

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL

1 JULIO 2017 – 31 DICIEMBRE 2017

Jesús Olavarría Iglesia

Profesor Titular del Departamento de Derecho Mercantil

“Manuel Broseta Pont”

Investigador del IUDESCOOP

Universitat de València

** Índice sistemático*

I. Cooperativas

II. Sociedades Laborales

III. Mutualidades de previsión social

IV. Asociaciones

V. Fundaciones

** Índice cronológico*

ÍNDICE SISTEMÁTICO*

I. COOPERATIVAS

COOPERATIVAS Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

* *Auto TS de 18 de septiembre de 2017 (Cont.-admvo) (JUR 2017, 238341)*

Cooperativas y Derecho de defensa de la competencia. Determinación de
interese casaciona..... 396

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES

* *Auto TS de 8 de noviembre de 2017 (Civil) (JUR 2017, 282970)*

Competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya para
conocer recurso de casación fundado en la Ley de Cooperativas de Cataluña,
aunque se invoquen también otras normas de derecho común 397

RÉGIMEN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

* *Auto TS de 5 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 201742)*

Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de segu-
ridad. Socio de cooperativa encuadrado en el RETA y responsabilidad de la
tercera empresa contratista de la cooperativa en la que se prestaban los
servicios 393

* *Auto TS de 18 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 200900)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Competencia del orden social de la juris-
dicción para conocer de la acción de impugnación de una sanción al socio
cooperativista 394

COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

* *Auto TS de 18 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 200900)*

Cooperativa de Trabajo Asociado. Competencia del orden social de la juris-
dicción para conocer de la acción de impugnación de una sanción al socio
cooperativista 394

* Abreviaturas. RJ y JUR son referencias a la base de datos de Westlaw. ATS: Auto del Tribunal Supremo.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo. Disp.: Disposición.

II. SOCIEDADES LABORALES

* STS núm. 507/2017 de 4 de julio (Penal) (RJ 2017, 4128)

Responsabilidad penal de administrador de hecho de sociedad laboral. Apropiación indebida por subirse unilateralmente su sueldo y recibir incentivos en cantidades del doble de lo que le correspondía sin existir acuerdo válido de la entidad. Inaplicación de administración desleal al concurrir ánimo de incorporación definitiva del dinero a su patrimonio 399

III. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

* STS núm. 988/2017 de 5 de junio (Cont.-admvo) (RJ 2017, 2796)

Mutualidades de Previsión Social y profesionales colegiados. Asociación Mutualista de la Ingeniería Civil. Procedencia de la denegación de su reconocimiento de capacidad para actuar como mutualidad de previsión social alternativa al RETA respecto a otros ingenieros colegiados diferentes de aquéllos para los que la actora tiene reconocida tal condición., al no existir vulneración de la Disp. Adicional 15ª Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ni tampoco vulneración del principio de igualdad ante la Ley 400

* STS núm 1880/2017 de 30 de noviembre (Cont.-Admvo.) (RJ 2017, 5133)

Mutualidades de Previsión Social. Desde el punto de vista de su configuración y régimen jurídico positivo, las mutualidades de previsión social se presentan como una de las formas que pueden adoptar las entidades privadas para ejercer la actividad aseguradora, concretamente en una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria del sistema de Seguridad Social obligatoria, y en este sentido se pueden calificar con toda propiedad como empresas aseguradoras que, como tales, se mueven dentro del ámbito del Derecho Mercantil 413

IV. ASOCIACIONES

REGISTRO DE ASOCIACIONES

* STS núm. 1053/2017 de 14 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3161)

Inscripción en el Registro de asociaciones por silencio administrativo 427

* STS núm. 1972/2017 de 14 de diciembre (Cont.-admvo.) (JUR 2017, 312741)

Inscripción de baja en registro de asociaciones. La autoridad registral no podía alegar para rechazar la inscripción de la baja de la asociación por cambio de su régimen jurídico, haber denegado la previa solicitud de cancelación de la inscripción de dicha asociación por la disolución sin liquidación de la misma como consecuencia de su absorción. Aunque ambas solicitudes respondan a los mismos hechos y puedan tener un significado material equivalente, lo cierto es que las exigencias formales registrales para una u otra solicitud no son las mismas, siendo más rigurosas las requeridas para inscribir una disolución asociativa que para inscribir una baja por un cambio de régimen jurídico..... 441

DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA

* STS núm. 1002/2017 de 6 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 2739)

Procedencia de la denegación de declaración de utilidad pública por falta de promoción del interés general al ser los servicios y actividades que presta (la Asociación) en realidad servicios onerosos de naturaleza privada, que se prestan a cambio de una contraprestación y que no tienen ni pueden tener categoría de servicio público. Falta de prueba de que los ingresos que obtiene la asociación de las contraprestaciones de sus servicios a terceros se reinviertan en los mismos fines de interés público que constituyen su objeto social..... 423

* STS núm. 1119/2017 de 26 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3010)

Revocación improcedente de declaración de utilidad pública..... 433

* STS núm. 1624/2017 de 26 de octubre (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 4542)

Procedencia de denegación de la declaración de utilidad pública por falta de realización de sus actividades con fines de interés general. Naturaleza reglada y no discrecional de esta actividad administrativa 435

V. FUNDACIONES

* STS num. 1188/2017 de 7 de julio (Cont.-Admvo.) (RJ 2017, 4161)

Legitimación activa en materia de medio ambiente. La especial significación constitucional del medio ambiente (art. 45 CE) amplía el marco de legitimación de organizaciones como la recurrente, que debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de intereses colectivo que repercuten en toda la sociedad. Ejercicio de la acción popular. Convenio de Aarhus 446

* STS num. 862/2017 de 7 de noviembre (Social) (JUR 2017, 288188)

Inexistencia de relación laboral entre Fundación Musical y músicos 451

I. COOPERATIVAS

* Auto TS de 5 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 201742)

Ponente: Jose Luis Gilolmo Lopez

Resumen: *Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad. Socio de cooperativa encuadrado en el RETA y responsabilidad de la tercera empresa contratista de la cooperativa en la que se prestaban los servicios.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 15 de septiembre de 2016 estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la actora y, revocando la sentencia de instancia, impone a la empresa Victorio Luzuriaga Usurbil SA (VLU), el recargo del 30% en todas las prestaciones de Seguridad Social (viudedad y orfandad) derivadas del accidente laboral sufrido el 30 de enero de 2014 por el trabajador, absolviendo a las demás codemandadas.

Consta que el trabajador figuraba dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), prestando sus servicios en la empresa Alduntzar Soc. Cooperativa. Dicha empresa se dedica a las tareas de mantenimiento industrial en las especialidades de electricidad y electromecánica, siendo su actividad principal prestar servicios a otras empresas mediante la subcontratación de los trabajos a realizar siempre en las instalaciones del cliente. La Cooperativa posee en vigor un contrato marco de arrendamiento de servicios (tareas de mantenimiento) con la empresa VLU, produciéndose el accidente en las instalaciones de esta. El accidente tiene lugar en una de las líneas de moldeo automático en vertical denominada L1, encontrando al trabajador tendido inconsciente en un foso junto con la barandilla; sufre lesiones de tal entidad que acaba falleciendo una semana después.

(...)

En cuanto a la imposición del recargo de prestaciones tratándose de un trabajador encuadrado en el RETA, considera el Tribunal Superior, en esencia, que el art. 4.4 RD 1273/2003, de 10 de octubre por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, impide imponer el recargo la Cooperativa, pero no a las empresas que hayan incumplido el deber de coordinación cuando, como en este supuesto, se trata de un socio trabajador de una cooperativa que prestaba sus servicios en el centro de trabajo de una tercera empresa, que debía coordinar las actividades de mantenimiento y limpieza de la torre de arenería, y no consta que la norma de seguridad para la realización de la limpieza de

dicha torre se elaborase como parte de la implantación del procedimiento de coordinación de actividades, y se acredita que la barandilla -medida de protección colectiva- responsabilidad de VLU, no cumplió con su finalidad. Y dado que se dejó sin efecto la sanción inicialmente impuesta se fija el porcentaje del 30% a cargo de VLU y no el 50% que se solicita en el recurso.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por la empresa condenada y tiene por objeto determinar que no puede imponérsele un recargo de prestaciones de Seguridad Social por estar el trabajador accidentado encuadrado en el RETA.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) de 16 de marzo de 2004 (...).

