

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (V): ENERO-ABRIL 2023

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Ltrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*  
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

### *Cómo citar / Citation*

García Vicente, J. R. (2023).

*Cuadernos de Derecho Privado*, 5, pp. 144-171

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.40>

\*Recepción: 11/04/2023; aceptación: 20/04/2023; publicación: 28/04/2023)

### **Resumen**

En esta ocasión nos detendremos en varias sentencias de Pleno del Tribunal Supremo, y ni siquiera todas, del periodo examinado. Unas se refieren a los ficheros de morosos y su conexión con el derecho al honor de los deudores (945/2022, de 20 de diciembre, 946/2022, de 20 de diciembre, 960/2022, de 21 de diciembre y 959/2022, de 21 de diciembre). En segundo lugar, la noción del orden público en el Derecho de sociedades de capital: Sentencia 942/2022, de 20 de diciembre. En tercer lugar, las importantes sentencias sobre el carácter usurario del interés remuneratorio en las llamadas tarjetas *revolving*: sentencias 257/2023, de 15 de febrero y 258/2023, de 15 de febrero. Por último, la Sentencia 129/2023, de 31 de enero, relativa a un seguro de invalidez vinculado a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y a cuándo debe considerarse la fecha de siniestro, que se establece en coherencia con la doctrina fijada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

### **Palabras clave**

*Crédito revolving, derecho al honor, ficheros de solvencia patrimonial, interés usurario, orden público, seguro de invalidez.*

### **Abstract**

This article contains an analysis of certain judgements of the Spanish Supreme Court over the considered period. Some of them refer to the problem posed by blacklists of defaulters and their effects on the right to honour of the debtors (judgements 945/2022, December 20; 946/2022, December 20; 960/2022, December 21 and 959/2022, December 21). Others address the concept of public policy within the context of company law (judgement 942/2022, December 20). Some important judgements on the usurious character of the interest rate in contracts on revolving credit cards are reviewed too (judgements 257/2023, February 15, and 258/2023, February 15). Finally, we study judgment 129/2023, January 31, on a disability insurance policy linked to a mortgage credit. This last decision rules on the date in which the event must be considered to have happened, and it does so in accordance with the previous jurisprudence of the 4 Division (Labour and Social Security Law) of the Spanish Supreme Court.

### **Keywords**

*Revolving credit, right to honour, blacklist of defaulters, usury, public policy, disability insurance.*

1.- En esta ocasión, hay un buen número de sentencias de pleno que exigen que nos detengamos en ellas, siquiera sea porque, como advierte el Acuerdo de la propia sala (2017) conforman por sí mismas la “doctrina” a los efectos del recurso de casación por interés casacional, siempre que, claro es, sean la *ratio decidendi* de la sentencia en cuestión y pueda establecerse una semejanza esencial entre los respectivos supuestos de hecho.

Debemos decir que no siempre las sentencias de pleno responden a las expectativas que convocan antes de que sean dictadas. Hay ocasiones en que, quizá, la sala no encuentre las razones -o el consenso- que justifique formular, como *ratio decidendi* (interesan poco las, en ocasiones extensas, consideraciones *obiter dicta*) un entendimiento exclusivo y excluyente de alguna norma, con los efectos que tiene en el desenvolvimiento de otras instancias. Últimamente, sobre estas sentencias, véase C. Martínez Escribano: *La jurisprudencia civil en el marco constitucional y europeo*, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 25 ss.

2.- En primer término, por tanto, daremos cuenta de las sentencias de pleno siguientes.

Por un lado, las cuatro sentencias que resuelven varios problemas referidos a los ficheros de morosos: en rigor, no son ficheros de “solvencia”, porque solo reflejan lo que se debe y no también lo que se tiene o puede tener. Son las sentencias [945/2022, de 20 de diciembre](#) (R. Sarazá Jimena); [946/2022, de 20 de diciembre](#) (R. Sarazá Jimena); [960/2022, de 21 de diciembre](#) (A. García Martínez) y [959/2022, de 21 de diciembre](#) (A. García Martínez); *infra* 4, i).

Por otro lado, la sentencia [942/2022, de 20 de diciembre](#) (Juan M<sup>a</sup> Díaz Fraile) que afronta la cuestión de si un acuerdo societario que arbitra de modo unilateral el valor de las participaciones sociales es contrario al orden público societario. Recuérdense, ahora, los artículos 205 y 206 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital* [LSC, en adelante], que distinguen los acuerdos contrarios al orden público y al resto de casos, lo que obliga a apurar el significado del orden público -único elemento para discernir entre regímenes impugnatorios-, por la trascendencia que tiene, siquiera sea a efectos de “caducidad” y de “legitimación” para impugnar de las acciones de impugnación.

Este es un caso legal -no el único, ni tampoco el primero- en el que el legislador elige primero un régimen jurídico de impugnación y luego unas causas. Lo primordial es -sigue siendo- ofrecer un régimen apropiado (*rectius*, “funcional”: que responda eficazmente a los fines que persigue) para responder a unas y otras infracciones (*infra* 4, ii).

En tercer lugar, las sentencias de pleno sobre el carácter usurario en las tarjetas *revolving*: sentencias [257/2023, de 15 de febrero](#) y [258/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile e Ignacio Sancho Gargallo, respectivamente, véanse nuestra [Crónica III](#), *sub* 9, y la [Crónica IV](#), *sub* 4 (ii) en los números 3 y 4 de estos *Cuadernos*, respectivamente) -ya hay alguna sentencia que aplica su doctrina, así, sentencia [317/2023, de 28 de febrero](#) (Rafael Sarazá Jimena)- (*infra* 4, iii).

Después de estas dos sentencias la cuestión pendiente en sede de préstamos *revolving* es la relativa al control de transparencia de la cláusula de intereses, transparencia que resume últimamente la [STJUE, Sala Cuarta, de 16 de marzo de 2023, C-565/21, Caixabank, S.A. y X](#), en sus apartados 30 y 31:

*[30] El Tribunal de Justicia ha subrayado que la exigencia de transparencia que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 no puede limitarse al carácter comprensible de esas cláusulas desde un punto de vista formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (véase, en este sentido, la sentencia [Sala Cuarta] de [16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19](#), apartado 67 y jurisprudencia citada).*

*[31] Así pues, la mencionada exigencia debe entenderse en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de evaluar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencia [Sala Cuarta] de [16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19](#), apartado 67 y jurisprudencia citada).*

Sobre la cuestión, véase Manuel Jesús Marín López: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito *revolving*”, [Cesco 45 \(2023\)](#).

Por último, examinaremos la sentencia [129/2023, de 31 de enero](#) (Pedro Vela Torres) relativa a un seguro de invalidez vinculado a un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria y a cuándo debe considerarse la fecha de siniestro, que se establece en coherencia con la doctrina fijada por la sala cuarta del Tribunal Supremo (*infra* 4, iv).

No hay, desafortunadamente, espacio en esta *Crónica* para examinar con un poco de detalle algunas de las interesantes sentencias de la sala ni tampoco para dar cuenta de otras resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha producido muchas y variadas en este periodo. Siquiera menciono ahora algunas de estas últimas.

La sentencia TJUE, Sala primera, [12 de enero de 2023, C-132/21](#), BE y Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, aborda un asunto en el que debe decidir si son compatibles los procedimientos administrativo y civil de tutela respecto a la protección de datos. La STJUE [de 9 de febrero de 2023, C-555/21](#), UniCredit Bank Austria AG y Verein für Konsumenteninformation, concierne a la validez de la siguiente cláusula respecto a los efectos del reembolso anticipado de un crédito: “*los gastos de tramitación que no dependen de la duración del crédito no se reembolsarán, ni siquiera proporcionalmente*” (sobre esta, que parece rectifica la doctrina anterior del Tribunal, véase Encarna Cordero, [Cesco \[2023\]](#)).

En fin, la STJUE, Sala Cuarta, [16 de marzo de 2023, C-565/21](#), Caixabank, S.A. y X., resuelve una cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo respecto a la comisión de apertura. Sobre ella, como suelen, son de interés los comentarios por una parte de Fernando Pantaleón: “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo: dos vaticinios”, en [Almacén de derecho \(20 de marzo 2023\)](#) y, por otra, de Segismundo Álvarez Royo-Vilanova: [Hay Derecho \(27 de marzo de 2023\)](#).

**3.-** Sí me parece pertinente dar al menos noticia de dos cuestiones de constitucionalidad que se han suscitado en este periodo.

