Ejecutivo.

Estos son los términos en los que hasta el momento se ha desarrollado la polémica. Hasta tanto se plantee el conflicto entre órganos constitucionales y lo resuelva el Tribunal Constitucional, el Congreso está operando como titular de la facultad para valorar la suficiencia de la oposición del Gobierno a la tramitación de proposiciones que a su juicio implican aumento de créditos o disminución de los ingresos de un presupuesto en vigor. Traducido en la práctica política ello quiere decir que los Grupos de la oposición se consideran en condiciones de aprobar cualquier ley, aunque el Gobierno se oponga a su tramitación, siempre que la Mesa no acepte, a instancia motivada del Gobierno, que la proposición originaria incurre en la modificación presupuestaria que permite oponerse al Ejecutivo. Se confirma por tanto la afirmación inicial de que en esta Legislatura solo se aprobarán las leyes propuestas por el Gobierno que la oposición permita, pero podrán aprobarse las leyes propuestas por la oposición aunque el Gobierno se oponga a las mismas incluso con el argumento constitucional recogido en el artículo 134.6 CE.

Más aún, como es conocido el artículo 134.6 constitucional y el artículo 126 del Reglamento del Congreso no se refieren solo a la iniciativa legislativa. Permiten también al Gobierno oponerse a cualquier enmienda que se presente en el Congreso a todo proyecto o proposición de ley, siempre que se entienda que la enmienda genera incremento de crédito o disminución de ingresos respecto del presupuesto en vigor. Aplicando a las enmiendas el criterio sentado por la Mesa del Congreso para las proposiciones, ello va a significar que van a ser las Cortes las que valoren enmienda por enmienda si la oposición del Gobierno está razonada “de forma objetiva y suficiente” y el Congreso sea el que decida, en consecuencia, sobre la admisibilidad a debate de cada una de ellas. Como cabe imaginar también que la discrepancia sobre la naturaleza presupuestaria de las enmiendas puede repetirse en abundantes ocasiones, ello va a determinar un escenario nuevo en la tramitación de todos los textos legislativos, que pueden verse retrasados en el desarrollo del procedimiento y que pueden aprobarse finalmente con la duda de posibles vicios de inconstitucionalidad por razones de procedimiento (además de eventuales recursos de amparo de los propios enmendantes).

Duda que solo quedará definitivamente zanjada en el momento en que el Tribunal Constitucional resuelva este conflicto, previsiblemente no antes de muchos meses. O, alternativamente, en el caso de que el Congreso opte por llevar a su Reglamento, mediante la correspondiente reforma, el actual criterio mayoritario de su Mesa, en línea con lo ya previsto en el Reglamento del Senado. Aunque conviene no olvidar, respecto de esta última hipótesis, que el Alto Tribunal ya declaró inconstitucional, como ya se dijo, una solución similar introducida en el Reglamento de Extremadura.

Habrà por tanto leyes esta Legislatura. No necesariamente las que el Gobierno impulse o desee. Y en muchos casos polémicas y cuestionadas hasta por razones de procedimiento. Quienes piensen que esto puede mitigarlo el Gobierno acudiendo todavía con más frecuencia al recurso de aprobar decretos-leyes (sobre cuyo abuso creciente desde la aprobación de la Constitución se puede escribir a estas alturas una enciclopedia), que no olviden que esta figura de supuesta “extraordinaria y urgente necesidad” es sometida inmediatamente a su convalidación o derogación por la mayoría del Congreso,

que puede luego, incluso, cambiarlo, si la mayoría del Pleno decide tramitarlo como proyecto de ley, introduciendo toda clase de enmiendas durante la subsiguiente conversión del decreto-ley en ley.

Como cada semana parlamentaria va a tener su afán, en las dos últimas de este 2016 que ahora termina, constitucionalmente tan azaroso, vamos a poder evaluar cuál va a ser el destino de los primeros decretos-leyes aprobados en esta Legislatura y nacidos, al parecer, al amparo de sendos pactos políticos basados en exigencias económicas graves (Decretos-leyes 3 y 4/2016), o en la falta de mayoría del Grupo Popular para oponerse a la paralización de medidas de revisión de la LOMCE (Decreto-ley 5/2016). Como signo de los tiempos, con ello se suman un total de cinco decretos-leyes aprobados en 2016, frente a las dos únicas leyes que el Parlamento ha producido este año. Ambas nacidas, por cierto, como vimos al comienzo de este artículo, de sendas proposiciones de ley.

En definitiva, en 2016 se va a dar la circunstancia verdaderamente insólita de que las Cortes Generales no habrán aprobado ningún proyecto de ley presentado por el Gobierno de la Nación.

Resta por saber si ésta va a ser la tónica dominante de la Legislatura o cuánto puede durar la misma si se legisla permanentemente desde el Parlamento contra la voluntad del Gobierno. De momento, si se repasa la lista de asuntos pendientes en el Congreso, se observa que han iniciado su tramitación tres proyectos de ley (todos ellos para la transposición obligada de directivas comunitarias, retrasada por las vicisitudes políticas de este año) por cuatro proposiciones de ley ya tomadas en consideración y actualmente en trámite de enmiendas.

Y queda por saber también si, ante las limitaciones del Gobierno para sacar adelante en el Parlamento su programa legislativo, va a tener el Ejecutivo la tentación de “legislar” a través de reglamentos, haciendo real la vieja ironía, lanzada por los Gobiernos decimonónicos a los Parlamentos, del “haced vosotros las leyes, que ya me encargaré yo de hacer los reglamentos”. Pero este de los límites de la potestad reglamentaria ante el principio de legalidad y la reserva de ley será ya un capítulo diferente –y no menor– sobre el que, en su caso, podremos ocuparnos en otra ocasión.



La diferencia entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado

Rafael Sáez

La diferenciación entre las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado es una de las cuestiones que, de forma recurrente, ocupa las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de seguros. Con fecha 14 de septiembre de 2016, la STS 541/2016 y la STS 543/2016 se han acercado de nuevo a la jurisprudencia consolidada en esta materia, para dilucidar sobre el eventual carácter limitativo de las cláusulas que cuantifican la indemnización en dos contratos de seguro colectivos.

1. Introducción

Recientemente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones acerca de la diferenciación entre las denominadas cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de derechos del asegurado en el contrato de seguro. En particular, en las dos sentencias de 14 de septiembre de 2016 que motivan este artículo (STS 541/2016 y STS 543/2016), se trata de la eventual eficacia de determina-

das cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados incluidos en un contrato de seguro colectivo.

Sin perjuicio del contenido particular de estas sentencias y su relevancia en el marco de los contratos de seguro colectivos, que se abordará posteriormente, es recomendable realizar un breve recordatorio sobre la diferencia entre estos dos tipos de cláusulas, así como sobre el tratamiento que han recibido tradicionalmente por parte de la jurisprudencia.

2. Cláusulas delimitadoras

Señala el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ("LCS") que *«el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas»*.

De este primer artículo de la LCS se alcanza una primera visión sobre lo que podría entenderse por cláusula delimitadora. Es aquella cláusula que las partes introducen de común acuerdo en el contrato para definir o delimitar el riesgo objeto de cobertura por parte del asegurador, así como las garantías que quedarán aseguradas o excluidas por dicho contrato.

Esta definición es la que de manera tradicional ha acogido la Sala Primera del Tribunal Supremo¹, al considerar que son cláusulas delimitadoras del riesgo aquellas mediante las cuales se concreta el contrato de seguro. Estas cláusulas fijan los riesgos que, en caso de producirse, son objeto del seguro y, por ello, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y, en la aseguradora, la obligación de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria conviene, por tanto, que cláusulas delimitadoras son aquellas que se refieran a la definición del riesgo objeto de cobertura, su cuantía, así como el plazo y el ámbito espacial de la cobertura. En ese sentido se pronunció la STS 853/2006, de 11 de septiembre, según la cual *«[...] son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que*

tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concreta: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal»

La validez de este tipo de cláusulas deriva de que responden a la delimitación del contenido propio del contrato, tal y como éste se define en el artículo 8 LCS: *«[...] Contendrá [el contrato de seguro], como mínimo, las indicaciones siguientes: [...] 3. Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente; 4. Designación de los objetos asegurados y de su situación; 5. Suma asegurada o alcance de la cobertura; [...]*»

Tal y como apuntó la conocida STS 853/2006, de 11 de septiembre, dictada por el Pleno de la Sala, la obligación del asegurador existe dentro de los límites pactados por las partes en el contrato de seguro. Idea que se repite en la LCS, en particular, en el artículo 1 transcrito anteriormente. La prestación del segurado, tanto con respecto a la garantía del riesgo asegurado, como en relación con el pago de la prestación, dependen de la delimitación del riesgo que, al tiempo, es básica para el cálculo de la prima que deberá satisfacerse por el asegurado.

3. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado

Al contrario de lo que sucede con las cláusulas delimitadoras, la definición de lo que debe entenderse por

¹ Entre otras, STS 71/2001, de 2 de febrero, STS 3287/2004, 14 de mayo y STS 853/2006, de 11 de septiembre.



cláusula limitativa de los derechos del asegurado no se encontrará en la LCS que, al respecto de esta cuestión, únicamente menciona en su artículo 3 la necesidad de que dichas cláusulas sean expresamente aceptadas por escrito por los asegurados.

Ante dicha laguna, la definición de este concepto se ha realizado por vía doctrinal y jurisprudencial. Destaca, a este respecto, la STS 704/2006, de 7 de julio cuyo contenido material se transcribe, en lo relativo a esta cuestión, a continuación:

«[...] Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene distinguiendo las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado –las cuales están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS–, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado.

Según la STS núm. 961/2000, de 16 de octubre, recurso de casación núm. 3125/1995 “la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Esta distinción ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 16 de mayo de 2000 y las que cita)”. [...]»

Como complemento de lo anterior, la STS 516/2009, de 15 de julio señaló que *«[...] Determinado de este modo negativamente el concepto de cláusula limitativa, su determinación positiva, con arreglo a los distintos ejemplos que suministra la jurisprudencia, debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter introductorio o definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora.*

De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.»

Por tanto, de lo expuesto hasta el momento, puede inferirse que, si bien las cláusulas delimitadoras se refieren al riesgo cubierto por el contrato de seguro, las cláusulas limitativas se circunscriben al ámbito de los derechos del

asegurado. El régimen de esta limitación, reducción o restricción tanto por las condiciones generales como por aquellas que integran las particulares, se somete a un régimen particular y diferente, por tanto, al de las cláusulas de delimitación del riesgo asegurado.

De este modo, tras la definición por las partes del objeto del contrato de seguro, su delimitación utilizando la terminología de referencia, las cláusulas limitativas alteran el marco general contractual acordado por las partes para que, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, los efectos del contrato de seguro se vean alterados.

La LCS no prohíbe este tipo de cláusulas, siempre que su contenido responda a los pactos libremente alcanzados por las partes en el marco de la autonomía de la voluntad. De este modo, su validez y eficacia queda condicionada a (i) la utilización de mecanismos que permitan su identificación destacada con respecto al resto del clausulado del contrato de seguro (e.g. utilización de elementos tipográficos distintivos, inclusión en un apartado diferenciado dentro del contrato de seguro); y (ii) la “*específica aceptación por escrito*” por el asegurado, a cuyos efectos, considerando la aparición y uso de las nuevas tecnologías, la referencia a la aceptación por escrito debe extenderse a cualquier medio que permita identificar, de forma indubitada, el conocimiento y aceptación de la cláusula limitativa por parte del asegurado.

Con respecto al requisito de aceptación por escrito de las cláusulas limitativas de derechos, resulta pacífico el hecho de que la mera suscripción del contrato no es suficiente para “validar” la eficacia de las cláusulas limitativas que pudieran haberse incluido en el contrato, ni aún en el caso de que se incluyera una cláusula de cierre que así lo regule expresamente. Al contrario, es necesaria una doble aceptación (requisito de *doble firma*) para introducir estas cláusulas en el contrato: en primer lugar, para la aceptación del contenido del contrato de seguro, como en cualquier otra relación contractual bilateral; y, la segunda, para la aceptación expresa de las restricciones o matices que las cláusulas limitativas impongan, en línea con los acuerdos alcanzados por las partes.

Sin embargo, como ha destacado en repetidas ocasiones la jurisprudencia (entre otras, STS 715/2013, de 25 de noviembre), la clara diferenciación que, desde un punto de vista teórico, puede establecerse entre cláusulas delimitadoras del riesgo y las que resulten limitativas de los derechos del asegurado, pueden llegar a difuminarse, hasta desaparecer casi por completo en la práctica. En efecto, las fronteras entre ambos tipos de cláusulas no son claras, y las discusiones comienzan cuando en el caso concreto se trata de calificar una cláusula de una o de otra manera. Son tantas esas discusiones y tantos los litigios, que no es extraño que Tapia Hermida hable de «*el ciclo maniaco-depresivo de las pólizas de seguro*».



Habr  de atenderse al contenido del contrato de seguro en particular para identificar el carácter que pueda tomar una misma cláusula, pudiendo diferir su aplicación y eficacia, aun tratándose del mismo precepto.

Adicionalmente la diferenciación entre estos tipos de cláusulas adquiere un relieve propio cuando el asegurado es un consumidor. Así se establece en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CE, del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando señala que «[...] en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación [de abusividad], ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

A estos efectos, el contenido del artículo 3 LCS quedaría superado en materia de consumidores por la regulación contenida en los artículos 82 y siguientes de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (cuyo texto refundido fue aprobado mediante RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre). Según esta regulación, las condiciones generales del contrato de seguro habrían de situarse entre lo siguiente tres parámetros: redacción clara (transparencia), prohibición de las cláusulas lesivas para el asegurado y obligación de aceptación específica de las cláusulas limitativas de derechos.

En consecuencia, se identifica un requisito adicional consistente en la prohibición de incluir cláusulas lesivas

para el asegurado. Estas cláusulas lesivas no deben identificarse en ningún caso con las cláusulas limitativas de derechos, dado que, mientras que las primeras están prohibidas, las segundas serán admisibles siempre que hayan sido específicamente aceptadas por el asegurado, como ha quedado reseñado anteriormente.

4. Un posible esquema de la tipología de cláusulas

Si se toma como banco de pruebas de la variada tipología de cláusulas de delimitación al siempre escurridizo seguro de responsabilidad civil, cabe distinguir, según su objeto, las que configuran las extensiones subjetiva, objetiva, espacial, temporal y cuantitativa. Confunde más que aclara la STS 489/2012, de 19 de julio, pues afirma que «la cláusula de exclusión de cobertura por ausencia en el conductor de permiso de conducir, es una cláusula limitativa al no integrar el contenido esencial el contrato, pues no afecta al objeto, al ámbito espacial ni a la cuantía», con lo que parece dar a entender que las delimitaciones subjetiva y temporal serían, por concepto, cláusulas limitativas, algo que no siempre se podrá compartir. De hecho, la propia sentencia dice que «no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las 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, la cláusula no podía operar ni «afectar al asegurado en cuanto que no fue destacada, y por el abigarramiento del párrafo que la contiene tampoco puede decirse que su redacción sea clara, a la vista de la mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una

agrupación que consigue entorpecer su comprensión y percepción». Pero eso es tema bien distinto...

El profesor Yzquierdo aporta, con afán pragmático, la siguiente panoplia de posibilidades:

- a) Cláusulas delimitadoras del riesgo que hayan sido incluidas con redacción clara y precisa en la proposición de seguro (si la hubiere) y en la póliza o en documento complementario suscrito por el asegurado y del que se le ha dado copia: quedan incorporadas al contrato de seguro de responsabilidad civil y podrán ser opuestas ante la acción directa del perjudicado. Será preciso también que estas cláusulas soporten cualquier control de legalidad mínimamente riguroso, porque de lo contrario –como indica Forcada Jordi– podría ocurrir que quedasen fuera de la cobertura, en aras de un caricaturesco uso del dogma de la autonomía de la voluntad, *«supuestos tan pintorescos como aquellos accidentes que ocurran los lunes, miércoles y viernes; o aquellos ocasionados cuando el conductor lleve una camisa azul; o los accidentes que ocurran entre las 4 y las 7 de la tarde»*. Un ejemplo claro lo brindan las SSTS 4094/2013, de 27 de junio y 727/2013, de 12 de noviembre: es oponible la cláusula de delimitación cuantitativa de la cobertura.
- b) Cláusulas delimitadoras que no cumplan las anteriores exigencias: se tendrán por no puestas. Así, no vale excluir de la condición de tercero perjudicado al descendiente del asegurado si ello se hace en un documento cuya autoría y aceptación no constan (STS 5674/1999, de 21 de septiembre).
- c) Cláusulas limitativas de derechos que, además de las exigencias anteriores, hayan sido especialmente destacadas y específicamente aceptadas por escrito (no basta con la aceptación genérica): quedan incorporadas al contrato de seguro de responsabilidad civil, por lo que tal incorporación podría comportar su oponibilidad ante la acción directa o su juego solamente inter partes, algo que habrá de decidir la ley. Así sucede, por ejemplo, con determinadas cláusulas que excluyen la cobertura en los seguros del automóvil: el asegurador no podrá oponer la conducción en estado de embriaguez: frente al perjudicado, pero, una vez satisfecha la indemnización, podrá repetir *«contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuere debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos, o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas»* (art. 10, pº 1º a) del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro).
- d) Cláusulas limitativas de derechos que no cumplan una o alguna de las exigencias descritas en a) o en c):