(...) no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación por concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En efecto, no obstante tratarse en ambos casos de la reclamación del recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas en relación a trabajadores socios de cooperativas integrados en el RETA que sufren un accidente de trabajo cuando prestan sus servicios para empresas que han contratado con las respectivas Cooperativas, los debates habidos no son coincidentes lo que justifica los diversos pronunciamientos alcanzados y obsta a la contradicción. Así, en la sentencia recurrida la parte actora formula su demanda frente a la Sociedad Cooperativa y también frente a la empresa contratante en la que se llevaban a cabo los trabajos; respecto de la Cooperativa se considera por el Tribunal Superior que no cabe establecer su responsabilidad; y cuestionándose si cabe establecer la responsabilidad de la empresa contratante, es finalmente estimado por el Tribunal Superior; mientras que en la sentencia de contraste la demanda se dirige únicamente contra la Sociedad Cooperativa, a la que se exonera de responsabilidad (por lo que ninguna contradicción existe en este punto), y la responsabilidad de la empresa contratante no ha sido abordada, lo que igualmente impide apreciar contradicción con la recurrida».

* **Auto TS de 18 de julio de 2017 (Social)** (JUR 2017, 200900)

Ponente: Diego Córdoba Castroverde

Resumen: *Cooperativa de Trabajo Asociado. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción de impugnación de una sanción al socio cooperativista.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...) la cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en decidir si es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de la acción de impugnación de sanción formulada por el socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado.

La sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 13 de septiembre de 2016, con estimación del recurso deducido por el trabajador recurrente, apreció la competencia del orden social de la jurisdicción para el conocimiento de la cuestión suscitada.

(...) la Sala de suplicación, en contra del parecer del Juez a quo, Se funda en un pronunciamiento anterior [STJ/País Vasco de 10-3-2015] en el que se afirmó que: 1) la distinción entre faltas sociales y faltas laborales no siempre es tarea sencilla, si bien en el caso, por más que la falta imputada haya sido calificada de social al amparo de lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de los Estatutos Sociales, lo cierto es que se trata de una falta laboral de los artículos 105 y siguientes del Reglamento Interno de ULMA, referidos al Régimen Disciplinario Laboral. No desconoce que el incumplimiento es el mismo, y que puede ser calificado de social o de laboral; 2) abunda en esta solución el hecho de que el incumplimiento imputado al demandante tenía carácter laboral, pues lo fue en su condición de trabajador, para defender sus posiciones en un litigio por él promovido en materia claramente laboral y lo fue también, en las propias palabras de ULMA, utilizando los medios proporcionados por la empresa para la realización de su trabajo; y 3) además, las faltas muy graves, sean laborales, sean sociales, llevan aparejadas, entre otras sanciones, la de expulsión, resultando claro que esta sanción respecto de una falta social llevaría aparejada automáticamente la privación de la condición no sólo de socio, sino también de trabajador. Sentado lo anterior rechaza asimismo que la acción esté caducada.

Formula la empresa recurso de casación en unificación de doctrina, alegando en su primer motivo como sentencia de contraste para cuestionar la competencia del orden social de la jurisdicción la de la Sala de lo Social del TS de Andalucía (sede en Málaga) de 13 de diciembre de 2012 (rec. 1534/12). En el caso la demanda trae causa de la impugnación por parte del actor de la sanción consistente en la expulsión de la cooperativa, sanción que le había sido impuesta por su negativa a suscribir la ampliación del capital social por importe de 2000 euros acordada por la asamblea general de la cooperativa el 21-7-2011. La sentencia da lugar al recurso de su razón y declara que la sanción impuesta no tiene relación alguna con su actividad laboral para la cooperativa demandada, sino que viene referida a un incumplimiento por su condición exclusiva de socio al negarse a suscribir la ampliación del capital social acordada por la Asamblea General de la cooperativa demandada, por lo que la jurisdicción laboral no es competente.

La contradicción ha de declararse inexistente, tal y como tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 13 de septiembre de 2016 (rec. 1969/15), que resolvió el recurso de casación unificadora articulado contra la sentencia del País Vasco en la que se apoya la ahora recurrida, y con invocación de la misma sentencia de contraste. La falta de contradicción se sustentó en las siguientes consideraciones:

<<son evidentes las importantes diferencias entre uno y otro supuesto. En el caso de la sentencia recurrida la sanción es derivada de la aportación a un proceso laboral de documentos internos de la cooperativa, siendo subsumible esta conducta en un incumplimiento de la normativa interna que regula tanto el régimen disciplinario laboral como en social, lo que lleva a la sala de suplicación a atribuir mayor relevancia a las implicaciones laborales de la actuación del trabajador; mientras que en la sentencia de contraste la conducta sancionada consiste en negarse a asumir la ampliación de capital acordada por la asamblea general de la cooperativa, lo que carece de cualquier connotación laboral y se circunscribe exclusivamente y de forma meridiana-mente clara al ámbito social, siendo del todo ajena, directa o indirectamente, a cualquier aspecto de la relación de trabajo.

La actuación del trabajador no es en modo alguno comparable en uno y otro supuesto. En el caso de la recurrida puede perfectamente englobarse dentro del ámbito laboral de la relación jurídica entre las partes, mientras que en el de contraste no hay duda alguna que pertenece manifiestamente al estricto aspecto social.

Tan importante disparidad en los hechos sustentan los divergentes pronunciamientos de una y otra sentencia e impiden considerar la existencia de doctrinas contradictorias que hayan de ser unificadas, al haberse aplicado en ambos casos el mismo criterio de atribución de competencia al orden social de la jurisdicción, que si ha dado lugar a soluciones distintas es porque los casos enjuiciados resultaban ser igualmente diferentes>>.

(...)

* **Auto TS de 18 de septiembre de 2017 (Cont.-admvo) (JUR 2017, 238341)**

Ponente: Diego Córdoba Castroverde

Resumen: *Cooperativas y Derecho de defensa de la competencia.*

Reseña

La Sala de Admisión del TS admite el recurso de casación planteado por la Autoridad Vasca de la Competencia y declara que el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia de la cuestión planteada por el recurrente «consiste

en determinar si habiéndose imputado a una sociedad cooperativa una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, cabe atribuir efectos exculpatorios, desde el punto de vista del derecho sancionador de la competencia, a la manifestación contraria a dicha práctica de la cooperativa, cuando está acreditado que los socios cooperativistas han participado activamente en la conducta anticompetitiva imputada; y los artículos que en principio serán objeto de interpretación serán los artículos 1.1 LDC y 101 TFUE, en relación con la Ley 27/1999 de Cooperativas».

*** Auto TS de 8 de noviembre de 2017 (Civil) (JUR 2017, 282970)**

Ponente: Antonio Salas Carceller

Resumen: *Competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya para conocer recurso de casación fundado en la Ley de Cooperativas de Cataluña, aunque se invoque otras normas de derecho común.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Para resolver sobre la competencia funcional en relación con el presente recurso de casación deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

a) La sentencia objeto de recurso se dictó en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Catalunya.

b) La sentencia de primera instancia, aplicando la Llei 18/2002 de Cooperativas, estimó la demanda.

c) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia. Para alcanzar tal conclusión se apoya en el artículo 38.4º de la Ley de Cooperativas de Catalunya, y en el artículo 122.5 del Código Civil de Catalunya.

d) Contra dicha resolución se interpone recurso de casación ante esta sala por la parte demandada, que se articula en dos motivos; en el primero se denuncia la infracción de los artículos 238.3 LOPJ y 225 y ss. LEC, y en el segundo del artículo 38.4º de la Ley de Cooperativas de Catalunya.

SEGUNDO.- El art. 478 LEC atiende a una circunstancia objetiva a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cual es que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos en la infracción de normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, dato objetivo que junto a las otras dos circunstancias contempladas en el precepto determinan la

competencia de tales órganos, y - como se dijo en el ATS de 23 de enero de 2008, rec. 738/2005 - debe repararse en que «[...]dicha atribución competencial tiene lugar tanto si se invoca exclusivamente norma de Derecho civil foral o especial como si, junto a ella, se denuncian otras normas de derecho común, matiz de importancia ya que el legislador no pretende privar a los Tribunales Superiores de Justicia del examen de la denuncia de normas de Derecho común sino otorgarles el pleno conocimiento del Derecho foral o especial; por ello la única excepción viene constituida por el art. 5.4 de la LOPJ en el que la denuncia de infracción de precepto constitucional atrae la competencia al Tribunal Supremo y es que, esta norma, en esencia, está presidida por el mismo espíritu: el legislador pretende que las infracciones de norma constitucional solo sean conocidas por el Tribunal Supremo como quiere que las infracciones de Derecho foral o especial solo sean examinadas por el Tribunal Superior que tenga atribuida competencia; en definitiva, a la hora de la distribución competencial se ha efectuado un juicio de prevalencia para el conocimiento de los recursos basados en Derecho foral que sólo cede ante la infracción de norma constitucional. Lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho [Foral] y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en esta caso de alegación de norma constitucional[...]».