La primera la plantea la propia Sala primera del Tribunal Supremo, respecto al artículo 92.7 CC: [auto de 11 de enero de 2023](#) (José Luis Seoane Spielberg). En el caso se trataba de dilucidar qué efecto debía tener en la decisión sobre si procedía o no la custodia compartida la resolución judicial en el ámbito penal que consideraba que la denuncia suscitada por la madre respecto a una agresión física del otro progenitor, debía someterse al juicio oral -al parecer, había declaraciones contradictorias-. Es, salvo error por mi parte, la segunda ocasión en la que la sala primera del Tribunal Supremo formula una cuestión de constitucionalidad.

Hay, me parece, un notable desinterés por el uso correcto del término [“incurso”](#), más allá de la vaguedad con que se menciona un asunto de tanta gravedad.

El [auto de 11 de enero de 2023](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) formula una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 92.7 CC, en la senda de la impugnación del art. 94, párrafo cuarto CC (*“No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”*) resuelta por la [STC, Pleno, 106/2022, de 13 de septiembre](#) (Santiago Martínez-Vares), FFJJ 3.º, 4.º y 5.º La sentencia contó con los votos particulares concurrentes de Juan Antonio Xiol, María Luisa Balaguer e Inmaculada Montalbán, referidos a la “ausencia de enfoque feminista en la sentencia”, que, a su entender, “ignora la perspectiva de género”.

Es esta sentencia se debatía la libertad de configuración del legislador o la posibilidad de que pudiera valorar *ex ante* y de modo abstracto el interés del menor sin remitir a la autoridad judicial su ponderación, puesto que respecto al *“interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal, por atentar contra el otro progenitor —sea cónyuge, pareja sentimental o no mantenga relación sentimental o conyugal alguna— o contra sus hijos, o existan indicios fundados de ello”* (FJ 3.º). La constitucionalidad del precepto radica para el Tribunal Constitucional en que el art. 94 CC “no priva a la autoridad judicial de la decisión motivada en atención al interés del menor” y carece de automatismo.

Respecto al auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad del que doy noticia recordemos primero el tenor literal del apartado 7 del artículo 92 CC:

*“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la*

*integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.*

La sala preguntó a las partes -como consta en el antecedente de hecho 2.º- y al Ministerio fiscal si era pertinente:

*“... plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la eventual contradicción del art. 92.7 del CC, con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 10.2 CE, en tanto en cuanto el precitado art. 92.7 CC impide la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y veda, en cualquier caso, la opción de acordar una custodia compartida, sin la posibilidad del juego del principio de proporcionalidad y del interés superior del niño o de la niña, reputado como bien constitucional y de orden público por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.*

Como señala más adelante al formular las razones de su duda de constitucionalidad, fundamento de derecho 6.º:

*“Ahora bien, el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida.*

*Con ello, se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y principio de orden público, susceptible, como tal, de limitar el núcleo tuitivo de los derechos fundamentales que entren en conflicto incompatible con dicho interés, en los supuestos en que uno de los padres se encuentre inserto en un proceso penal seguido por ilícitos comportamientos de tal clase, casos en los que su interés superior no puede ser ponderado, por el operador jurídico, sean cuales sean las circunstancias concurrentes”.*

Hay otra cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, en su [auto de 9 de febrero de 2023](#) (recurso n.º 674/2020) que se interroga sobre la compatibilidad entre la efectividad de la pensión compensatoria y los

límites a la embargabilidad de los ingresos del deudor de la pensión, en razón de la naturaleza no alimenticia de esta deuda -que impide, por ende, la aplicación de lo previsto en el art. 608 LEC-, en particular, se pregunta sobre si es constitucional el artículo 607 LEC:

*“en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una pensión compensatoria por desequilibrio, judicialmente reconocido en una sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro, por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que abarca el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten (art. 24.1, 1117.3 y 118 de la Constitución), y al derecho fundamental a la igualdad ante la ley, sin discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución)”.*

4.- Como hemos dicho, referimos ahora, las sentencias de pleno siguientes:

(i) Sentencias [945/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); [946/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena); [960/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez) y [959/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez).

Las cuestiones que resuelven estas cuatro sentencias son, en sustancia, dos: por un lado, cuándo puede entenderse bien hecho -y, sobre todo, acreditado- el requerimiento de pago que justifica que la intromisión sea legítima. Por otro lado, cuándo una deuda se tiene por cierta a los efectos de la intromisión, en donde la controversia posterior es irrelevante -y así se confirma la doctrina de la sentencia [832/2021, de 1 de diciembre](#) (Antonio García Martínez), fundamento de derecho 3.º, apartado 2-.

La cuestión del requerimiento -conforme a lo previsto en el art. 38.1 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*-, sobre cuya vigencia no se plantea discusión, se remite a un problema de acreditación en razón de su naturaleza y finalidad. No hay medios de prueba preferentes ni tiene por qué exigirse un requerimiento fehaciente, sino que habrá pruebas bastantes o no; en otras palabras, si se ha comunicado bien es cosa que se resuelve en la valoración de la prueba hecha en la instancia. Así, por ejemplo, la sentencia [946/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena) concluye en el apartado 4 de su fundamento de derecho 3.º:

*“En definitiva, debemos reiterar la jurisprudencia que afirma que «el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción» (sentencias [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo], [854/2021, de 10 de](#)*

*diciembre [José Luis Seoane Spiegelberg], [81/2022, de 2 de febrero](#) [Antonio García Martínez], [436/2022, de 30 de mayo](#) [Francisco J. Arroyo], y [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá Jimena], entre las más recientes).”*

Una exposición más extensa de la función del requerimiento y de su carácter recepticio y del lugar en que debe debatirse la acreditación de que se ha conocido o podido conocer por el deudor, es la que nos ofrece la sentencia [960/2022, de 21 de diciembre](#) (Antonio García Martínez) que, en su fundamento de derecho 2.º, apartado 3, dice:

*“La doctrina jurisprudencial de esta sala (por todas, sentencias [660/2022, de 13 de octubre](#) [Franciso J. Arroyo]; [609/2022, de 19 de septiembre](#) [Franciso J. Arroyo]; [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá]; [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane]; [563/2019, de 23 de octubre](#) [Eduardo Baena]; y [740/2015, de 22 diciembre](#) [Rafael Sarazá]) parte de la constatación de que el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial no es simplemente un requisito formal cuyo incumplimiento solo pueda dar lugar a una sanción administrativa. El requerimiento de pago previo es un requisito esencial que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro de deudas, sino de datos de personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con la práctica de este requerimiento previo se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.*

*Ahora bien, en los últimos años, nuestra doctrina jurisprudencial ha precisado el enfoque funcional del requerimiento y potenciado su valoración en conexión con los fines que le atribuye la ley, lo que explica la diferencia de significación que hemos asignado a su omisión o práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y la sorpresa para el interesado por la inclusión de sus datos en el fichero, y, por lo tanto, la casuística generada a la hora de determinar su relevancia de cara a la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuya concurrencia, pese a los defectos o falta del requerimiento en algunos casos, no siempre hemos declarado (sentencias ([609/2022, de 19 de septiembre](#) [Franciso J. Arroyo]; [422/2020, de 14 de julio](#) [Eduardo Baena]; o [563/2019, de 23 de octubre](#) [Eduardo Baena]).*

*Sobre la efectividad del requerimiento previo de pago hemos dicho que tiene un relevante aspecto fáctico que no tiene acceso al recurso de casación, pues este recurso extraordinario no tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba y de la fijación de los hechos realizada por los órganos de instancia (sentencia [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá]), que cabe valorar jurídicamente, pero que no pueden ser modificados, sustituidos u obviados a través de una nueva valoración de la prueba que convertiría la casación en una tercera instancia.*

*Siendo este un límite que no cabe franquear ni siquiera en materia de derechos fundamentales, pues, aunque es doctrina reiterada que, cuando la resolución del*

*recurso de casación afecta a derechos fundamentales, la sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, también lo es que este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que haga supuesto de dicha revisión, pues el objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad, y en él no se pueden combatir de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta sala (por todas, sentencia [572/2022, de 18 de julio](#) [María de los Ángeles Parra Lucán]).*