se tendrán por no puestas. Lo mismo que en supra, b), ni se podrán oponer al tercero ni tampoco podrán operar inter partes por medio de la repetición del asegurador. En el caso la STS 4183/1999, de 14 de junio, el asegurador no había podido oponer a la víctima la limitación cuantitativa pretendidamente prevista en la póliza, pero tampoco pudo repetir del asegurado el exceso no cubierto de que se tuvo que hacer cargo, porque se entendió que la limitación no había sido válidamente convenida. Un ejemplo más reciente lo encontramos en la STS 56/33/2013, de 25 de noviembre, que considera limitativa de derechos la cláusula que excluye la cobertura de la responsabilidad del médico por incumplir la obligación de obtener el consentimiento del paciente. O en la STS 4823/2014, de 20 de noviembre, que desestima la acción de repetición planteada por el asegurador contra el asegurado, tras haber tenido aquél que asumir la indemnización generada por el accidente causado por un conductor menor de veintiséis años.

5. Particularidades en el caso de los contratos de seguro colectivos

En general, el contenido del artículo tercero LCS debe ser objeto de matización en el caso de los contratos de seguro colectivos, dado que en estos supuestos no habría coincidencia entre la figura del tomador del seguro, que suscribe el contrato, y la del asegurado que, en la mayoría de los casos, limita su intervención a la suscripción de un boletín de adhesión al contrato de seguro principal, al que en una buena parte de las ocasiones se incorpora un extracto de las condiciones del contrato de seguro. Por tanto, no será suficiente la mera aceptación de las cláusulas limitativas por parte del tomador del seguro, sino que será necesario que cada asegurado que se adhiera al contrato de seguro colectivo acepte, de forma individual y específica, estas cláusulas para que, llegado el caso, sus efectos resulten oponibles por la entidad aseguradora.

Así se desprende del contenido del artículo séptimo LCS que señala que *«[...] Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado»*.

Esta interpretación ha sido avalada, entre otras por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que, en respuesta a una consulta formulada sobre los derechos del tomador del seguro y del asegurado, mencionaba que *«[...] cuando el contrato se suscribe entre una aseguradora y una persona jurídica que figura como tomador del seguro, y los asegurados son un colectivo delimitado por una característica común a todos ellos, ya sea por ser miembros de una empresa o colegio profesional, clientes de una entidad financiera, etc., es necesario determinar previamente, si la figura que actúa*

como entidad tomadora es el verdadero dominus negotii, y por tanto ostenta en los referidos contratos la verdadera posición de tomado por cuenta ajena tal y como recoge el mencionado artículo 7 de la Ley. [...]»

En consecuencia, tal y como establece la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS 541/2016, de 14 de septiembre), la carga de información que pesa sobre el asegurador para cumplir con el principio de transparencia contractual estará en relación con la posición que, respectivamente, ocupen el tomador y el asegurado en el contrato de seguro. Por este motivo, aun cuando el tomador del seguro deberá tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas de derechos, la exigencia de transparencia contractual, en lo referente a la aparición de cláusulas limitativas, hace que la perfección del contrato de seguro colectivo quede subordinada a un acto de voluntad por parte del asegurado solicitante, identificándose dicho acto con la adhesión al seguro colectivo.

6. Cláusulas limitativas en los seguros de accidentes

En las sentencias de referencia (STS 541/2016 y 543/2016, ambas de 14 de septiembre), dos contratos de seguro de accidentes proponían la aplicación del baremo de daños para el cálculo de la cuantificación de la indemnización que debía corresponder al asegurado en función del grado de invalidez declarado.

Los demandantes alegaban la aplicación de la indemnización máxima prevista en las condiciones particulares de la póliza por entender que la aplicación del

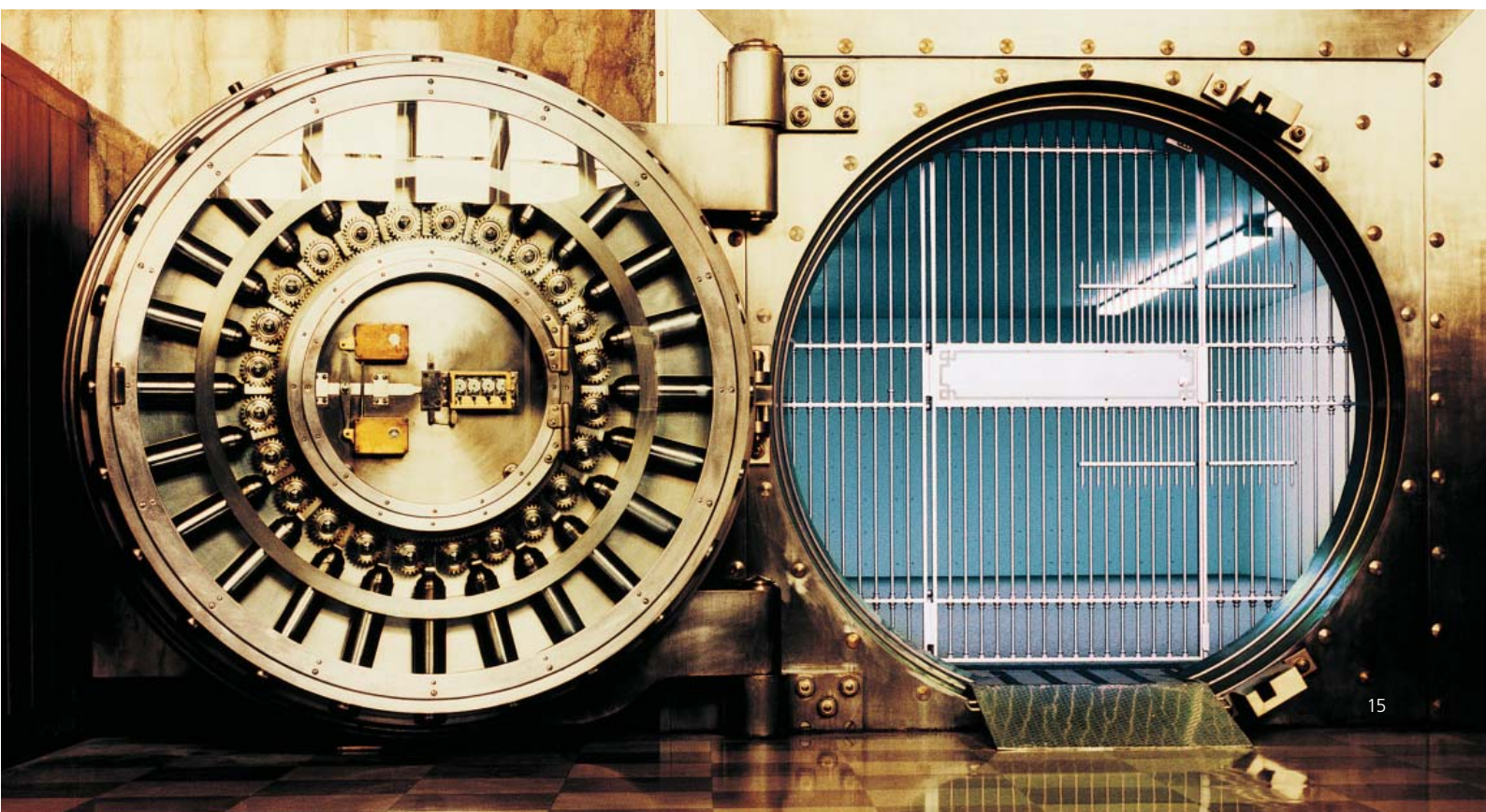
baremo debía tener la consideración de cláusula limitativa de los derechos del asegurado y, en consecuencia, debería someterse a las reglas de transparencia y aceptación expresa descritas por el artículo séptimo LCS.

A tales efectos, el Tribunal Supremo acogió la tesis de las demandantes, declarando limitativas las cláusulas que aplican el baremo de daños para el cálculo de la indemnización, al señalar «[...] la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total, dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de invalidez permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y ésta pueda producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante [...]»².