TERCERO.- A la vista de lo expuesto, no cabe sino declarar la falta de competencia funcional de esta sala para conocer del presente recurso de casación por las siguientes razones:

a) La sentencia objeto de recurso se dictó en el ámbito de una Comunidad Autónoma con derecho foral o especial propio.

b) Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación aplican para resolver el litigio la norma foral o especial correspondiente a la materia, en este caso la Ley de Cooperativas de Catalunya y el Código Civil de Catalunya, que constituye la base de las resoluciones dictadas en ambas instancias.

c) La norma foral o especial aplicada por la sentencia recurrida fue dictada en virtud de las competencias legislativas atribuidas por su Estatuto de Autonomía».

II. SOCIEDADES LABORALES

* STS núm. 507/2017 de 4 julio (Penal) (RJ 2017, 4128)

Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibañez

Resumen: *Responsabilidad penal de administrador de hecho de sociedad laboral. Apropiación indebida por subirse unilateralmente su sueldo y recibir incentivos en cantidades del doble de lo que le correspondía sin existir acuerdo válido de la entidad. Inaplicación de administración desleal al concurrir ánimo de incorporación definitiva del dinero a su patrimonio.*

Fundamentos de Derecho

«SEGUNDO.- Lo denunciado es infracción de ley, de las del art. 849,1º LECRIM, en concreto de los arts. 252 en relación con los arts. 249 y 250 CP. En apoyo de esta afirmación se hacen, primero, diversas consideraciones acerca de la diferencia entre la apropiación indebida y la administración desleal. Luego se afirma que Narciso no llevó a cabo ninguna distracción de dinero, dedicando el resto del desarrollo del motivo a cuestionar, de nuevo, la existencia de prueba de cargo.

El motivo es de infracción de ley, y, dado el planteamiento al que acaba de hacerse referencia, hay que recordar que, como tal, es solo hábil para servir de cauce a la eventual denuncia de algún error de subsunción de los hechos en uno o varios preceptos legales. Es, pues, de estos últimos de los que hay que partir, de modo que quedan fuera de consideración todas las objeciones del recurrente dirigidas, impropia-mente, a cuestionar los primeros. Y estando a lo que resulta de ellos, lo que consta y debe ser objeto de calificación jurídica es que Narciso, actuando en la cooperativa Asturiana de Carretillas SAL como administrador de hecho, a partir de 2007, se subió unilateralmente el sueldo y percibió importantes cantidades de dinero en concepto de incentivos y gastos. En concreto, en 2007, como sueldo, la cantidad de 64.169,91 euros, cuando los otros dos socios percibieron 31.134,59 y 44.305,48 euros respectivamente. Y, en concepto de incentivos, las que se detallan en el correspondiente apartado de la sentencia, ascendiendo, en concreto, la de 2011, a 199.584,37 euros. Además, en 2012, aparte de lo percibido por incentivos (77.914,64 euros) hizo suyos 140.052,51 euros, extraídos de la cuenta corriente con socios y administradores de la entidad.

El Fiscal se ha opuesto a la estimación del motivo. Y objeta con razón que la pretensión de reconducir los hechos de esta causa al ámbito del delito de administración desleal carece de fundamento. De un lado, porque las acciones descritas ponen

claramente de manifiesto la existencia de una ilegítima incorporación definitiva de fondos al propio patrimonio, por parte de Narciso, a través diversas acciones reflejadas de modo pormenorizado en los hechos, prevaliéndose de las facultades que le confería su posición de administrador de facto de Asturiana de Carretillas SAL, así perjudicada. O dicho de otro modo, se apropió en beneficio propio de activos de esta cuya administración tenía encomendada por virtud de ese título, que es uno de los expresamente contemplados en el precepto del art. 252 CP en la redacción vigente en la época de los hechos.

Por otro lado, y según explica la sentencia de esta sala, 627/2016, de 13 de julio, citada por aquel: en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten expropiación definitiva de los bienes objeto de su disposición. Y, obviamente, no es tal el caso.

Cabría plantear si la conducta descrita tiene o no encaje en la actual redacción del delito de apropiación indebida (art. 253 CP), puesto que no contempla como título hábil el del administrador. Pero sin consecuencias, porque este sí está ahora recogido en la previsión del art. 252 CP que sanciona al que con facultades, atribuidas contractualmente, para administrar un patrimonio ajeno, las infringe, causando un perjuicio al patrimonio administrado. Y lo hace, además, con la misma pena que el precedente art. 252 CP, de modo que el único cambio sería del nomen iuris, sin consecuencias, por tanto.

Por todo, el motivo no puede acogerse».

III. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

* STS núm. 988/2017 de 5 junio (Cont.-admvo) (RJ 2017, 2796)

Ponente: José Luis Requero Ibañez

Resumen: Mutualidades de Previsión Social y profesionales colegiados. Asociación Mutualista de la Ingeniería Civil. Procedencia de la denegación de su reconocimiento de capacidad para actuar como mutualidad de previsión social alternativa al RETA respecto a otros ingenieros colegiados diferentes de aquéllos para los que la actora tiene reconocida tal condición., al no existir vulneración de la Disp. Adicional 15ª Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ni tampoco vulneración del principio de igualdad ante la Ley.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- La sentencia recurrida confirmó los actos impugnados en la instancia, que denegaron reconocerle a la ahora recurrente, la AMIC, capacidad para actuar como mutualidad de previsión social alternativa al RETA conforme a la disposición adicional decimoquinta de la LOSSP . Tal denegación se hizo en dos aspectos que se corresponden a las dos pretensiones planteadas en la instancia: la principal, reconocerle tal capacidad respecto de todos los ingenieros colegiados y, subsidiariamente, respecto de los concretos colegios profesionales de ingenieros a los que hacía referencia la demanda.

SEGUNDO.- En la configuración de las aseguradoras que actúen como mutualidades de previsión social se diferencia según que ofrezcan sólo prestaciones complementarias a las propias de la Seguridad Social, obligatoria para los profesionales colegiados mediante el RETA, o bien que se configuren, además, como entidades alternativas a ese sistema especial de la Seguridad Social, esto es, como alternativas al RETA. Este segundo aspecto es el que prevé el artículo 2 del Reglamento de mutualidades de previsión social, aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, si bien en el entendido de que para que una mutualidad de previsión social se configure como tal alternativa, será «de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la [LOSSP]».

TERCERO.- Antes de la LOSSP, en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del RETA, se preveía que la incorporación a tal régimen por parte de los profesionales colegiados fuese colectiva y obligatoria cuando lo acordasen los órganos de gobierno de los colegios solicitantes, luego no cabía una decisión directa e individual al RETA. Si una corporación o colegio no solicitaban esa incorporación colectiva y obligatoria para sus colegiados, siempre cabría estar al sistema de protección propio del colegio profesional, esto es, a través de su mutualidad de previsión social, algunas de las cuales eran de afiliación obligatoria y en otros casos, de afiliación voluntaria.

CUARTO.- Con la LOSSP la regla general pasa a ser la incorporación obligatoria a la Seguridad Social de los profesionales mediante el RETA, lo que plantea la regulación de la situación precedente, de ahí su disposición adicional decimoquinta de la que cabe deducir lo siguiente:

1º Ordenaba que a los profesionales que se colegiasen en un colegio profesional cuyo colectivo no se hubiere integrado en el RETA por decisión colegial, les sería obligatoria la afiliación a la Seguridad Social mediante el RETA, pero si el colegio hubiere establecido una mutualidad, podían optar entre ésta y el RETA.

2º Tras su reforma por la Ley 50/1998 pasó a regular tres supuestos temporales distintos: el de los incorporados a la profesión, luego al colegio profesional, antes de la vigencia de la LOSSP, esto es, antes del 10 de noviembre de 1995; el de los que lo hiciesen entre esa fecha y la entrada en vigor de la Ley 50/1998 (esto es, entre 10 de noviembre de 1995 y 31 de diciembre de 1998) y los que se incorporasen a partir del 1 de enero de 1999. A su vez estas tres situaciones se conjugaban según que el colegio hubiere constituido o no una mutualidad de previsión social alternativa al RETA con carácter obligatorio antes de la LOSSP o la hubiese constituido pero no con carácter obligatorio.