*De lo que se sigue, por lo que ahora interesa (lo que se refiere a la efectividad del requerimiento previo de pago), que solo pueden ser objeto del recurso de casación las cuestiones relativas a los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento de dicho requisito, entre ellos, su carácter recepticio, puesto que el requerimiento no se puede considerar eficaz, atendida su finalidad, por el simple hecho de su emisión. Si bien, y dado que el art. 38 RLOPD no establece una forma especial de llevar a cabo el requerimiento previo, tampoco es necesaria, de cara a su validez, la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba ( sentencias [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo], [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane], [81/2022, de 2 de febrero](#) [Antonio García Martínez], y [436/2022, de 30 de mayo](#) [Francisco J. Arroyo], entre las más recientes) siempre que exista garantía o constancia razonable de ella (sentencias [660/2022, de 13 de octubre](#) [Francisco J. Arroyo], [604/2022, de 14 de septiembre](#) [Rafael Sarazá], [854/2021, de 10 de diciembre](#) [José Luis Seoane], [672/2020, de 11 de diciembre](#) [Francisco J. Arroyo]), lo que, por depender de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, habrá que determinar de forma inevitablemente casuística”.*

Respecto a cuándo se considera la deuda cierta o indudable en un caso en el que el carácter controvertido del crédito -al reputarse usurario- es “posterior” al requerimiento de pago, dice la sentencia [945/2022, de 20 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), fundamento de derecho 5.º:

*“2.- En las sentencias de esta sala [13/2013, de 29 de enero](#) (Juan Antonio Xiol), [672/2014, de 19 de noviembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), [740/2015, de 22 de diciembre](#) (Rafael Sarazá Jimena), [114/2016, de 1 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena), y [174/2018, de 23 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena), hemos realizado algunas consideraciones generales sobre esta cuestión: para la inclusión de los datos del deudor en ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias la deuda debe ser, además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio.*

3.- *Por lo general, hemos vinculado el cumplimiento de estos requisitos a la inexistencia de controversia sobre la deuda cuando se produce la comunicación de los datos al fichero de morosos, porque si el titular de los datos considera razonable y legítimamente que no debe lo que se le reclama, y así se lo ha hecho saber al acreedor, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado y por tanto el tratamiento de sus datos en uno de estos ficheros no es pertinente. Tampoco puede utilizarse la inclusión en el fichero de morosos como una medida de presión para zanjar disputas con el cliente sobre la existencia o cuantía de la deuda.*

4.- *En el caso objeto del recurso, el deudor formuló su primera reclamación sobre la pertinencia de la deuda con posterioridad a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos. Antes de ese momento no había ofrecido siquiera restituir el capital del préstamo, a lo que el prestatario está obligado cuando el préstamo es usurario. Por tal razón, en el momento en que el acreedor comunicó sus datos personales al registro de morosos, no existía controversia entre las partes sobre la existencia de la deuda. Inmediatamente después de ser emplazada Wenance en el litigio en el que el demandante ejerció la acción basada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, que fue prácticamente simultáneo al emplazamiento en el litigio origen de este recurso pues las demandas se interpusieron en un intervalo de apenas dos días, el tratamiento de los datos del demandante en el fichero Asnef-Equifax fue cancelado.*

5.- *Sobre esta cuestión, en la sentencia [832/2021, de 1 de diciembre](#) (Antonio García Martínez), declaramos que, a efectos de considerar que la deuda no era cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos.*

6.- *Además de lo anterior, cuando el demandante obtuvo una sentencia favorable que declaró el carácter usurario del préstamo, tal declaración no le eximió de restituir a la prestamista la parte de capital pendiente de pago, pues de los 500 euros que le fueron prestados solo había restituido 250 euros. El demandante no ha objetado la afirmación de la prestamista de que, una vez fijada la cuantía de la deuda por la declaración de nulidad del préstamo por usurario (la restitución del capital, una vez deducido lo ya pagado), el prestatario sigue sin pagar lo que adeuda a la prestamista.*

7.- *Por lo cual, que sus datos fueran objeto de tratamiento en un fichero sobre solvencia patrimonial no vulnera su derecho al honor, por más que la cantidad comunicada al fichero no fuera la correcta, pues lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo.*

8.- *Sobre esta cuestión, en la sentencia [671/2021, de 5 de octubre](#) (Rafael Sarazá Jimena), declaramos que "lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente".*

9.- *Por tal razón, la incorrección del dato relativo a la cuantía de la deuda que constaba en el fichero de morosos no supone una vulneración del derecho al*

*honor pues no añade un desvalor relevante respecto de la protección de dicho derecho fundamental al que ya supone ser tratado, justificadamente, como moroso.*

*10.- Asimismo, el desvalor que para el ordenamiento jurídico supone la usura trae consigo la consecuencia de la nulidad prevista en la Ley de 23 de julio de 1908: que el prestatario solo ha de restituir la suma recibida, esto es, el capital del préstamo. Pero no tiene como consecuencia que la comunicación a un fichero de morosos de los datos del deudor que no ha restituido la suma que le fue entregada constituya una intromisión ilegítima en el derecho al honor de este, cuando en ese momento el deudor no había planteado controversia sobre la existencia de la deuda ni había intentado restituir siquiera el capital recibido.*

*11.- Como conclusión a lo expuesto, la argumentación de la Audiencia Provincial sobre este extremo, al considerar que, en las circunstancias expresadas, la comunicación al fichero de morosos de una deuda por una cuantía incorrecta, determina la existencia de la intromisión ilegítima en el honor del demandante, no es correcta”.*

(ii) La sentencia [942/2022, de 20 de diciembre](#) (Juan María Díaz Fraile) se pronuncia sobre el significado del orden público en la impugnación de acuerdos sociales.

En el caso una sociedad profesional de abogados determina que el valor razonable de las participaciones en el supuesto de exclusión de un socio -que es lo que por otro lado se acuerda- es la que fija unilateralmente la propia sociedad (sin que tal posibilidad estuviera prevista en los estatutos); y así se amortizan sus participaciones conforme al valor nominal que, en una sociedad profesional, no representan su valor ni como mera aproximación. Al margen de alguna peculiaridad del asunto (cfr. los apartados 8 y 9 del fundamento de derecho 5.º) el Tribunal tiene que pronunciarse sobre si la determinación unilateral y discrecional del valor de las participaciones es contrario al orden público.

El asunto cobra especial interés porque el régimen de impugnación de los acuerdos sociales pivota sobre todo respecto a la duración de las acciones, sobre esta noción que tiene ahora un inusitado valor o, para ser más exactos, ha abandonado su espacio marginal -debe concernir a un régimen de excepción, poco hay que deba ser, por hipótesis, parte del orden público-. Así el (ahora) artículo 205.1, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital* reza: “La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”. Véase sobre la legitimación para impugnar también el artículo 206.2.

La Audiencia Provincial desestimó la pretensión de los socios excluidos -no reputó el acuerdo contrario al orden público- y el Tribunal Supremo desestima también el recurso de casación -por tanto, para el pleno del Tribunal, tampoco lo es-. En el apartado 3 del fundamento de derecho 3.º la sala hace un exhaustivo recorrido sobre la noción del orden público societario -en el que se aprecia un abigarrado conjunto de argumentos y nociones inasibles que llevan de un problema a otro sin solución de continuidad y que exigen un esfuerzo de racionalidad para dotar de significado concreto a la noción, o mejor, para que el concepto descienda del cielo y se aloje en la controversia concreta con significado propio:

*“3.2. Es común reconocer la dificultad de reducir a definiciones o categorías cerradas el concepto de orden público. Se trata de un sintagma polisémico que presenta una significación jurídica distinta en el ámbito del Derecho público (administrativo, penal) y en el Derecho privado, en el ámbito internacional y en el interno. Dentro del ámbito jurídico-privado (arts. 6.2, 12.3, 1255 CC, entre otros) aparece caracterizado como límite al principio de la autonomía de la voluntad. Pero incluso circunscrito a este ámbito carece de un sentido unívoco. En concreto, por lo que se refiere al orden público societario, el sentido que cabe atribuirle no equivale o se ciñe a una institución de protección exclusivamente frente a vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (como sucede en el caso del art. 41.1, f de la Ley de Arbitraje). Comporta una noción más amplia que delimita un ámbito de protección frente a los acuerdos sociales que vulneren normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, a los principios configuradores de la sociedad, así como a las normas que afecten a los derechos básicos de los socios, sin que, por tanto, se limite a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución (sentencia [913/2006, de 26 de septiembre](#)).*

*3.3. En este contexto, este tribunal, aunque ha constatado la dificultad de fijar el concepto de orden público reflejado en el art. 116 TRLSA (actual art. 205.1 TRLSC), como límite de la autonomía privada, ha tratado de concretar su configuración jurisprudencial sobre la base de los siguientes postulados:*

*(i) El concepto: es un concepto jurídico indeterminado que se refiere “a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por considerarse esenciales por la sociedad, no pueden ser derogadas por los particulares” (sentencias [120/2006, de 21 de febrero](#), [841/2007, de 19 de julio](#), [222/2010, de 19 de abril](#), y [120/2015, de 16 de marzo](#), las que en ellas se citan); al estar ya contenidos en normas positivas “constituyen un elemento diferenciador entre dos categorías de las mismas” ([sentencia de 21 de febrero de 2006](#)), esto es, constituye una “subcategoría dentro de los acuerdos contrarios a la ley” (sentencia [120/2015, de 16 de marzo](#)).*

*(ii) La ratio de la norma: está vinculada a “la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas para evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico” (sentencia [1125/2004, de 15 de noviembre](#)); se pretende, pues, la estabilidad y seguridad jurídica de los acuerdos sociales y de la intervención de la sociedad en el tráfico.*

(iii) *Finalidad tuitiva de los derechos del socio minoritario y terceros*: “generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE” (sentencia de [18 de mayo de 2000](#)).