Por tanto, en los casos de referencia, al no constar la aceptación por los asegurados de las cláusulas limitativas al tiempo de adherirse a los contratos de seguro colectivos, no procede la aplicación de las restricciones que éstas conllevan, estimando el Tribunal Supremo el abono completo de las indemnizaciones solicitadas por los asegurados demandantes.

Con todo, la casuística es amplia, y en esta materia nunca parece haberse dicho la última palabra...

² Entre otras, STS 394/2008, de 13 de mayo.



La rescisión concursal no se aplica a las escisiones inscritas en el Registro Mercantil

Andrés Recalde
Departamento de Corporate / M&A

El Tribunal Supremo rechaza el ejercicio de las acciones rescisorias especiales del Derecho concursal contra una escisión de sociedades inscrita en el Registro Mercantil, y afirma que la protección de los acreedores debe realizarse por vía resarcitoria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21.11.2016 (Pnte. Ignacio Sancho) rechazó el ejercicio de acciones rescisorias concursales en las que se reclamaba la reintegración de los inmuebles transmitidos en virtud de una escisión parcial. La sentencia parte de que la transmisión de activos a favor de la sociedad beneficiaria es el efecto necesario de la escisión, por lo que no es posible la rescisión singular de la transmisión de los inmuebles sin rescindir la escisión. En segundo lugar, se concluye que tampoco procede declarar la ineficacia de la escisión como consecuencia de las rescisorias concursales (art. 73.1 LC), toda vez que la inscripción registral de la escisión sanaría cualquier vicio que la afectara (arts. 46 LME).

El supuesto hacía referencia a la escisión de una rama de actividad (negocio de arrendamiento de inmuebles) a favor de una SRL beneficiaria de nueva creación, cuyas participaciones se entregaron al socio único de la sociedad escindida. Como consecuencia de la declaración de concurso de la sociedad escindida con posterioridad a la inscripción de la escisión, los administradores concursales ejercitaron acciones de rescisión contra la transmisión de los inmuebles y, en su caso, contra la escisión parcial. Argumentaban que la operación sustrajo

del ámbito de la responsabilidad patrimonial de la sociedad escindida sus principales activos –los inmuebles que generaban rentas netas–, lo que contribuyó a abocar a la sociedad escindida a la insolvencia, y que ello se produjo gratuitamente, ya que las participaciones de la sociedad beneficiaria no se entregaban a esta sino a su socio único. La situación justificaría la aplicación de la presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial (art. 71.2 LC).

El Tribunal Supremo rechaza la posible ineficacia de las escisiones inscritas en el Registro Mercantil por razones de seguridad jurídica y, en particular, por la complejidad de retroceder todos los negocios y actos que hubieran realizado las sociedades resultantes de la modificación estructural. Serían las mismas razones presentes en el precepto, expresamente invocado por la sentencia, que impide impugnar una fusión o una escisión, cuando han transcurrido tres meses después de la inscripción (art. 47 LME). A juicio del Tribunal Supremo, el término impugnación comprende todas las acciones dirigidas a privar de eficacia a una modificación estructural, incluyendo las acciones de nulidad del acuerdo y las rescisorias concursales. La tesis, sin embargo, pierde de vista que la norma que restringe la impugnación de modificaciones estructurales por el socio de una de las sociedades intervinientes en la escisión está pensada desde una estricta perspectiva societaria (aunque la legitimación también se reconozca a los terceros). Su aplicación a la rescisión concursal de actos o negocios realizados en perjuicio del concurso y de los acreedores no toma en consideración la diferente finalidad de uno y otro régimen.

La sentencia incorpora elementos de interés, que atienden a la necesidad de conceder seguridad a las



El Tribunal Supremo propone que la protección de los acreedores se realice, en sede societaria, mediante la compensación patrimonial de los daños y perjuicios sufridos, que la misma Ley de Modificaciones Estructurales contempla.

modificaciones estructurales que crean nuevas sociedades que se relacionan con terceros. Pero deja abiertas dudas. En particular, cabe cuestionarla desde la perspectiva de los remedios que se ofrecen a los terceros que pudieran sufrir daños. No se esconde al Tribunal Supremo el riesgo de los perjuicios que pueden sufrir los terceros. Conviene recordar que, en el Derecho español, la responsabilidad por deudas ajenas de las entidades participantes en una escisión parcial se establece de arriba a abajo (la sociedad escindida responde de las obligaciones asumidas por las beneficiarias), o en un mismo plano (las distintas sociedades beneficiarias responden entre sí hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas) (art. 80 LME). No se prevé, como en otros países, una responsabilidad que actúe de abajo a arriba (haciendo responder a la beneficiaria por las deudas de la sociedad escindida). Por ello, existe el riesgo de que operaciones como la considerada en el caso se utilicen para que una sociedad en dificultades traslade los elementos más rentables de su patrimonio a otras sociedades, “salvándolos” del concurso sobre la base del pretendido efecto sanatorio que la sentencia atribuye a la inscripción.

Entiende que la solución ha de pasar por las acciones paulianas (SSTS 27.1.2006 y 9.10.2008) o por el levantamiento del velo (técnica ya utilizada para una escisión parcial en STS 3.1.2013). No obstante, el levantamiento del velo no debe dejar de ser un remedio excepcional y el ejercicio de la revocatoria pauliana requiere una siempre compleja prueba del fraude.

Por otro lado, el Tribunal Supremo propone que la protección de los acreedores se realice, en sede societaria, mediante la compensación patrimonial de los daños y

perjuicios sufridos, que la misma Ley de Modificaciones Estructurales contempla (art. 47.1, segundo inciso LME). Pero esta responsabilidad patrimonial, sustitutiva de la impugnación, sólo beneficia a los acreedores anteriores a la escisión lo que daría lugar a la creación de dos masas concursales distintas para satisfacer a los acreedores, de difícil articulación.

No explora el Tribunal Supremo, en cambio, una solución que podría ser más sencilla. En realidad, la rescisión no tiene por qué conducir, de forma necesaria, a que se decrete la ineficacia de la sociedad beneficiaria. La obligación de restituir las prestaciones recibidas en virtud del negocio que se rescinde (art. 73.1 LC) se puede concretar en que la beneficiaria deba entregar a la sociedad escindida el valor de los activos patrimoniales que recibió, con el límite, en todo caso, de las normas de protección del capital, que se establecen en tutela de los terceros.

Validez de la cláusula de los estatutos que fija el valor de las participaciones sociales por el valor contable

Andrés Álvarez-Sala y Carlos Peña
Departamento de Corporate / M&A

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 2016 establece que es válida la cláusula de los estatutos que fije que el derecho de adquisición preferente que eventualmente se ejercite por el valor razonable de las participaciones será el menor entre el precio de transmisión comunicado a la sociedad por el socio transmitente y el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta General.

La DGRN ha dictado recientemente una importante resolución, en la que, por primera vez, se permite la libre fijación estatutaria del precio de las participaciones cuando los socios o la sociedad ejerciten el derecho de adquisición preferente. Con esta resolución, la DGRN confirma la tesis mantenida hasta ahora por un sector relevante de la doctrina (Perdices, Campins y Alfaro), que se mostraba contrario a que el “valor real” de las participaciones sociales constituyese un límite mínimo al precio de adquisición.

El supuesto al que se refirió la citada resolución hacía referencia a un acuerdo de la Junta de modificación de los estatutos sociales de una sociedad en el que se preveía que, en caso de transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos inter vivos, los socios, y en su defecto, la sociedad, pudieran ejercitar un derecho de adquisición preferente conforme a la siguiente regla: “El derecho de

adquisición preferente se ejercitará por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. [...]”. Este acuerdo fue adoptado en Junta Universal y con el consentimiento unánime de todos los socios, por lo que en todo momento quedó preservado el derecho individual de todos ellos a la tutela de sus intereses particulares.

La Registradora Mercantil y de Bienes Muebles VI de Valencia primero, y la Registradora de la Propiedad de Gandía después, denegaron la inscripción del citado precepto estatutario, por el que se permitía la libre fijación del precio de las participaciones sociales sobre la base de la doctrina que había venido prevaleciendo hasta ahora en la interpretación del alto centro directivo.

Históricamente, ante la ausencia en los estatutos de normas sobre fijación del precio por el que se adquiere el derecho de adquisición preferente, se venía entendiendo que la referencia al “valor real” de las participaciones, sería el que fijasen el vendedor y el titular del derecho de adquisición. Pero, ante la falta de acuerdo entre las partes, el precio lo deberían fijar los auditores de la sociedad, tal y como se establece en el art. 107 d) de la Ley de Sociedades de Capital.