3º Se configura así como una norma dirigida ante todo a los profesionales colegiados, con aspectos propios de un régimen transitorio, no exenta de complejidad y que en coherencia con la normativa previa y por razón de sus destinatarios prevé un régimen de opciones para los colegiados.

4º Respecto de las mutualidades parte de una situación que considera precluida: serán mutualidades de presión social alternativas al RETA las establecidas antes de la LOSSP, esto es, antes del 10 de noviembre de 1995 y establecidas o constituidas por los colegios con carácter obligatorio. A su vez obligaba a esas mutualidades de previsión social alternativas al RETA a adaptarse sus estatutos a ese régimen de opción en los plazos de la disposición transitoria quinta de la LOSSP.

5º Debe significarse que la disposición adicional decimoquinta mantuvo su vigencia pese a la derogación de la LOSSP (RCL 1995, 3046) por el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre y ha sido finalmente derogada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, si bien su disposición adicional decimoctava reproduce en su literalidad la disposición adicional decimoquinta que deroga.

6º Y debe significarse que la Ley 50/1998 (RCL 1998, 3063 y RCL 1999, 1204) derogó de la disposición transitoria Quinta de la LOSSP el último párrafo del apartado 3 de la misma y que será derogada en su totalidad con el nuevo texto refundido de la LOSSP aprobado por Real Decreto-legislativo 6/2004.

QUINTO.- Tal disposición adicional decimoquinta no fue objeto de desarrollo, lo que explica que se dictase la resolución de 24 de julio de 2007 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Se trata de un acto relevante en este pleito pues, como se verá, la AMIC lo invoca para acogerse en parte al sentido del mismo y lo hace en los términos que se expondrán. Tal resolución significa lo siguiente:

1º En su preámbulo señala que tras la LOSSP (RCL 1995, 3046) se planteó el problema de la diferencia de situación entre los profesionales colegiados, según que se colegiasen antes o después de la vigencia LOSSP tras la reforma de la disposición adicional decimoquinta por la Ley 50/1998.

2º Así a los profesionales colegiados antes del 10 de noviembre de 1995 la disposición adicional decimoquinta les obliga a estar incluidos y causar alta en el RETA, salvo que optasen por incorporarse a la mutualidad de previsión social alternativa al RETA establecida por su colegio profesional, si es que esa incorporación hubiera sido obligatoria para los colegiados.

3º Esto implicaba que para los ejercientes de una misma profesión colegiada podía darse esta circunstancia: que antes de la LOSSP hubiere territorios en los que era obligatoria la adscripción a la mutualidad de previsión social constituida por el colegio respectivo, en cuyo caso la condición de mutualidad alternativa al RETA sólo alcanzaría al ámbito territorial del colegio que la hubiere constituido.

4º La consecuencia fue que respecto de una misma actividad profesional colegiada había profesionales incorporados al respectivo colegio después de la LOSSP cuya situación cambiaba según que ese colegio y para su ámbito territorial hubiera o no constituido una mutualidad de previsión social alternativa al RETA. Si lo había constituido cabía la opción, en caso contrario, no, y se debía causar alta obligatoriamente en RETA.

5º A esto se añadía como circunstancia sobrevenida la liberalización del ejercicio de las profesiones colegiadas efectuada por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de julio, en cuanto que elimina las restricciones a su ejercicio, en especial las territoriales mediante el régimen de colegiación única con eficacia en todo el territorio nacional.

6º Como esta situación se planteaba respecto de los mismos profesionales - entendiéndose por tal los que ejercen la misma profesión colegiada - la Administración vio un agravio pues pese a ejercer la misma actividad profesional colegiada se les aplicaban diferentes regímenes jurídicos en cuanto a su encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social en función del distinto colegio de adscripción.

7º De esta manera se acordó respecto de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA, obligatorias en el territorio de algunos colegios profesionales antes de la LOSSP, que con efectos de 1 de septiembre de 2007 pudiesen extender su actuación como entidades alternativas al resto del ámbito territorial del Estado respecto de los colegiados de la misma profesión incorporados a colegios que antes de la LOSSP (RCL 1995, 3046) no hubieran constituido una mutualidad de previsión social alternativa al RETA o constituida, no fuera obligatoria.

8º Y respecto de los colegiados que hubieran iniciado su actividad profesional después del 10 de noviembre de 1995, obligatoriamente incluidos en el RETA y que conforme a esa resolución dispusiesen ya de una mutualidad de previsión social alternativa al RETA, se les dio la oportunidad de causar baja en RETA si es que optaban por su inclusión en una mutualidad de previsión social alternativa al RETA.

SEXTO.- Cabe así deducir que con la resolución de 24 de julio de 2007 y desde el punto de vista de los profesionales colegiados, se trató de darles la posibilidad de opción aun cuando estuviesen incorporados a un colegio que no hubiere constituido antes de LOSSP una mutualidad de previsión social alternativa al RETA o habiéndolo hecho no era obligatoria; y desde el punto de vista de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA constituidas por esos otros colegios antes de la LOSSP, se les abrió un ámbito de actuación extraterritorial, esto es, se les dio la posibilidad de extender su ámbito de actuación al territorio de otro colegios profesionales que no las habían constituido. Según se viere, se trataba o de un matiz o de una interpretación expansiva de la disposición adicional decimoquinta LOSSP, el caso es que tal resolución fue confirmada por esta Sala y Sección en sentencia de 9 de enero de 2011 (recurso de casación 3411/2009), en la que se rechazó que tuviese carácter normativo y que, por tanto, introdujese previsiones no deducibles de la citada disposición.

SÉPTIMO.- Dicho todo lo que antecede, la AMIC es una mutualidad de previsión social inscrita desde el 31 de enero de 1985, luego anterior a la LOSSP, pero que no ha sido constituida por colegio profesional alguno, luego no nació de iniciativa colegial y lo litigioso empieza tras la reforma de la LOSSP por la Ley 50/1998. Vigente esa reforma desde el 1 de enero de 1999, la AMIC solicitó el 24 de mayo de 1999 que se le reconociese la condición de mutualidad de previsión social alternativa al RETA respecto de trece colegios profesionales de Ingenieros Industriales. Por resolución de 1 de julio de 1999 se le denegó y esto por una razón obvia: no era una mutualidad de previsión social alternativa al RETA ni anterior a la LOSSP ni constituida por los colegios profesionales.

OCTAVO.- La AMIC interpuso un recurso de reposición, resuelto por resolución de 26 de octubre de 1999 en la que la Administración cambió sorpresivamente de criterio y al margen de que denegase el carácter de reposición a dicho recurso, ese cambio de criterio se basa en el informe de 7 de octubre de 1999 elaborado a raíz de ese recurso por la Dirección General de Seguros. Pues bien, esa segunda resolución - clave en este pleito - fue invocada en la instancia y ahora en casación y de la misma cabe destacar lo siguiente:

1º Se parte de la obviedad de que la AMIC no está establecida por los colegios profesionales pero había celebrado ciertos convenios de previsión complementarios y obligatorios (jubilación, viudedad, auxilio en caso de fallecimiento, orfandad) que no forman parte de las prestaciones propias del RETA.

2º Sin embargo acoge el criterio de la Dirección General de Seguros que permite un criterio “flexible” según el cual se “pudiera” considerar a la AMIC como mutualidad de previsión social alternativa al RETA como si fuese establecida con carácter

obligatorio por colegios profesionales, por lo que se da a dichos convenios anteriores a la LOSSP el valor equivalente a un acto colegial de constitución de una mutualidad de presión social alternativa al RETA.

3º Su decisión quedaba condicionada a que de conformidad con la disposición transitoria quinta de LOSSP, acreditase dentro del plazo de cinco años la adaptación estatutaria para modificar el criterio de adscripción obligatoria al voluntario.

NOVENO,- Tal resolución es firme, irrecurrible por terceros e irrevisable por la Administración y tras la misma hay que hacer referencia a los siguientes hechos:

1º Que con base en su planteamiento favorecedor se dictó la resolución de 28 de enero de 2000 por la que se llevó la lógica de lo decidido al ámbito del colegio de Ingenieros Aeronáuticos, resolución que fue también invocada en la instancia como precedente.

2º Tras la resolución ya citada de 24 de julio de 2007, hay que añadir un oficio de 9 de marzo de 2010 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, emitido a raíz de un escrito de la AMIC de 25 de febrero de 2010. En él solicitó que se confirmase su condición de mutualidad alternativa al RETA para todos los colectivos de Ingenieros e Ingenieros Técnicos integrados en los distintos colegios profesionales de ingeniería de España que así lo solicitasen, con independencia de la especialidad a la que pertenezcan y su lugar de residencia.