(iv) *Criterio de interpretación restrictiva*: en cuanto excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación en el art. 116 LSA, ha de ser aprehendido con sentido restrictivo, “toda vez que podría suceder que un concepto lato generara tal ampliación de las posibilidades de impugnación que pudiera llegar a destruirse la regla de caducidad, sin duda introducida para la seguridad del tráfico” (sentencias de [28 de noviembre de 2005](#) [902/2005] y [1229/2007, de 29 de noviembre](#)); a la misma conclusión lleva las consecuencias de la aplicación del orden público (imprescriptibilidad de la acción, amplia legitimación para la impugnación del acuerdo), lo que supone que “no se puede calificar de contrarios al orden público todos los acuerdos que resulten contrarios a una norma legal prohibitiva imperativa” (sentencia [167/2013, de 21 de marzo](#));

(v) *Etiología de la antijuridicidad*: un acuerdo social puede ser contrario al orden público “por su contenido o por su causa, lo que permite valorar el propósito práctico perseguido con el acuerdo” (sentencias de [5 de febrero de 2002](#) [54/2002] y [19 de julio de 2007](#) [841/2007]); además, después de la reforma introducida por la Ley 31/2014, un acuerdo también puede ser contrario al orden público por “sus circunstancias”.

(vi) *Delimitación positiva de su contenido*: el orden público ha de impedir que el acuerdo lesione los derechos y libertades del socio ([STC 43/1986, de 15 de abril](#)), (i) “pero no ciñéndose a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente”, pues abarca también los “derechos que afecten a la esencia del sistema societario” (SSTS [18 de mayo de 2000](#) [496/2000, [26 de septiembre de 2006](#)]); (iii, [sic]) debe considerarse como contrario al orden público “un acuerdo que vulnere de algún modo normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, así como normas relativas a derechos fundamentales” (STS de [26 de septiembre de 2006](#)); (iv) también se ha de encontrar el orden público entre los “principios configuradores de la sociedad” (SSTS [21 de febrero de 2006](#) [120/2016], [30 de mayo de 2007](#), [19 de julio de 2007](#), y [1229/2007, de 29 de noviembre](#)); (v) como sintetiza la sentencia de [4 de marzo de 2002](#), “el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica, ya que de sociedades de capital se trata”. De este conjunto de criterios de delimitación del orden público resulta que comprende, en síntesis, los derechos garantizados por la Constitución de proyección en el ámbito societario, y los principios esenciales y configuradores del derecho societario.

(vii) Además, para ponderar la aplicación del orden público en un conflicto societario deben tomarse en consideración:

(a) *los intereses en conflicto*; v.gr. en el caso de la sentencia [168/2002, de 4 de marzo](#), la sala consideró que “el cambio de tres administradores solidarios a cuatro mancomunados, lejos de perjudicar los derechos de los accionistas, los intereses sociales, lo de los propios demandantes o los derechos de los acreedores sociales, los fortalecía”; y

(b) las circunstancias del supuesto litigioso; como sintetiza la sentencia [120/2015, de 16 de marzo](#), “se trata de una válvula del sistema jurídico compuesta por un conjunto de directivas de contenido “ciertamente indeterminado” - sentencia [841/2007, de 19 de julio](#) -, para identificar, en cada caso, su contenido en un ámbito como es el societario, habrá que tomar en consideración los principios esenciales del régimen de las sociedades, para ponerlos en relación con las circunstancias del supuesto litigioso”.

3.4. La proyección de esa jurisprudencia sobre los distintos supuestos de hecho analizados por la sala ha conducido a considerar vulnerado el orden público en supuestos de lesión de derechos políticos y económicos esenciales de los socios. En concreto:

(i) *Derecho de presencia o representación en las juntas de socios.* Se ha apreciado violación del orden público en los casos de acuerdos adoptados por “juntas universales”, por no haber asistido ninguno de los demandantes, por faltar el requisito esencial de la presencia o representación de la totalidad del capital social, lo que vulnera “frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable”; se crea una “apariencia de junta universal [que] no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de los socios”. Como recuerda la sentencia [222/2010, de 19 de abril](#):

“la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 - la presencia de todo el capital - se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público -sentencias de [29 de septiembre de 2.003](#), [30 de mayo y 19 de julio de 2.007](#)-, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados -sentencias de [19 de julio](#) y [28 de noviembre de 2.007](#) [1281/2007], no obstante la de [18 de mayo de 2.000](#)-, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”.

(ii) *Derecho de participación en la cuota de liquidación del patrimonio social.* La sentencia [1229/2007, de 29 de noviembre](#), apreció vulneración del orden público societario en un supuesto de infracción del art. 48.2.a) TRLSA, por considerar como un derecho mínimo que configura la condición del accionista el de participación en el patrimonio resultante de la liquidación, cuando dicha vulneración se ha producido por acuerdo de la junta general “sin o contra la voluntad de su titular”.

(iii) *Derecho de suscripción preferente.* Con base en los arts. 349 CC (que protege el derecho de propiedad privada) y el art. 33.3 de la Constitución (que extiende esa protección a todos los derechos económicos frente a una privación injusta sin indemnización o contraprestación), la sentencia de esta sala de [30 de octubre de 1984](#) [609/1984] declaró la nulidad de un acuerdo de junta general que, por vía de modificación estatutaria, privaba a una usufructuaria de un paquete de acciones del derecho de suscripción preferente, de forma que

“[esa usufructuaria] se vio privada de tales derechos en virtud del acuerdo de reforma del artículo quince de los Estatutos, que concedió tales derechos alguno de ellos de claro contenido económico, como lo es de la preferente suscripción de acciones a los nuevos propietarios, sin indemnización ni contraprestación alguna, infringiendo con ello de manera palmaria tanto el artículo trescientos cuarenta y

nueve del Código Civil, que protege la propiedad privada, como el número tres del artículo treinta y tres de la Constitución que expresamente cubre también bajo su protección, no sólo los bienes, sino también los derechos”.

La sentencia, aun cuando reconoce la libertad que corresponde a la junta para reformar sus propios estatutos, de acuerdo con las normas que regulan su constitución y funcionamiento, también subraya que “las citadas juntas, aun siendo soberanas para regir la vida estatutaria de la Sociedad, no pueden operar una injusta privación de derechos a sus socios, lo que contravendría a las normas legales y constitucionales citadas”. Como declaró la [STC 23/1987, de 23 de febrero](#), al razonar la desestimación del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de esta Sala Primera:

“Lo que realmente se discutió en el proceso y resolvió la Sentencia es si la modificación era ilegal por otros motivos y concretamente, por lesionar injustamente los derechos de la usufructuaria. En cuanto al segundo argumento, la lectura de la resolución impugnada revela que su verdadera motivación no consiste en afirmar que la sociedad debió proceder a la expropiación forzosa para reducir los derechos de la usufructuaria, lo que sería insostenible, sino en considerar que esos derechos no podían ser recortados en la forma que lo hizo el Acuerdo social, porque ello supone una privación injusta de los mismos sin indemnización ni contraprestación alguna, lo que contradice los arts. 349 del Código Civil y 33.3 de la Constitución, que, según el Tribunal interpreta, prohíbe esa privación en todos los casos y no sólo en el de la expropiación forzosa [...]”.