Al entender de la Registradora Mercantil de Valencia, la fijación estatutaria del precio de las participaciones con otros criterios podría vulnerar el derecho del socio transmitente a obtener el valor razonable de sus participaciones tal y como este se debería apreciar el día en que se comunicó a la sociedad el propósito de transmitir.



La Resolución dictada por la DGRN, que aquí se comenta, parece romper con la doctrina hasta ahora consolidada, permitiendo la fijación en los estatutos de cláusulas que permitan a los socios determinar el valor de las participaciones sociales al menos a partir del valor neto contable.

La Resolución dictada por la DGRN, que aquí se comenta, parece romper con la doctrina hasta ahora consolidada, permitiendo la fijación en los estatutos de cláusulas que permitan a los socios determinar el valor de las participaciones sociales al menos a partir del valor neto contable. Cabe cuestionarse si esta ampliación de la facultad de los socios a la hora de adoptar el criterio de valoración de las participaciones de la sociedad, abrirá el camino en el futuro a cláusulas más liberales.

La justicia europea rechaza la retroactividad limitada de las cláusulas suelo

María Torres
Departamento de Bancario y Financiero

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, ha declarado que la limitación de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo establecida por el Tribunal Supremo es incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

Apartándose del criterio mantenido por el Abogado General en sus conclusiones presentadas el pasado mes de julio de 2016, el TJUE ha considerado que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo vulnera lo establecido en la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Entiende el Tribunal Europeo que la referida Directiva 93/13 no autoriza a los tribunales nacionales a limitar la restitución de las prestaciones realizadas por las partes, a la que debe dar lugar la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual y, en particular, la nulidad de las cláusulas suelo incluidas en determinados contratos bancarios.

El Tribunal Supremo, con fundamento en el principio de seguridad jurídica y atendiendo a la buena fe de los círculos interesados así como al riesgo de graves trastornos económicos que podría provocar la retroactividad total de la declaración de nulidad de estas cláusulas, vino a establecer el criterio de retroactividad limitada en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 (confirmada por Sentencias posteriores de 25 de marzo y 29 de abril de 2015).

En virtud de dicho criterio, la nulidad de las cláusulas suelo declaradas abusivas no afectaría a las situaciones decididas por resolución judicial con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados con anterioridad al 9 de mayo de 2013 (fecha de la Sentencia del Alto Tribunal) en virtud de una cláusula contractual en esa fecha declarada nula. De este modo, las entidades bancarias sólo habrían de restituir a los clientes las cantidades indebidamente pagadas con posterioridad a la fecha en la que los tribunales establecieron la nulidad de la cláusula.

El criterio sostenido por el Alto Tribunal suscitó, sin embargo, amplias dudas en algunos órganos jurisdiccionales, que plantearon cuestión prejudicial ante el TJUE para que éste se pronunciase acerca de la compatibilidad entre el criterio de retroactividad limitada y la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas.

El Tribunal Europeo, mediante la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas y concluye que una vez la cláusula ha sido declarada abusiva, corresponde al juez nacional, pura y simplemente, dejarla sin aplicación, sin que le sea posible modificar el contenido de la nulidad. Lo procedente, según la Sentencia, es considerar que la cláusula abusiva nunca ha existido, de modo que no podrá desplegar ningún efecto frente al consumidor. Ello ha de conllevar el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. En definitiva, el consumidor ha de ser restituido en las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento de aquél en virtud de la cláusula abusiva.



La decisión del Tribunal Europeo tendrá un importante impacto en el sector financiero español, pues como apuntaba el informe confidencial del Banco de España, estarían en juego entre 5.000 y 7.600 millones de euros en compensaciones a clientes.

Apunta el TJUE que la limitación de los efectos de la nulidad, sostenida por el Tribunal Supremo, equivale a privar a todo consumidor que hubiese firmado un contrato de préstamo hipotecario con una cláusula nula, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades indebidamente abonadas.

Concluye la Sentencia que los órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar la limitación de la retroactividad acordada por el Tribunal Supremo, toda vez que la referida limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión.

Frente a esta decisión judicial, son diversas las situaciones que cabe considerar. Por un lado, en cuanto a los procesos judiciales resueltos definitivamente mediante sentencia firme, la Sentencia del TJUE no puede afectar al efecto de cosa juzgada, como indica la propia Sentencia. Por otro lado, y respecto a los procesos que se encuentran suspendidos a la espera del fallo europeo, cabe que se condene a las entidades bancarias a devolver la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas. No obstante, es probable que los bancos, en aquellos supuestos en los que comprueben que la cláusula suelo no fue incorporada al contrato con transparencia, ofrezcan a los clientes afectados una solución extrajudicial con el fin de minimizar los costes procesales que podrían derivarse de los eventuales pleitos.

En cualquier caso, no cabe duda de que la decisión del Tribunal Europeo tendrá un importante impacto en el sector financiero español, pues como apuntaba el informe confidencial del Banco de España (aportado en la vista oral ante el TJUE), estarían en juego entre 5.000 y 7.600 millones de euros en compensaciones a clientes

que se adhirieron a contratos que incorporaban estas cláusulas.

De hecho, estos efectos ya se han puesto de manifiesto tras la publicación de la Sentencia, que ha producido un impacto inmediato en los medios de comunicación y en el mismo sector financiero español. El Ibex se ha desinflado hasta un 1%, afectando en gran medida a la banca, que ha acusado importantes caídas. Algunas entidades bancarias han sufrido pérdidas que han rozado el umbral del 10%, viéndose así frustrado el repunte que venía experimentando el conjunto del sector financiero español.

Aplicación del régimen de garantías financieras a la pignoración de saldos de cuenta corriente

Concepción Padilla
Departamento de Bancario y Financiero

La sentencia de 10 de noviembre de 2016 de la sala cuarta del TJUE se ha pronunciado sobre los requisitos que deben reunir las prendas de cuenta corriente para quedar cubiertas por el régimen de garantías financieras de la Directiva 47/2002.

El TJUE ha respondido a las cuestiones prejudiciales elevadas por el Tribunal Supremo de Letonia sobre el ámbito de aplicación de la Directiva, después de que los órganos de primera instancia y de apelación letones desestimaran la demanda interpuesta por una compañía letona frente a una entidad financiera.

El litigio trae causa de la celebración de un contrato de cuenta corriente que contenía una cláusula de garantía financiera, según la cual los fondos depositados quedaban pignorados a favor del banco en garantía de los créditos que ostentara frente a la compañía. Tras la declaración en concurso de la sociedad, el banco cargó en la cuenta un importe aproximado de 274 EUR en concepto de comisión de mantenimiento por el periodo anterior a la declaración de apertura del concurso. Ante la negativa del banco de restituir dicho importe, el administrador concursal interpuso demanda contra la entidad financiera, amparándose en el principio de *par conditio creditorum* y en la prohibición de que un acreedor individualmente realice acciones perjudiciales para los demás acreedores.

El TJUE ha tenido que clarificar el ámbito de protección de los privilegios que la Directiva brinda a las garantías financieras. La sentencia objeto de análisis ha determinado

que las garantías financieras constituidas respecto de las cantidades anotadas en una cuenta sólo son resistentes frente a un eventual procedimiento de insolvencia (i) respecto del efectivo abonado en la cuenta antes de la declaración de concurso (o el mismo día de la declaración, si el acreedor pignoraticio la desconoce) y (ii) siempre que los fondos sean indisponibles para el pignorante.

El tribunal añade que solo los importes depositados antes de la declaración de concurso (o el mismo día de la declaración, si el acreedor la desconoce) pueden ser objeto de ejecución sin quedar, por tanto, sujetos a la paralización habitual de este tipo de procesos y quedarían protegidos frente a eventuales acciones de rescisión, salvo en caso de fraude.

Lo llamativo y novedoso de la sentencia deriva de la interpretación que hace el TJUE del requisito de la desposesión por parte del constituyente de la garantía, considerándolo un elemento fundamental para su calificación como garantía financiera a los efectos de la Directiva: para poder beneficiarse del especial régimen de protección previsto en la normativa europea, los fondos aportados en garantía deben ser indisponibles para el pignorante desde el momento de su ingreso en la cuenta. La desposesión, según el planteamiento del Tribunal, debe ser absoluta, debiendo quedar el objeto en poder del acreedor o bajo su control desde el momento de su aportación. En caso contrario, la garantía constituida no sería una garantía financiera, sino una prenda ordinaria.