3º La Administración sostuvo la aplicabilidad automática de lo decidido por la resolución de 24 de julio de 2007 respecto del resto de los colegios de Ingenieros Industriales distintos de esos trece antes referidos objeto de la resolución de 26 de octubre de 1999, pero rechazó hacerlo respecto del resto de los colegios profesionales de ingenieros.

DÉCIMO.- De esta manera, con el cuadro normativo y los antecedentes administrativos expuestos, surge el litigio resuelto en la instancia por la sentencia ahora impugnada en casación. Así con base en todos esos antecedentes, la AMIC presentó el 28 de diciembre de 2012 un escrito en el que partiendo de la premisa de que tenía la consideración de mutualidad de previsión social alternativa al RETA para toda España, pero con el limitado alcance ya expuesto, dio un paso más: solicitó que se le reconociese tal condición bien para todos los ingenieros colegiados de España, bien para concretos colegios de ingenieros respecto de los que dice que es su mutualidad de previsión social de adscripción obligatoria en virtud de convenios análogos a los antes reseñados. Tal solicitud le fue denegada por las resoluciones impugnadas en la instancia, confirmadas por la sentencia objeto de este recurso de casación.

UNDÉCIMO.- De esta manera y antes de entrar ya en los motivos de casación, es preciso hacer referencia a las pretensiones ejercitadas por la AMIC en la instancia y que pueden resumirse en estos términos:

1º Ante todo pretendió que se le reconociese la condición de mutualidad de previsión social alternativa al RETA, lo que concretó en las dos pretensiones sobre el alcance de tal reconocimiento, una principal y otra subsidiaria.

2º Como pretensión principal, interesó tal reconocimiento respecto de los ingenieros de cualquier especialidad colegiados en sus distintos colegios profesionales que lo soliciten y en los ámbitos en los que la recurrente se encuentra autorizada para ejercer la función aseguradora. Tal pretensión se basa tanto en las resoluciones antes citadas como en el panorama de las nuevas titulaciones de ingenieros resultantes del Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

3º Subsidiariamente, que ese reconocimiento, para todo el territorio nacional en virtud de la resolución de 24 de julio de 2007, sea respecto de todos los ingenieros e ingenieros técnicos pertenecientes a los colegios profesionales que han certificado que la AMIC constituía la mutualidad de previsión social de adscripción obligatoria para sus colegiados y que son los de Ingenieros de Montes, Minas, Navales y Oceánicos, Técnicos Aeronáuticos de España y la Asociación de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos.

4º Finalmente y para ambas pretensiones, pretendió que una adaptación a su caso del punto Segundo de la resolución de 24 de julio de 2007 y que por sentencia se estableciese un plazo de seis meses para que los ingenieros que ejerciten su opción de adscribirse a la AMIC pudiesen instar la baja en el RETA y que tal baja surtiese efectos desde el primer día del mes siguiente al de la solicitud.

DUODÉCIMO.- Del excurso que acaba de exponerse cabe deducir lo siguiente respecto de lo que es el planteamiento de la ahora recurrente:

1º Ante todo un dato básico y que ya se ha apuntado con reiteración: tras el cambio de paradigma que supuso la LOSSP, su regulación tiene por objeto y se centra en los profesionales colegiados a los que ofrece un régimen de opción y desde el punto de vista de las mutualidades alternativas al RETA las limita a las constituidas antes de la LOSSP.

2º Que la AMIC logró, sin embargo, que se le reconociese como mutualidad de previsión social alternativa al RETA mediante una resolución, basada a su vez en el criterio favorecedor de flexibilidad sustentado por la Dirección General de Seguros, criterio no exento de efectos distorsionantes y ahora pretende que lo así logrado se extienda aún más: o bien a todos los ingenieros al margen de la lógica colegial que inspira a esas mutualidades alternativas o, en su defecto, a los integrados en los concretos colegios relacionados en su pretensión subsidiaria.

3º Para esto - y así se explican los motivos de casación - no se basa en realidad en la disposición adicional decimoquinta de la LOSSP como norma infringida y llamada a que sea objeto de formulación de doctrina legal, sino que se basa en esos actos que

invoca como precedentes, cuyo valor jurídico potencia con la invocación del artículo 14 de la Constitución, esto es, como precedentes en la interpretación y aplicación de la ley.

4º Esos precedentes se invocan con distinto objetivo: las resoluciones de 26 de octubre de 1999 y de 28 de enero de 2000 para mostrar que sí cabe reconocer a una mutualidad de previsión la condición de alternativa al RETA con base en meros convenios con colegios profesionales y la de 24 de julio de 2007 para mostrar que sí cabe que una mutualidad de previsión social alternativa al RETA pueda extender su actividad fuera del ámbito territorial de un colegio y a profesionales colegiados distintos del colegio origen de la mutualidad alternativa.

DECIMOTERCERO.- Se enjuician así conjuntamente los tres primeros motivos de casación reseñados en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, motivos que se refieren a la desestimación de la pretensión principal. Al respecto el razonamiento que sigue la sentencia cabe resumirlo en estos términos:

1º Delimita lo litigioso señalando que lo que pretende AMIC es extender la condición de alternativa al RETA, no a otros ámbitos territoriales distintos de la misma profesión colegiada, sino a otros colegios profesionales diferentes de aquéllos para los que la actora tiene reconocida tal condición.

2º Desestima tal pretensión porque no hay una sola profesión de ingeniero ni un colegio para todos ingenieros, sino tantas profesiones como ingenierías, luego tantas profesiones como colegios, todo lo cual es ajeno a las consecuencias derivadas del Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

3º No cabe basar dicha pretensión en la resolución de 24 de julio de 2007 pues una cosa es que una profesión se organice por colegios territoriales y se permita, por las razones sobrevenidas a las que aludía esa resolución, que la mutualidad de previsión social alternativa al RETA pueda extender la condición a ámbitos territoriales diferentes de la misma profesión, y otra distinta que se pretenda extender tal condición a otras profesiones y a otros colegios profesionales.

4º En el caso de autos no cabe invocarla como término válido de comparación, pues una cosa es la situación de las mutualidades de previsión social establecidas para un colectivo de profesionales y que eran de adscripción obligatorias para los colegiados en ciertos territorios, y otra cosa que una mutualidad de previsión social tenga reconocida la condición de alternativa para concretos colegios profesionales (los de Ingenieros Industriales y Aeronáuticos) y que pretenda que se le reconozca la condición, no respecto de un ámbito territorial más amplio - esto lo reconoce la resolución de 24 de julio de 2007 - sino para colegios distintos, afectando a la concepción que se deduce de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

DECIMOCUARTO.- Estos tres primeros motivos se enjuician conjuntamente pues en ellos concurre un denominador común en la argumentación que los sostiene, si bien con mayor intensidad en el motivo Primero: que la sentencia impugnada infringe el principio constitucional de igualdad. Razona así que esa igualdad de situaciones concurre con las que toma como términos de comparación y que concreta en las resoluciones antes citadas respecto de lo decidido en cuanto a los Ingenieros Industriales y Aeronáuticos y la resolución de 24 de julio de 2007. Respecto de ésta invoca tanto su contenido como la sentencia de esta Sala que la confirmó y, además, lo que en esa resolución se invocó como novedad legal justificativa -el régimen de liberalización de las profesiones colegiadas por el Real Decreto-ley 6/2000, ya citado- lo es en su caso la incorporación del régimen del Espacio Europeo de Educación Superior a los estudios que permiten el acceso al ejercicio de la ingeniería.

DECIMOQUINTO

Conforme a todo lo expuesto se desestiman estos motivos acumulados y se confirma lo resuelto por la sentencia impugnada por las siguientes razones:

1º Se parte de que la AMIC tiene reconocida, en efecto, la condición de mutualidad de previsión social alternativa al RETA por la resolución de 26 de octubre de 1999 respecto de trece colegios profesionales de Ingenieros Industriales, a lo que se añade la de 28 de enero de 2000 respecto del Colegio de Ingenieros Aeronáuticos y que por la aplicación de lo decidido por la resolución de 24 de julio de 2007 puede extender su acción a los ingenieros industriales colegiados en colegios distintos de aquellos trece a los que se refería la resolución de 26 de octubre de 1999.

2º Se trata de resoluciones dictadas respecto de concretos colegios profesionales, luego de concretas profesiones colegiadas: en ese caso las de ingeniero industrial y aeronáutico. Por el contrario en el caso de autos la solicitud de autorización se pretende al margen del vínculo con un colegio profesional y se pretende la atribución de la condición de mutualidad de previsión social alternativa al RETA directamente con el profesional titulado, para así convertirse en posible opción al RETA para todos los ingenieros civiles, luego no se ofertaría a los colegios profesionales -como ocurrió con los Ingenieros Industriales y Aeronáuticos- sino a los colegiados de todas las especialidades, esto es, de todas las ingenierías.