3.5. En los tres supuestos reseñados se trataba de derechos que el ordenamiento societario reconoce “como mínimo” al socio, por su carácter esencial para la configuración de su posición jurídica (vid. art. 93, a, b y c TRLSC). Entre esos derechos, en lo que ahora interesa, se encuentra el de participar, además de en el reparto de las ganancias sociales, en el “patrimonio resultante de la liquidación”. Como afirmó la sentencia [115/1983, de 1 de marzo](#), “el derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación es un derecho “del que [el socio] no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta”; y en las sentencias [4/2021, de 15 de enero](#), y [46/2021, de 2 de febrero](#), declaramos que el derecho de crédito del socio separado o excluido frente a la sociedad por el importe del valor de su participación en la compañía, si bien no es idéntico al derecho a recibir el patrimonio resultante de la liquidación en la proporción correspondiente a la participación del socio en el capital social, ambos son derechos de “naturaleza semejante” -.

3.6. En el mismo sentido, y en el marco de esta jurisprudencia, es común la cita en la doctrina como acuerdos contrarios al orden público, por su carácter de pactos leoninos, los previstos en el art. 1691 CC que prohíbe los pactos que excluyen a uno o más socios de toda parte en las ganancias o las pérdidas. Esta norma prohibitiva se ha explicado por la doctrina desde distintas perspectivas: por ser tales pactos contrarios a la moral y al orden público, y por contradecir la causa del contrato social (eminentemente lucrativo). Como declaramos en la sentencia [307/2019, de 3 de junio](#), no cabe duda de que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital). Hasta el punto de que la jurisprudencia de esta sala ha señalado reiteradamente que el fin lucrativo es la causa del contrato de sociedad, a tenor de los arts. 1665 CC y 116 CCom

(sentencias [1229/2007, de 29 de noviembre](#); [1377/2007, de 19 de diciembre](#); y 784/2013, de 23 de diciembre; y las que en ellas se citan). Como declaró la mencionada sentencia [1377/2007](#):

*“Es consustancial a éstas [las sociedades], según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas - Sentencias de 6 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de julio de 1993 y 13 de noviembre de 1995, entre otras”.*

*Pues bien, la ratio del art. 1691 CC, que se aplica no solo a las sociedades civiles sino también a las mercantiles, se extiende asimismo, en el contexto del fin lucrativo de las sociedades mercantiles, a las cláusulas estatutarias o pactos de efectos análogos a los de exclusión de las ganancias respecto de alguno de los socios, y a los relativos a las cláusulas de exclusión que suprimen el derecho a la cuota de liquidación que corresponde al socio saliente.*

*Como declaró la sentencia [1229/2007, de 29 de noviembre](#), “[...] el ánimo de lucro se presenta en la sociedad (artículos 1665 CC; 116 CCom, etc.) como uno de los principios configuradores”, y señala “el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11 de marzo de 1983, 10 de noviembre de 1986, 19 de enero de 1987, 18 de noviembre de 1988, 7 de abril de 1989, 19 de febrero de 1991, 9 de octubre de 1993, 27 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1998, entre otras muchas)”. Y sobre estas premisas aclara que:*

*“De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA e impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento o obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2 de febrero de 1966, 22 de noviembre de 1991, 25 de noviembre de 1997, etc.)”.*

*Por ello, en la doctrina es opinión extendida la de incluir en el ámbito de los acuerdos contrarios al orden público los pactos leoninos, incluidos los que privan al socio separado o excluido de la citada cuota de liquidación. Se trata de un derecho, como señaló la sentencia [115/1983, de 1 de marzo](#), “del que [el socio] no puede ser desposeído ni por disposición estatutaria ni por acuerdo de la Junta”. Escapan al ámbito de la autonomía de la voluntad o del poder de decisión de la junta. No son irrenunciables para el socio, pero sí resistentes e inmunes al principio mayoritario por el que se rige la formación de la voluntad de la sociedad, del mismo modo que la modificación de los estatutos que afecte a los derechos individuales de cualquier socio de una sociedad de responsabilidad limitada deberá adoptarse con el consentimiento de los afectados (art. 292 TRLSC). Obviamente el hecho de que una materia jurídica o derecho sea susceptible de disposición, y por tanto renunciable, no comporta que esté exenta de una posible vulneración del orden público (ad ex arts. 1.2 y 41.1. f de la Ley de Arbitraje, y*

6.2 CC). *En definitiva, la voluntad social formada y reflejada en el acuerdo de la junta puede vincular a la sociedad y gravar su patrimonio, pero no puede disponer o configurar derechos o patrimonios ajenos sin el consentimiento de su titular.*

3.7. *La sentencia de la Audiencia, al restringir el concepto de orden público a los "principios más esenciales que informan el ordenamiento jurídico español", no se ha ajustado a la doctrina jurisprudencial reseñada, que incluye en su ámbito de protección no sólo las infracciones de normas legales que se traducen en una violación de derechos fundamentales y libertades públicas, sino también la infracción de normas legales en que se concretan los "principios básicos del orden social en su vertiente económica", o las que "afecten a la esencia del sistema societario", o "los principios configuradores de la sociedad", y que provocan una lesión grave de los derechos de los socios que configuran su condición de tal.*

*Ahora bien, con esta constatación no basta para poder casar la sentencia impugnada, pues es preciso que, además, pueda afirmarse que, in casu, la infracción legal, que la Audiencia no niega, de la previsión sobre la valoración de las participaciones del socio excluido, constituye efectivamente, además, una vulneración del orden público en el sentido más amplio aquí expresado. Para ello debemos comenzar analizando la infracción legal en que puede haber incurrido el acuerdo impugnado, y el alcance de su antijuridicidad en relación con la naturaleza de la norma vulnerada y los bienes o intereses jurídicos protegidos por la misma".*

Después de referir que el valor razonable de las participaciones, en defecto de previsión estatutaria, y conforme al régimen legal entonces vigente de las sociedades profesionales, debía ser fijado por un auditor de cuentas distinto al que auditara las de la sociedad, aborda el asunto de si la fijación unilateral es contraria al orden pública o si, en sus propias palabras, “*constituye efectivamente, además, una vulneración del orden público*” según cual sea “*el alcance de su antijuridicidad en relación con la naturaleza de la norma vulnerada y los bienes o intereses jurídicos protegidos por la misma*”. Y así, por una parte, como afirma en el fundamento de derecho 3.º:

*“5.9. En definitiva, la exclusión del socio determina su salida forzosa de la sociedad y la necesidad de realizar una correcta valoración de sus participaciones, pues el socio excluido de la sociedad conserva el derecho a la liquidación de su parte. Valoración que, a falta de previsiones estatutarias y de un acuerdo entre las partes (sociedad y socio excluido), debe realizar un auditor distinto al de la sociedad, u otros expertos designados por un tribunal, y que debe realizarse garantizando en todo caso la imparcialidad y objetividad de ese arbitrador. Como declaramos en la sentencia [217/2011, de 31 de marzo](#), "el art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato [...]”.*

Concluye en el fundamento de derecho 4.º “En las circunstancias del caso, el acuerdo impugnado no constituye una vulneración del orden público en el sentido del art. 116.1 TRLSA” (precedente del vigente art. 205.1 LSC).

*“2.- En primer lugar, debemos recordar que el orden público societario está sujeto a un criterio de interpretación restrictivo por constituir una excepción a la regla general de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, por lo que, como señaló acertadamente la Audiencia, no basta que se produzca una infracción de una norma imperativa, sino que, además, en lo que ahora interesa, debe afectar lesivamente a derechos fundamentales o libertades públicas, a otros derechos constitucionalmente protegidos, o a otros derechos esenciales del socio, que queden fuera del ámbito propio de la autonomía de la voluntad, al constituir uno de sus límites (arts. 6.2 y 1255 CC). Régimen u orden legal y orden público no son nociones idénticas, solo parcialmente coincidentes, que no se pueden identificar ni confundir por excluirlo el principio de no redundancia (art. 1255 CC). Incluso en el caso de que el acuerdo social provoque un efecto de limitación o privación de uno de esos derechos, la aplicación de la cláusula del orden público debe realizarse ponderando los intereses en conflicto y las circunstancias del supuesto litigioso. Y al realizar esa ponderación no debe perderse de vista que la ratio del art. art. 116.1 TRLSA (actual art. 205.1 LSC), como norma que parte de la regla general de la caducidad del plazo de impugnación de un año de los acuerdos de la junta general (frente a la regla general civil de la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad, en los casos de nulidad de pleno derecho, radical y absoluta) radica en la conveniencia de facilitar la certeza de las relaciones jurídicas, a fin de evitar la perturbación tardía del tráfico jurídico. Se trata de una regla que tutela el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), de singular importancia en el moderno tráfico mercantil.*