En consecuencia, las prendas habitualmente constituidas sobre cuentas de proyectos u operativas, en las que la disponibilidad es limitada, o aquellas donde el bloqueo se produce posteriormente, por ejemplo al apreciarse un



El acreedor no se vería amparado por la protección que brinda la Directiva frente a acciones rescisorias y a través de la no aplicación de la paralización de ejecuciones, deviniendo la prenda ordinaria.

supuesto de incumplimiento o de vencimiento anticipado, no satisfarían el requisito de desposesión o indisponibilidad según exige el TJUE en esta sentencia.

No obstante, sí que cumplirían ese requisito las prendas en las que se fija un importe máximo pignorado y bloqueado y en las que se permite al pignorante disponer del exceso, ya que este supuesto está expresamente reconocida en la normativa sobre garantías financieras.

A pesar de que la novedad introducida por el TJUE parece diferir de la interpretación que hasta el momento se ha venido haciendo del RDL 5/2005, lo cierto es que la incidencia práctica no es tan excesiva en la medida en que toda prenda del saldo de una cuenta, fuera de un concurso, e independientemente de que sea considerada como garantía financiera o no, puede ser ejecutada por compensación, por el mero hecho de su naturaleza jurídica. Teniendo en cuenta la celeridad con que este tipo de prendas puede ejecutarse, no será complicado que la prenda se ejecute antes de la eventual declaración de concurso.

Las consecuencias más graves de la sentencia se refieren a las acciones rescisorias una vez declarado el concurso. En efecto, el acreedor no se vería amparado por la protección que brinda la Directiva frente a acciones rescisorias y a través de la no aplicación de la paralización de ejecuciones, deviniendo la prenda ordinaria.

En cualquier caso, no es posible determinar *a priori* la trascendencia que esta sentencia tendrá en el panorama español hasta comprobar la aplicación que hacen nuestros tribunales de esta doctrina en relación con las prendas actualmente en vigor.

La rigidez de los requisitos para recurrir: la consignación de la cantidad objeto de demanda

Sergio Quintana y Elena Esparza
Departamento de Derecho Laboral

El Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de las exigencias y requisitos legales para poder acceder al recurso de suplicación.

Este post trata de analizar el alcance la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2016, de 17 de octubre, así como de la de la doctrina del mismo órgano que la precede y que es sintetizada en la misma.

En ella, el Tribunal Constitucional (en adelante "TC") resuelve un recurso de amparo contra el Auto de un Juzgado de lo Social de las Palmas de Gran Canaria y otro de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) que impiden a la parte demandada presentar el escrito de anuncio del recurso de suplicación por haber incumplido el requisito de consignación de la cantidad objeto de condena exigido por el artículo 230.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, "LRJS").

El citado artículo exige que, salvo en los supuestos de asistencia jurídica gratuita, el recurrente acredite *"al anunciar el recurso de suplicación o al preparar el recurso de casación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito"*.

En el caso que nos ocupa, el recurrente, que se encontraba en una situación preconcursal e imposibilitado para obtener

un aval bancario, adjunta en sustitución de la consignación exigida legalmente una garantía de escritura de hipoteca mobiliaria unilateral a favor del trabajador demandante.

El Juzgado de lo Social mencionado y, posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia determinaron que la garantía resultaba inaceptable entendiendo (i) que ni siquiera se había solicitado la declaración del concurso, lo que permitiría, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo excepcional y restrictivo, la admisión de otros medios sustitutorios de aseguramiento y (ii) que la propia naturaleza de una garantía real, como es la hipoteca mobiliaria, no asegura el rápido cumplimiento de la condena establecida en la sentencia.

Frente a estas resoluciones, la empresa recurrente, solicita el amparo del TC entendiendo que la no aceptación por el órgano judicial de la garantía ofrecida supone una interpretación excesivamente formalista de las normas legales lo que, en definitiva, le ha supuesto una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso al recurso.

El TC, antes de entrar en el fondo del asunto, subraya que el derecho a recurrir en el ámbito laboral no nace directamente de la Constitución, sino que obedece a la configuración que quiera darle el legislador, siendo incluso constitucionalmente admisible que no se prevea la posibilidad de recurrir. En consecuencia, estos recursos son materia de legislación ordinaria, debiendo el TC limitar su control a la existencia de motivación en las resoluciones y a verificar que las mismas no han incurrido en error material patente o en manifiesta irrazonabilidad lógica.

Siguiendo esta línea, el TC ha declarado en diversas ocasiones la constitucionalidad del requisito procesal ahora examinado. (Sentencias número 100/1983 de 18 de noviembre y 76/1985



Esta línea seguida por el TC genera el peligro de que las empresas en concurso carezcan de alternativas para acceder al recurso de suplicación en aquellos casos en que más lo necesitan.

de 26 de junio), señalando que el deber de consignación no constituye un obstáculo excesivo o desproporcionado para el acceso al recurso, atendiendo, sobretodo, a su función de medida cautelar tendente a asegurar la rápida ejecución de la sentencia y a evitar una eventual desaparición de los medios de pagos, además de obstaculizar la formulación de recursos meramente dilatorios y presiones sobre el trabajador para que renuncie a sus derechos.

No obstante, y pese a lo expuesto, el TC sí ha admitido la inaplicación o inobservancia del requisito de la consignación en supuestos de situaciones singulares de dificultad económica empresarial y, siempre y cuando, se ofreciesen garantías alternativas que permitieran la inmediata realización del ulterior derecho de crédito una vez que la Sentencia de condena fuera firme. (Sentencia número 84/1992, de 28 de mayo). En este sentido, la constitución de hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento y la solicitud de embargo preventivo no se consideran suficientes para garantizar la inmediata realización ulterior del derecho de crédito (Sentencia número 76/1985 de 26 de junio).

La doctrina del TC dio un pequeño viraje, cuando la legislación procesal laboral comenzó a admitir, como hace el citado artículo 230.1 de la LJRS, la posibilidad, junto con la consignación de la cantidad, de asegurar el importe de condena mediante aval bancario para poder acceder al recurso.

A partir de entonces, el TC se volvió especialmente restrictivo en lo que se refiere a entender que la no admisión de garantías sustitutivas suponía, en efecto, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, llegando a declarar que el requisito de la consignación “no encuentra razón para ser atenuado, salvo en casos límite y excepcionales” (Sentencia número 64/2000 de 13 de marzo).

Sólo nos consta un caso en que dicha excepcionalidad haya sido apreciada. Se trata de la Sentencia del TC número 30/1994 de 27 de enero, en la que se entendió que la elevada cantidad objeto de aseguramiento (584 millones de pesetas) y el hecho de la que la empresa estuviera en quiebra y habiéndose intentado, sin éxito, obtener el aval, justificaban la admisión de una garantía hipotecaria. De esta manera, se razonó que el conjunto de hechos concurrentes no podían determinar que los requisitos procesales comentados se constituyeran como un “*obstáculo insuperable*”, una “*carga irrazonable*” o un “*privilegio del trabajador*” que impida al empresario acceder al recurso.

En cualquier caso, respecto a esta última sentencia, ha venido remarcando el TC que la misma no puede servir de pauta para “*asentar en ella, al margen de sus muy especiales circunstancias, una doctrina general permisiva de medios alternativos a los establecidos en la ley*” (Sentencias número 64/2000 de 13 de marzo y 173/2016, de 17 de octubre).

Atendiendo a lo expuesto, el TC entiende en el presente caso que la falta de liquidez que conlleva la hipoteca ofrecida por el recurrente, especialmente dadas las circunstancias actuales del mercado inmobiliario, dificulta la ejecución y no satisface la finalidad pretendida por la ley de asegurar el rápido e inmediato cumplimiento de la condena establecida en la sentencia.

Esta línea seguida por el TC genera el peligro de que las empresas en concurso, que son un fenómeno frecuente en nuestro país, carezcan de alternativas para acceder al recurso de suplicación en aquellos casos en que más lo necesitan, como son las situaciones de concurso que vienen acompañadas de medidas laborales y, consecuentemente, dando origen a una gran litigiosidad.

No pueden pactarse plazos de pago superiores a 60 días en operaciones comerciales, aunque sea en condiciones no abusivas

Patricia Liñán
Departamento de Competencia y UE

El Tribunal Supremo confirma el carácter imperativo del plazo de pago máximo de 60 días previsto en la Ley de lucha contra la morosidad y aclara que las cláusulas contractuales que excedan de dicho plazo son nulas de pleno derecho independientemente de si superan el examen de “abusividad” que establece la propia Ley.

El artículo 4 de la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (en adelante, LLCM) establece un plazo de pago, en ausencia de pacto, de 30 días naturales desde la fecha de recepción de las mercancías o de la prestación del servicio, aunque puede ampliarse contractualmente hasta un máximo de 60 días. Por su parte, el artículo 9 LLCM prevé un control del carácter abusivo para el acreedor (“abusividad” dice el Tribunal Supremo) de las cláusulas relativas a la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro.