3º Desde ese planteamiento se prescinde de que de la disposición adicional decimoquinta de la LOSSP - precisamente por su ligazón al régimen que le precede - obedece a una lógica basada en el régimen colegial del mutualismo alternativo al RETA cuyo origen estaba en los propios colegios que establecían o constituían mutualidades, de ahí que la sentencia impugnada razone que tal presupuesto no pueda obviarse como si existiese una sola profesión de ingeniero o, por ser coherente con el sistema, la ficción de un solo colegio de ingenieros.

4º Partiendo de lo logrado por la AMIC con las resoluciones de 26 de octubre de 1999 y de 28 de enero de 2000, a lo que se añaden los efectos que conlleva la resolución de 24 de julio de 2007, se deduce que eso - y sólo eso - fue lo admitido por el oficio de 9 de marzo de 2010 y eso fue lo “flexibilizado” por la primera resolución, no que no se exigiese vinculación alguna con la organización colegial, de ahí que no deje de ser llamativo que se aceptase la ficción de equiparar un acuerdo colegial de constitución o establecimiento de una mutualidad con un convenio para prestaciones complementarias con una entidad - AMIC - ajena a la organización colegial.

5º Cabe deducir sin especial dificultad que lo ahora pretendido es extender aun más lo que ya de por sí fue un criterio “flexible” según la resolución de 26 de octubre de 1999, aunque más bien habría que considerarlo como innovador. En este sentido la invocación que a su favor hace la AMIC del oficio de 9 de marzo de 2010 tiene el alcance que acaba de exponerse, como ya se adelantó en el Fundamento de Derecho Noveno 2º y 3º.

6º Tampoco cabe invocar la resolución de 24 de julio de 2007, resolución que debe entenderse en su lógica. Como se ha dicho en los anteriores Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto, su fin era solventar el agravio generado por la disposición adicional decimoquinta de la LOSSP en los términos ya expuestos.

7º Esa resolución de 24 de julio de 2007 permitió que las mutualidades creadas por ciertos colegios para sus colegiados y para su concreto ámbito territorial, pudiesen actuar fuera del ámbito territorial en el que se hubieran constituido por los colegios con carácter obligatorio. Por tanto, los profesionales colegiados - siempre dentro de la misma profesión - inscritos en otros colegios sin mutualidad de previsión social alternativa al RETA o con mutualidad de previsión social voluntaria, podían acogerse a esa mutualidad de previsión social alternativa al RETA, es decir, podían optar.

8º El caso de autos es ajeno a esos supuestos pues lo que plantea ahora AMIC es que a esa solución puntual, dada para ese caso, se le confiera un carácter constitutivo o sustancial y generalizable: que pueda actuar en toda España - lo tiene ya reconocido - pero al margen de la vinculación a los colegios, de forma que todos los ingenieros puedan optar por la AMIC como mutualidad de previsión social alternativa al RETA, al margen de su concreta profesión y de un concreto colegio, cuando el caso de la AMIC es el de una entidad no establecida ni promovida por colegio alguno.

9º A los efectos pretendidos no cabe invocar el régimen del Espacio Europeo de Educación Superior, lo que se hace fundamentalmente para aportar una circunstancia sobrevenida equiparable a la que tuvo presente - no de forma determinante, sino a mayor razón - la resolución de 24 de julio de 2007: como se ha dicho ya (vid. supra Fundamento de Derecho Quinto.5º) tal resolución añade como argumento que tras el Real Decreto-ley 6/2000 (RCL 2000, 1404) se instauró un criterio libe-

realizador, de colegiación única respecto de cada profesión colegiada. Pues bien, habrá nuevas ingenierías pero esa no es la cuestión, la cuestión es que esas nuevas titulaciones, habilitantes para el ejercicio de la concreta ingeniería, precisan de la colegiación en tal o cual colegio.

10º En definitiva, el planteamiento de la AMIC podrá ser razonable, pero es de lege ferenda y, desde luego, lo logrado mediante las resoluciones de 1 de julio 1999 y 28 de enero de 2000 en que se ampara no cabe ni tomarlo como precedente ni reproducirlo, ampliando sus efectos al margen del sistema colegial cuya lógica es la asumida por la LOSSP (RCL 1995, 3046) y eso sin olvidar que, en todo caso, la igualdad que tanto invoca la recurrente sólo cabe atenderla dentro de la legalidad. Y que la pretensión principal, tiene ese carácter de mera petición o solicitud de lege ferenda, se deduce de que es pretensión común - también para la subsidiaria - que por sentencia se instaure o regule un régimen de plazos tal y como lo hizo en su momento la resolución de 24 de julio de 2007 (vid. Supra Fundamento de Derecho Undécimo.4º).

DECIMOSEXTO En lo que hace a la pretensión subsidiaria se parte de lo ya dicho con reiteración: que la AMIC tiene reconocida la condición de mutualidad de previsión social alternativa al RETA respecto de trece colegios de Ingenieros Industriales por resolución de 26 de octubre de 1999 - extensible al resto dentro de esa ingeniería por razón de la resolución de 24 de julio de 2007- más lo reconocido para los ingenieros adscritos al Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España. Lo que pretendió fue extenderlo a los colegios citados en el Fundamento de Derecho Undécimo 3º y a la Asociación de Ingenieros Técnicos Aeronáuticos. Al respecto la sentencia impugnada sigue el siguiente razonamiento:

1º Admite que, con arreglo al principio de igualdad, debería dársele el mismo tratamiento que respecto de los colegios que toma como términos de comparación la demandante.

2º Rechaza aplicar, para desestimar, la doctrina actos propios referida a la AMIC por contradecirse con lo manifestado en su recurso de reposición contra la resolución de 1 de julio de 1999 (vid. Supra Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo) en el que admitió que no pretendía su reconocimiento a otros colegios profesionales.

3º La ratio decidendi de fallo desestimatorio se centra en la extemporaneidad de la solicitud de la AMIC. Admite así la vigencia de la disposición adicional decimoquinta de la LOSSP, pero es aplicable a los supuestos a los que se refiere, sin que sea de aplicación indefinida pues fija límites temporales a las opciones y posibilidades que regula. Señala, además, que tales límites son coherentes con su finalidad integradora y, en concreto, los del apartado 2 que se remite a los plazos de la disposición transitoria Quinta de la LOSSP, sin que surta efectos que esta disposición fuese dero-

gada por la Ley 50/1998. Añade que para esa conclusión no es obstáculo que la disposición adicional decimoquinta no haya sido derogada y que sea aplicable a los supuestos en los que un colegiado está exento de causar alta en el RETA por concurrir los supuestos previstos. Añade además que no es aplicable en este concreto punto la resolución de 24 de julio de 2007 pues se refiere a distintas situaciones y circunstancias.

DECIMOSÉPTIMO.- (...)

DECIMOCTAVO.- El motivo Quinto se plantea ya al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA y en él de nuevo se invoca la infracción del artículo 14 de la Constitución. Parte así de la premisa de que la sentencia reconoce igualdad de situación de los colegios a los que se refiere la pretensión subsidiaria respecto de lo ya resuelto en firme para los colegios de Ingenieros Industriales y Aeronáuticos, y respecto de la extemporaneidad en que se basa la sentencia añade que la disposición transitoria Quinta de la LOSSP fue derogada por la Ley 50/1998, luego esos límites temporales no son aplicables.

DECIMONOVENO.- Así planteado se desestima también este motivo Quinto y a tal efecto hay que recordar que lo que es objeto de este recurso de casación no es tanto juzgar la legalidad de los actos impugnados en la instancia como la sentencia que los confirma, esto es, si incurre en las infracciones del ordenamiento jurídico que denuncia. Pues bien, este motivo Quinto se desestima por las siguientes razones:

1º El fallo desestimatorio de la sentencia impugnada se basa en más razones que la mera referencia a la disposición transitoria Quinta de la LOSSP: ciertamente la cita pero como un dato más, aparte de que además rechaza la aplicación de la resolución de 24 de julio de 2007.

2º En cuanto a la derogación por la Ley 50/1998 de la disposición transitoria Quinta de la LOSSP, como ya se ha adelantado (vid. supra Fundamento de Derecho Cuarto.6º) no es cierto que fuese derogada esa ley: lo que derogó fue sólo el último párrafo del apartado 3 de la disposición transitoria Quinta, que tenía por destinatarios a los que ejerzan una actividad por cuenta propia y estén colegiados en un colegio profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en el RETA. En ese caso preveía que si transcurren los cinco años a los que se refiere la disposición transitoria quinta 3.1º, esos profesionales deberían solicitar la afiliación y/o el alta en el RETA si es que optasen por no permanecer en la mutualidad que hubiera establecido el colegio.