*3.- Aun siendo cierto que el derecho al reembolso de la cuota de liquidación de los socios excluidos es uno de los derechos económicos más relevantes de la posición del socio, junto con el de participar en las ganancias ( art. 93, a LSC), y que ese derecho está protegido, al igual que el derecho de la suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de la asunción de nuevas participaciones, por el art. 33 CE (sentencia de 3 de octubre de 1984 y [STC 23/1987](#)), sin embargo, en el caso litigioso lo cuestionado no es que ese derecho se haya desconocido, sino que la junta, al acordar la exclusión del socio y fijar el importe de la cuota de liquidación que debía reembolsar, consideró como "valor razonable" de las participaciones de los socios excluidos el de su "valor nominal". Y en este punto resulta determinante las características propias que la regulación que la valoración de las participaciones de los socios profesionales tiene en su regulación legal específica de las sociedades profesionales, en la que el ámbito de la autonomía de la voluntad está singularmente ampliado, interviniendo en un doble plano.*

*4.- En efecto, como ya hemos señalado, el art. 16.1 de la Ley de Sociedades Profesionales admite que en el contrato social puedan establecerse "criterios de valoración y cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido". Esta norma, de carácter autorizador de los pactos de valoración, supone que la regla del "valor real" o "valor razonable" no rige de forma*

*imperativa en el ámbito de las sociedades profesionales, sino que es regla legal supletoria. A falta de previsión en el contrato social o en los estatutos, la autonomía de la voluntad vuelve a tener protagonismo como fuente de la reglamentación convencional (a modo de contrato de fijación jurídica), ya en el marco de la regulación propia de la forma social adoptada por la sociedad profesional ( art. 1.3 LSP), pues conforme al art. 100.1 LSRL (actual art. 353.1 LSC), el valor real de las participaciones sociales en los casos de separación o exclusión del socio se determina, primero, por acuerdo entre la sociedad y el socio afectado y, solo en defecto de pacto, se fija por el auditor distinto al de la sociedad designado por el registrador mercantil. En puridad, ambos criterios (acuerdo y valor razonable fijado por auditor) responden a una misma lógica jurídico-económica al identificar esos valores con los "valores de mercado", en el sentido de que, partiendo de que no existe en rigor un "mercado de participaciones sociales" (tampoco de acciones excepto en el supuesto de sociedades abiertas), dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Y conforme al Plan General de Contabilidad (Primera Parte, apartado 6.2), aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, "valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua". Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a distintos métodos de valoración dinámicos respecto de las acciones de una sociedad en funcionamiento, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma "sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables". Esos métodos "han de ser, en cada caso, adecuados a las circunstancias y contexto en que se trate tal valoración, no fijando ningún método específico y sólo a efectos orientativos, como podía ser el método de determinación del valor del activo neto real, valor de capitalización de resultados y valor actual de flujos monetarios netos, método de la Unión de Expertos Contables Europeos" (STS [Sala Tercera, secc. 2.ª, de 26 de septiembre de 2012, rec. 5861/2009](#)). Por ello, como afirma la resolución de la DGRN (actual DGSJYFP) [de 17 de mayo de 2021](#), "generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales". Sin perjuicio de lo cual, ese Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad de cláusulas de valoración de participaciones sociales, en el caso de transmisiones voluntarias inter vivos, aun cuando no coincida dicho valor con el valor razonable determinado por auditor de cuentas, por remitirse al valor contable, "siempre que no perturbe la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva prácticamente insalvable" (RDGRN de 2 de noviembre de 2010), y con "los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros" (RDGRN de 15 de noviembre de 2016). Y niega que esas cláusulas tengan carácter expropiatorio o leonino, y "aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios" (RDGSJYFP de [17 de mayo de 2021](#))".*

(iii) Las sentencias [257/2023, de 15 de febrero](#) y [258/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile e Ignacio Sancho Gargallo, respectivamente) se pronuncian sobre un par de asuntos referidos al crédito *revolving* y su relación con la usura.

En especial la segunda -[258/2023, de 15 de febrero](#), Ignacio Sancho- aborda un problema esencial: cuándo el tipo de interés es desproporcionado y, por ende, usurario o, desde otra perspectiva cómo interpretar el párrafo primero del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 *sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios*:

*“Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”.*

Después de citar la doctrina de la sala sobre el interés normal del dinero y el término de comparación adecuado (sentencias [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno, Rafael Sarazá], [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno, Rafael Sarazá], [367/2022, de 4 de mayo](#) [Rafael Sarazá Jimena] y [643/2022, de 4 de octubre](#) [Pedro J. Vela Torres]) formula dos novedades respecto a las sentencias anteriores. En primer lugar, fija el porcentaje a partir del cual el interés será usurario -el 6 %, aunque “la ley española no establece ninguna norma al respecto”- y es muy interesante el argumento del que se sirve para establecerlo, que radica en la igualdad de trato y en la necesidad de dotar de seguridad y previsibilidad al mercado de estos créditos. Así, afirma en el fundamento de derecho 4.º, apartado 4:

*“Una vez determinado el índice de referencia, el tipo de interés (TAE) común para este tipo de contratos de crédito al tiempo de su celebración (2004), hay que valorar el margen admisible por encima del tipo medio de referencia, esto es: en cuántos puntos porcentuales o en qué porcentaje puede superarlo el tipo TAE contractual para que no se considere un interés notablemente superior al normal del dinero. La ley española no establece ninguna norma al respecto.*

*El art. 1 de la Ley de Usura, al acudir a una fórmula amplia (el interés notablemente superior al normal del dinero), emplea un adverbio para caracterizar ese exceso respecto del interés común del mercado (“notablemente”), que exige una apreciación en cada caso. Un criterio así de abierto, no rígido, exige un juicio o valoración para cada caso, acorde con la búsqueda de la justicia del caso concreto.*

*Esta fórmula legal se acomoda muy bien a un contexto de contratación y litigación como era el español antes de que hubiera irrumpido la litigación en masa, en la segunda década de este siglo. Pero en este nuevo contexto, siendo tantos los miles de litigios que versan sobre la misma cuestión, la aspiración de la justicia viene ahora connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones*

judiciales para dotar de mayor seguridad jurídica al mercado y al tráfico económico.

*Es lógico que, a falta de una previsión legal, se acuda a la jurisprudencia para conocer esos parámetros o criterios de valoración que faciliten la igualdad de trato.*

*Hasta ahora este Tribunal Supremo no ha fijado un criterio uniforme para cualquier contrato, sino que ha ido precisándolo para cada caso controvertido.*

*En la sentencia [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno; Rafael Sarazá], razonó que la TAE del contrato (24,6%) era superior al doble del tipo medio de referencia. Lo anterior no significa que el umbral de lo usurario estuviera fijado en todo caso en el doble del interés medio de referencia. De hecho en la posterior sentencia [149/2020, de 4 de marzo](#), la TAE del contrato era 26,82% y el tipo medio de referencia algo superior al 20% anual, y sin llegar ni mucho menos al doble del tipo de referencia, se declaró usurario en atención a la diferencia de puntos porcentuales, más de seis, que se consideró muy relevante. La sentencia, conectora del precedente, justifica por qué no se podía seguir el mismo criterio del doble del interés normal de mercado:*

*“El tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20 % anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito revolving pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50 %”.*

*Y, al mismo tiempo, estima muy relevante la diferencia entre el interés convenido y el tipo medio de mercado, superior a 6 puntos:*

*“(…) una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes”.*

*En la medida en que el criterio que vamos a establecer lo es sólo para un tipo de contratos, los de tarjeta de crédito en la modalidad revolving, en los que hasta ahora el interés medio se ha situado por encima del 15%, por lo argumentado en la citada sentencia [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno, Rafael Sarazá], consideramos más adecuado seguir el criterio de que la diferencia entre el tipo medio de mercado y el convenido sea superior a 6 puntos porcentuales.*

*5. De acuerdo con este criterio, si el tipo medio al tiempo de la contratación sería ligeramente inferior al 20 %, el interés pactado (23,9% TAE) no supera los 6 puntos, por lo que no se considera notablemente superior al tipo medio. En consecuencia, procede desestimar los motivos del recurso de casación”.*

El segundo asunto más que una novedad es una acotación y se refiere en el fundamento de derecho 4.º, apartados 1 y 2, a qué elemento es el que debe tenerse presente para

comparar, si es la [TAE o el TEDR](#); la homogeneidad de los elementos de partida son los que explican una comparación razonable:

*“1. Lo que se plantea ahora tiene que ver precisamente con la determinación de cuál era el interés normal del dinero referido a estos contratos de tarjeta de crédito revolving en el año 2004, en que se concertó el contrato y no existían estadísticas del Banco de España, porque fue a partir de junio de 2010 que se desglosó en la estadística la información referida al crédito revolving.*

*A la vista de la jurisprudencia mencionada está claro que el juicio sobre el carácter usurario del interés remuneratorio convenido en este contrato de tarjeta de crédito en la modalidad revolving del año 2004 ha de hacerse tomando, en primer lugar, como interés convenido de referencia la TAE, que en este caso no hay duda de que era del 23,9%. Además, la comparación debe hacerse respecto del interés medio aplicable a la categoría a la que corresponda la operación cuestionada, en este caso el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito revolving.*

*2. En relación con la determinación de este parámetro de comparación, para los contratos posteriores a que el boletín estadístico del Banco de España desglosara un apartado especial a este tipo de créditos, en junio de 2010, la jurisprudencia acude a la información suministrada en esta estadística para conocer cuál era ese interés medio en aquel momento en que se concertó el contrato litigioso.*

*Al respecto, habría que hacer otra advertencia, seguida de una matización: el índice analizado por el Banco de España en esos boletines estadísticos no es la TAE, sino el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE sin comisiones; de manera que si a ese TEDR se le añadieran las comisiones, el tipo sería ligeramente superior, y la diferencia con la TAE también ligeramente menor, con el consiguiente efecto respecto de la posibilidad de apreciar la usura. De tal forma que, en los contratos posteriores a junio de 2010, se puede seguir acudiendo al boletín estadístico del Banco de España, y al mismo tiempo permitir que el índice publicado se complemente con lo que correspondería a la vista de las comisiones generalmente aplicadas por las entidades financieras. En realidad, en estos últimos años, aunque la TEDR haya sido inferior a la TAE por no contener las comisiones, a los efectos del enjuiciamiento que hay que hacer (si la TAE es notablemente superior al interés [TAE] común en el mercado), ordinariamente no será muy determinante, en atención a que la usura requiere no sólo que el interés pactado sea superior al común del mercado, sino que lo sea "notablemente". El empleo de este adverbio en la comparación minimiza en la mayoría de los casos la relevancia de la diferencia entre la TEDR y la TAE”.*

Por su parte, la sentencia [257/2023, de 15 de febrero](#) (Juan María Díaz Fraile) aborda la cuestión de si el interés pactado en un préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre particulares es o no usurario y remite la solución a la ponderación de las circunstancias - en donde cobra singular importancia el alcance del riesgo que asume el prestamista-, puesto que no hay un mercado de referencia que pueda servir de término de comparación. En el fundamento de derecho 7.º apartado 1, señala el objeto de la controversia y las circunstancias relevantes:

*“Objeto de la controversia. Conviene recordar que, tal y como quedó centrado el objeto litigioso desde la primera instancia a partir de la audiencia previa, éste se circunscribe a determinar si los préstamos cuestionados son nulos por ser usurario el interés remuneratorio pactado en ambos del 14% anual fijo para toda la duración del contrato (14,93421% y 14,93422% TAE, respectivamente), teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

*Estas circunstancias, en lo ahora relevante, son las siguientes: (i) ambos contratantes son personas físicas que actúan como "particulares", en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional; (ii) el destino del préstamo era financiar la adquisición de un vehículo por el entonces novio de la demandante; (iii) el plazo de amortización pactado fue de 10 años; (iv) el tipo de interés de demora se fijó en el 25% anual; (v) la finca hipotecada en garantía de ambos préstamos estaba gravada con otra hipoteca previa a favor de una entidad financiera; (vi) los préstamos se concertaron en mayo y diciembre de 2009; y (vii) no consta pacto de capitalización de intereses, comisiones a cargo de la prestataria ni cláusulas penales; tampoco constan pactos de pago anticipado de los intereses, ni retención de sumas para el pago de gastos o deudas distintas del prestamista o de terceros”.*

Hace una extensa consideración sobre la doctrina de la sala en la materia (y refiere las sentencias [628/2015, de 25 de noviembre](#) [Pleno]; [149/2020, de 4 de marzo](#) [Pleno], ambas con ponencia de Rafael Sarazá Jimena) en el fundamento de derecho 7.º, apartados 3, 4 (determinación jurisprudencial del concepto “interés notablemente superior al normal del dinero”), 5 (la desproporción con las circunstancias del caso, valoración conjunta) 6 (enumera las circunstancias extrínsecas que pueden ser valoradas así como las intrínsecas, esto es, las relativas al riesgo de la operación) y 7 (cómo debe ponderarse el riesgo y su conocimiento). Concluye en el apartado 8:

*“El juez, particularmente en este ámbito de la contratación por negociación, debe hacer una valoración y ponderación sistemática del conjunto de estas circunstancias para enjuiciar si el interés pactado, que sea notablemente superior al normal del dinero, es además o no un interés "desproporcionado a las circunstancias del caso". En este sentido, del análisis de la abundante jurisprudencia recaída en esta materia, se desprende que la Ley de Represión de la Usura es una norma que se mueve entre dos paradigmas opuestos y a la vez complementarios: (i), por un lado, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados para definir la tipología de los supuestos de hecho que contempla (lo que se refleja en su art. 1); y (2) por otro lado, remite la solución al libre criterio judicial en relación con las circunstancias concretas de cada caso (lo que se refleja en su art. 2, ahora derogado y sustituido por el art. 319.3 LEC). Como dijo la clásica sentencia de esta Sala Primera de 13 de febrero de 1941, idea que ha reiterado en numerosas otras ocasiones:*

*“en materia de usura en que la nota de individualización del caso litigioso se presenta a los tribunales con carácter es más acusado, es preciso renunciar a otras normas de generalidad que las comprendidas en el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908 y juzgar el caso concreto teniendo en cuenta el relieve excepcional de las especiales circunstancias que en el concurran, determinantes de la*

*convicción del juzgador, libremente formada, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la ley”.*

*Más recientemente, la sentencia [113/2013, de 22 de febrero](#) [Xavier O’Callaghan], ha expresado así esta misma idea al interpretar el actual art. 319.3 LEC:*

*“Lo que significa que se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (sentencia de 9 enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (sentencias de 31 marzo de 1997, 10 mayo 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (sentencia de 29 septiembre de 1992) valorando caso por caso (sentencia de 13 mayo 1991), con libertad de apreciación (sentencia de 10 mayo 2000), formando libremente su convicción (sentencia de 1 de febrero de 2002)”.*

Lo que conduce derechamente a que la sala estime el recurso por las razones que expone en el fundamento de derecho 8.º, de las que subrayamos lo siguiente:

(i) no cabe establecer como término de comparación los créditos otorgados por “entidades de crédito” porque no se trata de una categoría homogénea con el asunto de marras (apartado 6) y deberá compararse con ese sector del mercado - en el que el concedente es una empresa- (“*La falta de acceso a la obtención de capitales en el mercado interbancario o del Banco Central Europeo, la desvinculación de la operación de préstamo de cualquier otro servicio de fidelización con el cliente (prestatario), la falta de aplicabilidad de las mismas normas de exigencia de evaluación de solvencia del deudor y de economías de escala, y el recurso al mercado extrabancario de los clientes que no alcanzan los estándares de solvencia exigidos por la normativa aplicable a las entidades de crédito, y la consiguiente elevación del riesgo de la operación, provoca que, a falta de otros elementos objetivos de comparación, los préstamos entre particulares deban someterse a su escrutinio, desde el punto de vista de su eventual carácter usurario, tomando como elemento de comparación más próximo los precios habituales del dinero en el mercado extrabancario*”); (ii) y a la comparación con el término homogéneo debe añadirse el examen de las circunstancias del caso relevantes (apartado 9).