La convivencia de un plazo máximo de 60 días con un control del carácter abusivo de las cláusulas sobre pagos vino generando ciertas dudas acerca de la posibilidad de pactar plazos superiores siempre que fuera en condiciones no abusivas en los términos del artículo 9 LLCM (por ejemplo, remunerando los aplazamientos). Las dudas venían alimentadas porque el artículo 9, en su redacción anterior, incluía una referencia al “carácter subsidiario” de los plazos de pago del artículo 4. Además, la LLCM se

adoptó para transponer la Directiva de lucha contra la morosidad, que preveía el control del carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con los pagos en las operaciones comerciales pero no establecía plazos de pago máximo.

Precisamente sobre estas dudas interpretativas versa la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2016.

La sentencia tiene su origen en la demanda de una empresa constructora a otra de determinadas cantidades por la ejecución de una obra y de los intereses devengados por el aplazamiento en el pago pactado contractualmente. Según la demandante, tal aplazamiento era contrario a la LLCM por abusivo y, por tanto, nulo. Concretamente, el contrato preveía el pago mediante la entrega de pagaré a la orden con vencimiento a 180 días de la fecha de recepción de la factura y establecía que el aplazamiento debía entenderse compensado con el interés incluido en el precio, calculado a partir del tipo de interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos.

La sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, desestimó la demanda en lo concerniente a la nulidad del aplazamiento. Se argumentaba que el artículo 4 LLCM, en relación con el artículo 9, debía entenderse en el sentido de que las cláusulas que previeran plazos superiores a los 60 días sólo serían ilícitas –y, por tanto, nulas– en el caso de que pudieran, además, considerarse abusivas. En este caso en particular, entendían los tribunales de instancia que la cláusula no era abusiva.

Por el contrario, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la empresa constructora al entender que debía haberse declarado la nulidad de la cláusula por el



Tras la sentencia, no cabe pactar plazos de pago superiores a 60 días en operaciones comerciales, aunque las fórmulas o condiciones del aplazamiento no sean en absoluto abusivas.

mero hecho de que superaba el plazo de pago máximo de 60 días del artículo 4 de la LECM. Para el Tribunal Supremo, el carácter imperativo de dicho plazo está fuera de toda duda y, por tanto, el control de *abusividad* previsto en el artículo 9 LECM opera necesariamente sólo para cláusulas que respeten el plazo de 60 días.

El Tribunal Supremo podría haber terminado aquí. Sin embargo, decide valorar el (en este caso, innecesario) examen de *abusividad* realizado en la instancia para concluir que era erróneo por dos motivos. En primer lugar, porque el hecho de que el acreedor no hubiera discutido previamente el contenido abusivo de algunas de cláusulas no puede nunca entenderse como un acto propio que impida su reclamación posterior. Cualquier control de *abusividad*, razona, parte precisamente de una función tuitiva en favor de la parte contractual más débil, porque se entiende que su situación le impide defender sus intereses en pie de igualdad respecto de las imposiciones de la otra parte contratante. En segundo lugar, porque entiende que la cláusula era abusiva al establecer un aplazamiento desproporcionado (180 días frente a 60) y una compensación insuficiente por dicho aplazamiento (1,5 puntos, frente a los 8 que establece el artículo 7 LECM como interés de demora).

En definitiva, tras la sentencia, no cabe pactar plazos de pago superiores a 60 días en operaciones comerciales, aunque las fórmulas o condiciones del aplazamiento no sean en absoluto abusivas y, por lo tanto, no perjudiquen a ninguna de las dos partes que contratan libremente.

La descatalogación de un libro no enerva los derechos exclusivos de su autor

Javier Martínez de Aguirre y Blanca Cortés
Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

El TJUE se pronuncia en contra de un precepto de la legislación francesa por la que los libros calificados como «no disponibles» pueden ser reproducidos y puestos a disposición del público mediante un acceso libre y gratuito a través de internet.

En mayo de 2013 dos autores de obras literarias solicitaron la anulación del Decreto nº 2013-18, por el que se desarrollaba la aplicación de los artículos L. 134-1 a 139-9 del Código francés de Propiedad Intelectual. El motivo principal de la demanda era que los mencionados preceptos establecían una limitación al derecho exclusivo de reproducción de los autores que no se encuentra expresamente previsto en la Directiva 2001/29/CE (la “Directiva”).

Así, todo libro publicado en Francia con anterioridad al 1 de enero de 2001 que ya no sea objeto de comercialización por un editor, ni se encuentre en la actualidad publicado en formato impreso o digital, se entiende como «no disponible» y se incluye en una base de datos de libre acceso bajo la supervisión de la Biblioteca Nacional de Francia. Transcurridos seis meses desde su inclusión en la citada base de datos sin que medie oposición por parte de los correspondientes autores o editores, las entidades de gestión colectiva pueden autorizar la reproducción y puesta a disposición del público con carácter no exclusivo y por periodos renovables de cinco años. Las mencionadas entidades pueden, además, conceder licencias exclusivas por periodos tácitamente renovables de diez años sobre

los libros no disponibles a aquellos editores que posean los derechos de reproducción en formato impreso.

Tras examinar los motivos invocados por los dos autores demandantes, el Consejo de Estado decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial para determinar si la referida normativa es contraria a los artículos 2 y 5 de la Directiva. Cuestión que fue resuelta mediante sentencia de 16 de noviembre de 2016 (asunto C-301/15).

El punto de partida del TJUE es el carácter exclusivo de los derechos de los autores. De esta forma, todo acto de reproducción o de comunicación al público por parte de un tercero exige el consentimiento previo del autor y toda utilización sin tal consentimiento vulnera, en principio, los derechos de este último.

Ahora bien, la Directiva no requiere que el mencionado consentimiento haya de otorgarse de forma explícita. Al respecto, el TJUE menciona a estos efectos su doctrina en el caso *Svensson* (asunto C-466/12), según la cual el autor que autoriza la publicación de sus artículos en la web de un periódico sin limitaciones de acceso consiente la comunicación de tales obras a todos los usuarios de internet, lo que en todo caso debe interpretarse de forma restrictiva a fin de no contrariar el espíritu de la Directiva, uno de cuyos principales objetivos es garantizar un nivel elevado de protección de los autores. Por lo demás, si bien en el caso examinado los autores disponían de una fase previa de seis meses desde la inclusión de sus obras en la base de datos objeto de cita para oponerse a ello, la normativa nacional no preveía ningún mecanismo que garantizara que tal información se recibía de forma efectiva e individualizada por los autores afectados. No



Nuestra normativa no prevé ningún límite específico para la explotación comercial de obras descatalogadas. Sí se permite, en cambio, la explotación sin ánimo de lucro de obras huérfanas.

es aventurado presumir que algunos autores ni siquiera llegaron a tener conocimiento de la explotación que pretende hacerse de sus obras, lo que provocaría que no estuvieran en condiciones de posicionarse en relación a la explotación y destino de sus obras. En tal sentido, considera el TJUE que *“estas circunstancias particulares se oponen a que pueda presumirse razonablemente que, a falta de oposición por su parte, todos los autores de estos libros «olvidados» están no obstante a favor de la «resurrección» de sus obras para que se haga un uso comercial de ellas en formato digital”*. Por todo ello, la normativa francesa controvertida se considera contraria a la Directiva.

Por lo que respecta a España, nuestra normativa no prevé ningún límite específico para la explotación comercial de obras descatalogadas. Sí se permite, en cambio, la explotación sin ánimo de lucro de obras huérfanas desde la última reforma de la LPI (artículo 37 bis, introducido por la Ley 21/2014). Se entiende por obra huérfana aquella *“cuyos titulares de derechos no están identificados o, de estarlo, no están localizados a pesar de haberse efectuado una previa búsqueda diligente de los mismos”*. Los beneficiarios de este límite a los derechos de explotación son muy similares a las entidades beneficiarias de los límites de reproducción con fines de investigación, conservación o préstamo público. Entre otros: centros educativos, museos, bibliotecas, hemerotecas, archivos, fonotecas y filmotecas accesibles al público, y organismos públicos de radiodifusión.

Atención a la publicidad encubierta

Eva Cassinello

Departamento de Propiedad Industrial e Intelectual

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha impuesto una sanción de más de 100.000 euros a Corporación de Radio y Televisión Española, S.A. (CRTVE) por la comisión de una infracción administrativa grave consistente en la emisión de publicidad encubierta durante el programa La Mañana, emitido en el canal de televisión LA 1.