3º Es con el nuevo texto refundido de la LOSSP aprobado por el Real Decreto-legislativo 6/2004 cuando se derogará por entero la disposición transitoria quinta de la LOSSP; de ahí que sea ilógico lo sostenido por la recurrente pues no tendría sentido que la misma Ley 50/1998 que introduce una regulación - la disposición adicional decimoquinta que se basa en los tiempos de adaptación de la disposición transitoria quinta - derogue sus propias previsiones, entre ellas la remisión que hace el apartado

2.2º de la disposición adicional decimoquinta que introduce a la disposición transitoria Quinta 3 .

4º Pues bien, al referirse la sentencia impugnada a la extemporaneidad de la solicitud de la AMIC hay que señalar -ya se advirtió en el Fundamento de Derecho Cuarto 3º- que tal disposición, por compleja redacción tiene adherencias propias de un régimen transitorio y que lo que tiene de disposición adicional son las previsiones cuyos destinatarios son los profesionales colegiados, pero su regulación parte de la premisa de estar a las mutualidades de previsión social alternativas al RETA constituidas al 10 de noviembre de 1995, con la consiguiente llamada a su adaptación estatutaria, de ahí la remisión que hace a su disposición transitoria quinta.

5º Desde estas premisas, que la AMIC lograrse por medio de la resolución de 26 de octubre de 1999 lo que logró - y es algo ya inatacable - no permite extender lo conseguido más allá de las previsiones y de la lógica tanto sustantiva como temporal de la disposición adicional decimoquinta: no es lo mismo que esa resolución que toma como precedente - y como término de comparación a efectos de la igualdad en la aplicación de la ley - se dictase dentro de los cinco años siguientes desde el 1 de enero de 1999, que intentar su aplicación a raíz de solicitud de 28 de diciembre de 2012, que da lugar a los actos impugnados en la instancia.

6º Por esta razón que se derogase en 2004 la disposición transitoria quinta nada añade, pues es cierto que el sentido de la disposición adicional decimoquinta tiene una aplicación indefinida, es más, se mantiene en la actualidad pese a la derogación de la LOSSP tal y como se ha dicho en el Fundamento de Derecho Cuarto 5º, pero tal vigencia debe predicarse ante todo de los profesionales colegiados más que de las mutualidades, pues parte de la base de que en esa fecha esas mutualidades de previsión alternativas al RETA existentes al 10 de noviembre de 1995 ya han adaptado los estatutos al nuevo régimen de opcionalidad.

7º Finalmente no deja de ser contradictorio que invoque como precedente a su favor la resolución de 26 de octubre de 1999 - aquella que adoptó el criterio “flexible” ya citado - cuando lo que decide a favor de la AMIC lo condiciona al periodo de adaptación de la disposición transitoria Quinta de la LOSSP, luego al aspecto en que no se derogó.

(...).».

* STS núm 1880/2017 de 30 noviembre (Cont.-Admvo) (RJ 2017, 5133)

Ponente: Angel Arozamena Laso

Resumen: *Mutualidades de Previsión Social. Desde el punto de vista de su configuración y régimen jurídico positivo, las mutualidades de previsión social se presentan como una de las formas que pueden adoptar las entidades privadas para ejercer la actividad aseguradora, concretamente en una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria del sistema de Seguridad Social obligatoria, y en este sentido se pueden calificar con toda propiedad como empresas aseguradoras que, como tales, se mueven dentro del ámbito del Derecho Mercantil.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- (...)

A) La Generalitat de Catalunya ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo inicialmente contra:

1º) el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante RDOSEAR), publicado en el BOE de 2 de diciembre de 2015; y

2º) la desestimación presunta del requerimiento previo formulado el 2 de febrero de 2016 por el Vicepresidente del Gobierno y Consejero de Economía y Hacienda de la Generalitat de Catalunya en relación con la letra b) de la disposición final novena del citado Real Decreto 1060/2015, en cuanto hace referencia al artículo 44 y al Capítulo V del Título III del mismo, por cuánto le otorga el carácter de legislación mercantil cuando han de ser bases de la ordenación de los seguros y las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica conforme a aquello previsto en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El Real Decreto impugnado lleva a cabo, junto con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en lo sucesivo, LOSSEAR), la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de seguros y reaseguros y su ejercicio (directiva “Solvencia II”), que había sido modificada por diversas directivas posteriores. Ambas normas, LOSSEAR y RDOSEAR, que entraron en vigor el 1 de enero de 2016, han derogado, prácticamente en su totalidad, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, y el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento que desarrolla la citada Ley.

Pues bien, la disposición adicional novena del RDOSEAR atribuye en su letra b) el carácter de legislación mercantil, entre otros preceptos, al artículo 44 (“Requisitos generales del sistema de gobierno”) y al Capítulo V del Título III del mismo (“Operaciones societarias”), dado que se dice ahí que esas normas se dictan al amparo del artículo 149.1.6º de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil.

B) No conforme con la incardinación de dichas normas dentro del referido título competencial, la Generalidad de Cataluña formuló el requerimiento previsto en el artículo 44.1 de la LJCA, en relación con los citados preceptos del RDOSEAR. En este requerimiento, la Generalidad sostenía que los preceptos controvertidos carecen de acogida competencial en el artículo 149.1.6ª, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, y sólo pueden entenderse dictados al amparo de la competencia que tiene atribuida el Estado para establecer las bases de la ordenación de los seguros y las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente. Sobre esta base, afirmaba la Generalidad que el reglamento cuestionado se extralimita respecto a la Ley 20/2015, desde el momento que ha introducido la aplicación de la legislación mercantil a una materia que la Ley le otorgaba el carácter de bases. Por tanto -concluía la requirente- el Real Decreto en cuestión es nulo en tanto en cuanto no respeta lo expresado en la Ley 20/2015, al estipular un título competencial diferente al fijado en dicha Ley.

En este sentido, añadía el requerimiento que la habilitación competencial que el Real Decreto establece a la legislación mercantil implica la imposibilidad de aplicar aquello previsto en una norma de rango superior, cómo es en determinados aspectos la Ley autonómica 10/2003, de 13 de junio, sobre mutualidades de previsión social, o la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, de aplicación supletoria a los procesos de fusiones o escisiones entre mutualidades de previsión social.

Solicitaba, por tanto, la requirente que derogase o declarase nula la letra b) de la disposición final novena del Real Decreto 1060/2015, en relación a la referencia al artículo 44 y al Capítulo V del Título III del mencionado Real Decreto, por cuánto le otorga el carácter de legislación mercantil cuando habrían de ser bases de la ordenación de los seguros y las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica conforme a lo previsto en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

No habiendo sido contestado en plazo dicho requerimiento, interpuso el presente recurso.

C) Posteriormente, ya en fecha 17 de junio de 2016, el Consejo de Ministros dictó Acuerdo estimando parcialmente el requerimiento, aunque manteniendo el

carácter de legislación mercantil - artículo 149.1.6º CE - respecto de los artículos siguientes:

- artículo 99 (regulador de las cesiones de cartera entre entidades aseguradoras);
- artículo 106 (regulador de la transformación de entidades aseguradoras);
- artículo 109 (regulador de las fusiones entre entidades aseguradoras);
- artículo 112 (regulador de las cesiones globales de activo y pasivo entre entidades aseguradoras), y
- artículo 113, apartados 1 y 2 (regulador de la escisión de entidades aseguradoras). Para el segundo párrafo del apartado 2 acepta el requerimiento y señala que se entiende dictado al amparo de las competencias que el artículo 149.1 apartados 11º y 13º, CE, atribuye al Estado.