(iv) La sentencia [129/2023, de 31 de enero](#) (Pedro Vela Torres) concierne a un seguro de vida vinculado a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria y se estima el recurso interpuesto por la aseguradora en lo que se refiere a la designación de beneficiario. La cláusula del contrato que es decisiva es la que se reproduce en el fundamento de derecho 1.º, apartado 1:

*“Entre el 25 de febrero de 2009 y el 25 de octubre de 2014, D. Amador tuvo concertado un seguro de vida, vinculado a un préstamo hipotecario, con la compañía Caja Granada Vida compañía de seguros y reaseguros S.A., entre cuyos riesgos asegurados se encontraba el de incapacidad permanente absoluta. La cláusula que se refería a dicha cobertura establecía:*

*«En virtud de esta cobertura, la Entidad aseguradora garantiza el anticipo del cobro de la prestación asegurada por el riesgo principal del fallecimiento, en el caso de que el Asegurado resulte afectado por una invalidez absoluta y*

*permanente para todo trabajo de forma irreversible, que le dé derecho al cobro de una pensión a cargo del erario público o entidad de previsión alternativa. [...]»*

*Se entenderá que la fecha de ocurrencia de la invalidez coincide con la fecha que se establezca por el organismo público o entidad de previsión alternativa, en el documento acreditativo de la invalidez, que determine el derecho al cobro de una pensión a favor del Asegurado”.*

La cuestión gira en torno a qué fecha debe tenerse presente como del “siniestro” puesto que a la fecha de baja el contrato de seguro estaba en vigor pero no cuando INSS declara al asegurado en incapacidad permanente. La sentencia coordina -o en rigor, hace homogénea la respuesta- con lo que decidiera la sala cuarta en su sentencia del pleno de dicha Sala Cuarta de [de 14 de abril de 2010 \(rec. 1813/2009\)](#) [Fernando Salinas, con un interesante voto particular de Aurelio Desdentado al que se adhieren Gonzalo Moliner, Jesús Gullón, José Luis Gilolmo y José Manuel López García de la Serrana]. La sentencia en el fundamento de derecho 3.º en sus apartados 1 a 5 afirma:

*“1.- La sentencia [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán], que se remite a la sentencia [sentencias 372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], estableció que en el seguro de vida que incluye como cobertura complementaria la incapacidad o invalidez como consecuencia de enfermedad, el riesgo asegurado es la incapacidad o invalidez declarada mediante resolución administrativa o judicial y no la enfermedad que dio lugar a la misma, que solamente sería el hecho generador del riesgo. En consecuencia, como regla general, el evento dañoso, el riesgo asegurado, tiene lugar cuando se produce la declaración oficial de la incapacidad o invalidez.*

*No obstante, estos pronunciamientos tuvieron lugar en casos en los que no se discutía concretamente cuál era la fecha del siniestro en este tipo de seguros, sino que la cuestión litigiosa versaba sobre qué compañía de seguros debía cubrir un siniestro en caso de sucesión de pólizas (las citadas sentencias [372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], y [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán]), o sobre la validez de una cláusula que anticipaba expresamente la fecha del siniestro a la del diagnóstico de la enfermedad (sentencia [60/2021, de 8 de febrero](#) [Francisco Marín Castán]). Según esta jurisprudencia, salvo pacto expreso en contrario, en el seguro de incapacidad o invalidez el pago de la indemnización corresponde a la aseguradora cuyo contrato estaba en vigor cuando se produjo la declaración de invalidez, aunque no lo estuviera cuando se inició la enfermedad invalidante.*

*2.- En contraposición a tales pronunciamientos, la sala ha dado un tratamiento diferente al seguro que cubre la incapacidad o invalidez causada por un accidente, en el que, a efectos de determinación de la fecha del siniestro, lo relevante es la fecha en que se produjo el accidente, aunque posteriormente se produzca la declaración de la incapacidad (sentencia del [pleno 736/2016, de 21 de diciembre](#) [José Antonio Seijas]).*

*3.- A diferencia de lo que sucede con el seguro de accidentes (art. 100 LCS), la LCS no da una definición de invalidez, posiblemente porque el seguro de invalidez, o de incapacidad permanente, no está regulado como tal en la Ley, con*

*nomen iuris propio, y suele introducirse en la práctica aseguradora como una cobertura complementaria en los seguros de vida, al amparo de la amplitud de configuración contractual en los seguros de personas que permite el art. 80 LCS.*

*En el ámbito específico de la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente viene definida en el art. 193.1 LGSS, pero no basta con encontrarse en la situación descrita en el precepto (padecimiento de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen la capacidad laboral), sino que, para ser beneficiario de la prestación correspondiente, dicha situación ha de ser expresamente declarada por los organismos competentes de la Seguridad Social ( arts. 195 y 200 LGSS).*

*Por su parte el art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, establece:*

*«El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.*

*En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades».*

*En el caso objeto del recurso, se da la circunstancia del segundo párrafo, puesto que hubo continuidad entre la incapacidad temporal no extinguida y la invalidez permanente, ya que el Sr. Amador fue primeramente dado de baja laboral en agosto de 2014 (en esa fecha todavía estaba en vigor el contrato de seguro), y finalmente por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 16 de marzo de 2016 (cuando el contrato ya no estaba en vigor), fue declarado en situación de incapacidad permanente por enfermedad común.*

*4.- Esta normativa de Seguridad Social ha sido interpretada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo en el sentido de que «el acto declarativo de la IP es un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica y solo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la IP» (sentencia [de 6 de noviembre de 2008, rec. 4255/2007](#) [Luis Fernando de Castro]).*

*A su vez, la sentencia del pleno de dicha Sala Cuarta [de 14 de abril de 2010 \(rec. 1813/2009\)](#) [Fernando Salinas, con un interesante voto particular de Aurelio Desdentado al que se adhieren Gonzalo Moliner, Jesús Gullón, José Luis Gilolmo y José Manuel López García de la Serrana] declaró que, respecto de la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente por enfermedad común no podía adoptarse la misma solución que respecto de la fecha del accidente:*

*«[d]ada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma trascendente la situación de enfermedad común de la que sin solución de continuidad deriva necesariamente la posterior declaración de incapacidad permanente».*

*Así como que:*

«[l]a enfermedad en cuanto, "perturbación del estado de salud" presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente - laboral o no-, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción "violenta, súbita y externa" que es fácilmente observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada "antiselección de riesgos" con respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis».

Razones todas por las que la mencionada sentencia de pleno concluyó:

(i) Como regla general, para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (incluido el seguro voluntario), para determinar la fecha del hecho causante de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono ha de acudir a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI.

(ii) Como excepción, la fecha del hecho causante puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles.

5.- Del mismo modo que en su día consideramos procedente coordinar la jurisprudencia de esta sala en materia de fecha del siniestro en el seguro de accidentes con la de la sala de lo social de este Tribunal Supremo (sentencia del [pleno 736/2016, de 21 de diciembre](#) [José Antonio Seijas]), ahora consideramos procedente igualmente llevar a cabo la misma coordinación respecto de la fecha del siniestro en el seguro de invalidez o incapacidad permanente. Por lo que debemos hacer nuestras las mismas conclusiones, sobre la regla general y la excepción, expuestas en el apartado anterior, que además, no solo no se oponen a los pronunciamientos previos de esta sala, sino que la regla general coincide con las conclusiones de las sentencias [372/1996, de 16 de mayo](#) [Francisco Morales Morales], y [100/2011, de 2 de marzo](#) [Francisco Marín Castán], y la excepción con la admisibilidad de tal circunstancia contemplada en la sentencia [60/2021, de 8 de febrero](#) [Francisco Marín Castán]”.

Sobre la designación de beneficiario, por un lado y legitimación para pedir el pago -para impedir una conducta inaceptable del prestamista y para sujetar a control el exceso, si lo hubiere- así como sobre el destino de la suma cobrada, recoge la doctrina de la sala en el fundamento de derecho 5.º, apartado 2:

“Como declaramos en las sentencias [669/2014, de 2 de diciembre](#) [Ignacio Sancho Gargallo], [222/2017, de 5 de abril](#) [Francisco Marín Castán], y [37/2019, de 21 de enero](#) [Francisco Marín Castán], en los seguros de personas vinculados a préstamos hipotecarios, el tomador/asegurado o, en su caso, sus herederos, tienen plena legitimación para reclamar a la aseguradora la indemnización pactada, aunque en la designación de beneficiarios efectuada en la póliza aparezca en primer lugar la entidad prestamista. Sin perjuicio de que, con cargo a la suma asegurada, deba entregarse en primer lugar a la entidad beneficiaria el saldo

*pendiente de amortización del préstamo vinculado al seguro, para luego abonar el remanente al asegurado o sus herederos.*

*Todo ello, porque como resaltó la citada sentencia [222/2017, de 5 de abril](#) [Francisco Marín Castán], este tipo de seguros responden a un interés compartido por el tomador/asegurado demandante y la entidad de crédito prestamista: el del primero, quedar liberado de su obligación de devolver el préstamo si se produce el siniestro; y el de la segunda, garantizarse la devolución del préstamo si no lo devuelve el prestatario en caso de muerte o invalidez”.*