La recientemente publicada Resolución del Procedimiento Sancionador instruido por la CNMC (SNC/DTSA/023/16/CRTVE) trae causa de la denuncia interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación por considerar éstos que CRTVE había emitido publicidad encubierta al incluir en su programa referencias a la marca y servicios de un gimnasio. Tal conducta está tipificada en el artículo 18 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), cuyo apartado segundo prohíbe las comunicaciones comerciales encubiertas.

Debe señalarse, con carácter previo, que el artículo 7.1 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, CRTVE prohíbe de forma expresa los ingresos de publicidad. De este modo, dicho artículo habilita a CRTVE a obtener ingresos en el ejercicio de sus actividades *"siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad o de telementa en cualquiera de sus formas"*. Por ello, es de esperar que CRTVE extreme la vigilancia de sus contenidos, máxime cuando el régimen de financiación esta-

blecido en la citada Ley ha sido avalado por el TJUE en su reciente Sentencia de 10 de noviembre de 2016 en el asunto C-449/14 P DTS (DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. contra Comisión Europea), cuyo contenido confirma que su régimen de financiación es compatible con las normas de la Unión en materia de ayudas de Estado.

A pesar de lo expuesto, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC analizó en el procedimiento sancionador de referencia la existencia de contenidos publicitarios que, además, eran susceptibles de inducir al espectador a error en cuanto a su naturaleza en tanto no se advertía del carácter publicitario de la emisión –tal advertencia podría haberse efectuado, por ejemplo, mediante la inserción visible de la palabra publicidad–. Así lo reconoce expresamente el artículo 14 LGCA al referirse a publireportajes, telepromociones y otras formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, puedan confundir al espectador sobre su carácter publicitario y que, por tal motivo, *"deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación publicidad"*.

Por su parte, CRTVE invoca en defensa de su posición el carácter meramente informativo y divulgativo del programa La Mañana, entre cuyos objetivos no se encontraba promocionar los servicios de terceros y, en su caso, del centro deportivo en cuestión. De este modo, CRTVE invocó que el programa se limitó a difundir testimonios de clientes del citado centro deportivo sobre sus experiencias, sin existir al respecto ningún tipo de acuerdo comercial con el centro ni contraprestación derivada de la emisión de los contenidos audiovisuales objeto del



La CNMC impone una sanción ejemplificadora para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual extremen, aún más, la supervisión de los contenidos audiovisuales emitidos en los canales de los que son responsables.

procedimiento sancionador. Recuerda también CRTVE que difícilmente podía la referencia al centro deportivo tener carácter publicitario pues tiene expresamente prohibido cualquier ingreso derivado de publicidad.

En contestación a tales argumentos, la CNMC invoca en su resolución la definición legal de publicidad encubierta para concluir que sí ha existido una infracción del artículo 18.2 LGCA. Tal definición, incluida en el artículo 2.32 LGCA, define este tipo de publicidad como *"La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio"*. De lo expuesto se desprende que la definición no exige que el prestador del servicio perciba contraprestación alguna para considerar que una comunicación comercial es encubierta –criterio compartido por la STJUE de 9 de junio de 2011 de cuyo contenido se deriva que la existencia de una contraprestación no constituye un elemento necesario para determinar el carácter intencional de la publicidad encubierta–.

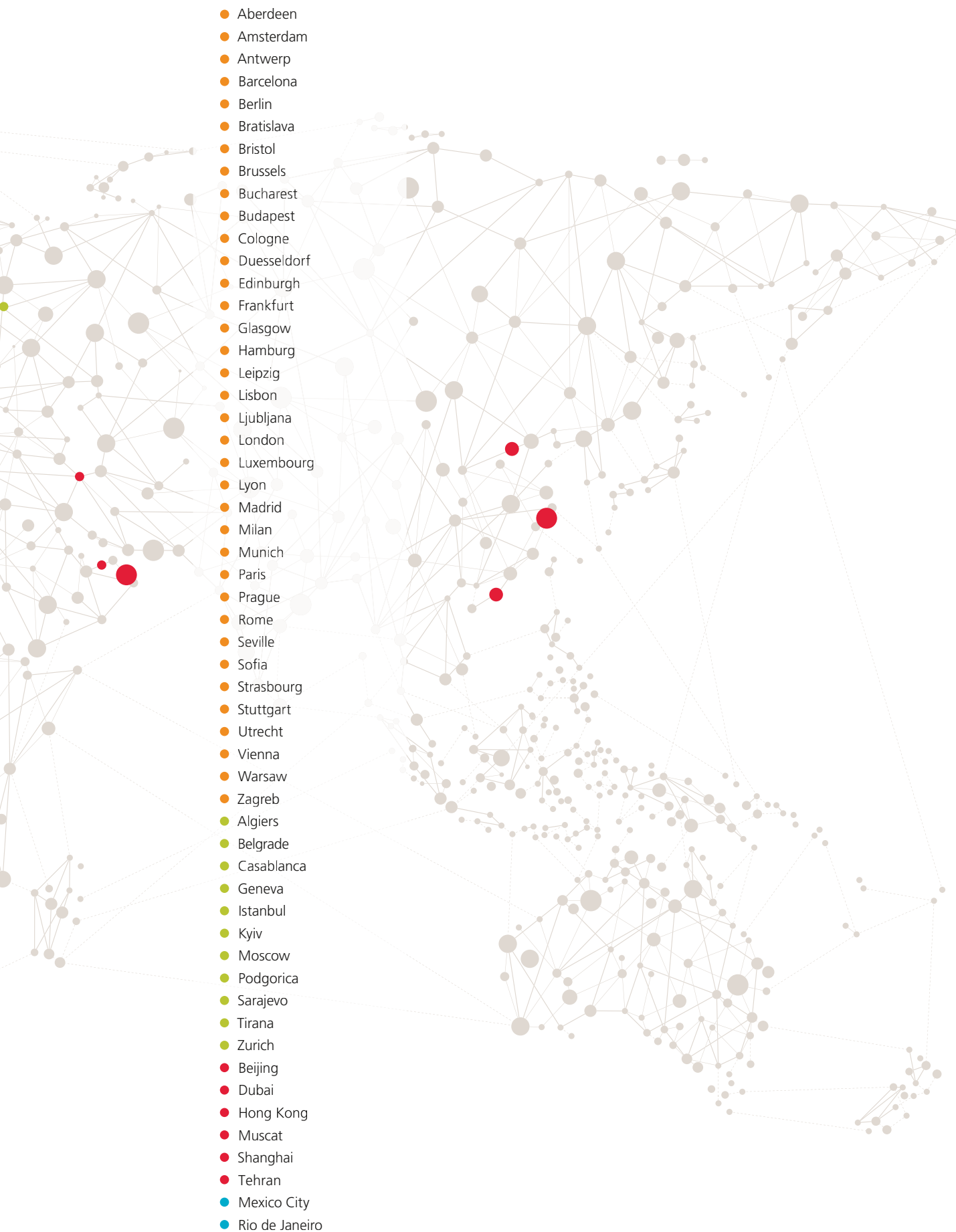
Finalmente, tras el análisis pormenorizado de las alegaciones de CRTVE, así como del visionado del programa La Mañana, la CNMC ha estimado que concurren todos los elementos del ilícito: presentación de los servicios del gimnasio y propósito publicitario

susceptible de inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de la inserción, al no estar el mensaje visiblemente identificado como publicitario. Como resultado, y tras aplicar los criterios de graduación correspondientes, entre otros, la falta de intencionalidad, los beneficios obtenidos por la infracción, la audiencia y duración del programa, la CNMC ha impuesto una multa de 108.771 euros a CRTVE.

Una vez más, la CNMC impone una sanción ejemplificadora para que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual extremen, aún más, la supervisión de los contenidos audiovisuales emitidos en los canales de los que son responsables.

CMS en el mundo







Hechos y datos

— **61 Oficinas**

— **55 Ciudades**

— **> 850 Socios**

— **> 3.200 Abogados**

— **> 5.800 Empleados**

— **Facturación:** 1.010 millones de euros (2015)

— **35 Países:**

Países europeos: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

Fuera de Europa: Argelia, Brasil, China, Hong Kong, Irán, Emiratos Árabes Unidos, México, Marruecos y Omán.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)

CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)

CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)

CMS Cameron McKenna (Reino Unido)

CMS DeBacker (Bélgica)

CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)

CMS von Erlach Poncet (Suiza)

CMS Hasche Sigle (Alemania)

CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)

CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)



Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com



Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research
and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law