El Acuerdo del Consejo de Ministros constata que a estos preceptos se les atribuye carácter mercantil en el reglamento, mientras que, por el contrario, en la Ley que el reglamento desarrolla los preceptos correlativos no se amparan en el título competencial atinente a la legislación mercantil. Por tal razón, hace un recorrido por los preceptos reglamentarios caracterizados en el reglamento como mercantiles, reconociendo que parte de ellos -no así los que se acaban de apuntar-, ciertamente no se caracterizan como mercantiles, sino que deben entenderse dictados al amparo del artículo 149.1, apartados 11º y 13º de la Constitución. Sin embargo, mantiene la naturaleza mercantil y la consiguiente incardinación en el título competencial del artículo 149.1.6º CE de los artículos indicados, con base en la doctrina constitucional que ha perfilado este título competencial, plasmada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que el Acuerdo cita y transcribe en cuanto interesa. Señala, en este sentido, el Acuerdo del Consejo de Ministros que de acuerdo con esa doctrina constitucional el hecho de que la Comunidad Autónoma de Cataluña ostente competencia exclusiva sobre esta tipología de mutualidades no impide que la regulación de las mutualidades deba respetar la normativa mercantil estatal en la medida que les sea aplicable. Así, razona el Acuerdo del Consejo de Ministros lo siguiente:

«Consecuentemente, a pesar de que su estatuto de autonomía atribuya a Cataluña competencia exclusiva sobre la organización y funcionamiento de las mutualidades de previsión social, la regulación de las mismas deberá respetar la legislación mercantil en su integridad en la medida en que sea aplicable al mutualismo de previsión social, lo que debe suponer necesariamente, al ser la normativa cuestionada indudablemente mercantil, que la regulación autonómica en materia de mutualidades se deba interpretar respetando las previsiones contenidas en el RDOSSEAR». (Es precisamente el inciso que dice “al ser la normativa cuestionada indudablemente mercantil” donde, como veremos, se sitúa el núcleo de la presente controversia).

Por lo demás, aborda el Acuerdo del Consejo de Ministros el problema de que el reglamento reconduce hacia el artículo 149.1.6º una regulación a la que la Ley no daba tal carácter sino que incluía en el ámbito de los apartados 11º y 13º del mismo artículo 149.1.

Sobre este particular, insiste en que aquellos preceptos incorporan una regulación de naturaleza mercantil, y sentado esto recuerda la doctrina constitucional que ha declarado que las competencias son indisponibles e irrenunciables, y operan *ope constitutionis*, con independencia de que el legislador estatal o el autonómico hagan invocación explícita de las mismas. Por eso -razona el Acuerdo- el orden de competencias debe ser determinado no en función de las alegaciones de las partes, sino en atención a los criterios objetivos que sobre cada materia establecen la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes a los que estos y aquella se remiten.

En definitiva, a tenor de lo expuesto, el Acuerdo del Consejo de Ministros estima parcialmente el requerimiento, retirando el carácter mercantil de los preceptos así calificados en la letra b) de la disposición final novena del Real Decreto 1060/2015, por entender que los mismos deben entenderse dictados al amparo de las competencias que establece el artículo 149.1, 11º y 13º, CE; salvo los artículos 99, 106, 109, 112 y 113, apartados 1 y 2, que se mantienen bajo el abrigo del artículo 149.1.6º CE.

D) A la vista de este Acuerdo del Consejo de Ministros, la Dirección General de Política Financiera, Seguros y Tesoro de la Generalidad de Cataluña emitió informe interesando el mantenimiento del recurso contencioso-administrativo respecto de estos artículos, y desistiendo del recurso respecto de los demás. Centrándose en los artículos cuya inclusión en el ámbito del artículo 149.1.6º se mantenía, señalaba este informe que el *quid* de la controversia radicaba precisamente en la afirmación del Consejo de Ministros de que la materia regulada en dichos preceptos es “indudablemente mercantil”, tesis esta que se consideraba contraria a Derecho.

De acuerdo con lo indicado en dicho informe, asumido por los servicios jurídicos de la Generalidad, se amplió el recurso contencioso administrativo al tan citado Acuerdo del Consejo de Ministros.

E) Así pues, la demanda se centra exclusivamente en los artículos 99, 106, 109, 112 y en los apartados 1 y 2 del artículo 113, todos ellos en relación a la disposición final novena, letra b), del RDOSEAR.

(...)

SEGUNDO.- Sobre la desviación procesal del recurso de la Generalidad de Cataluña.

(...)

TERCERO.- Sobre la interpretación del artículo 149.1.6º de la CE y el encaje de los preceptos impugnados en el título competencial establecido en este artículo: “legislación mercantil”.

A) Como se ha apuntado, y la propia parte recurrente no deja de reconocer, el núcleo de la controversia radica en determinar si los artículos 99, 106, 109, 112 y apartados 1 y 2 del artículo 113 tienen o no acomodo o encaje en el artículo 149.1.6 de la Constitución, que como sabemos califica como competencia exclusiva del Estado la materia de “legislación mercantil”.

B) Hay que anticipar, a este respecto, que realmente no existe discusión entre las partes en torno a que por mucho que el Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuya a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva “sobre la estructura, la organización y el funcionamiento de las mutualidades de previsión social no integradas en el sistema de Seguridad Social”, aun así, las mutualidades de previsión social se rigen y no pueden dejar de regirse por la normativa legítimamente aprobada por el Estado con base en la habilitación competencial del artículo 149.1.6º CE . La Comunidad Autónoma de Cataluña, recurrente, no niega este marco competencial, al contrario, viene a asumirlo; y es que realmente basta repasar las sentencias del Tribunal Constitucional oportunamente traídas a colación por el Abogado del Estado en su contestación para constatarlo. Lo que pasa es que la Comunidad Autónoma recurrente niega que los preceptos a los que extiende su impugnación, puestos en relación con la letra b) de la disposición final novena del mismo reglamento, tengan naturaleza mercantil, y sobre la base de esta afirmación rechaza que puedan sostenerse en ese título competencial del artículo 149.1.6º.

C) Sin embargo, el argumento principal sobre el que construye su tesis no puede merecer acogida favorable.

Aduce la Generalidad con insistencia que las mutualidades de previsión social no se rigen propiamente por normas mercantiles porque no son entidades con ánimo de lucro sino que responden a un sistema de solidaridad mutua entre sus asociados al margen de tal ánimo, por lo que se caracterizan no como sociedades de capital sometidas al Derecho Mercantil sino como entidades asociativas sujetas al Derecho Civil o en su caso Administrativo. Empero, frente a este argumento, lo cierto es que desde el punto de vista de su configuración y régimen jurídico positivo, que es el que ahora importa, las mutualidades de previsión social se presentan como una de las formas que pueden adoptar las entidades privadas para ejercer la actividad aseguradora, concretamente en una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria del sistema de Seguridad Social obligatoria, y en este sentido se pueden calificar con toda propiedad como empresas aseguradoras que, como tales, se mueven dentro del ámbito del Derecho Mercantil, entendido como el área jurídica que disciplina la actividad de

los operadores del mercado que desarrollen cualquier actividad económica de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, y no sólo la actividad de los empresarios o comerciantes guiados por el ánimo de lucro.

No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que como explica la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007 (RC 4341/2000), la actuación de las mutualidades de previsión social está condicionada por la interacción entre los derechos que derivan de la condición de asegurado de los socios y los que derivan de la condición de mutualista que simultáneamente ostentan, la cual es inseparable de aquélla. Dada esta vinculación entre la condición de mutualista y la de tomador de seguro o asegurado, se entiende que, sin perjuicio de las normas aplicables al mutualista en su condición de socio, es de aplicación la normativa rectora del contrato de seguro a la relación jurídica que deriva de su condición de tomador de seguro o asegurado, sin perjuicio de los pactos convenidos en los reglamentos o las pólizas convenidas con la mutualidad, en cuanto sean compatibles con el régimen específico que deriva de los principios inherentes al carácter colectivo y mutual mediante el que se gestiona el aseguramiento.

Precisamente porque se trata de entidades dedicadas a la actividad aseguradora, de este dato deriva la posibilidad de que el Estado pueda abordar su regulación, por supuesto mediante la fijación de las bases de ordenación del seguro (artículo 149.1.11º), pero también por medio de otros títulos competenciales como la legislación mercantil o las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, ex artículo 149.1, apartados 6º y 13º, de la Constitución (STS, Sala Tercera, de 10 de octubre de 2006, RCA 86/2003, interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social, con abundante cita de doctrina constitucional sobre la cuestión).

D) Contemplada la cuestión desde una perspectiva histórica, la evolución de las normas que han regulado estas mutualidades se ha movido en términos de progresiva afirmación y afianzamiento de su carácter de empresas aseguradoras, por mucho que las mutualidades de previsión social se distinguen en diversos aspectos de las compañías de seguros típicas, destacadamente por el hecho de que a estas últimas les guía el propósito de maximizar sus beneficios, a diferencia de aquellas, que carecen de ánimo de lucro; y porque las mutualidades se gobiernan y gestionan no conforme al modelo de las sociedades de capital características, sino conforme al principio de participación democrática, autogestión y solidaridad. Por encima de esta y otras diferencias, las compañías de seguros y las mutualidades comparten la nota común de que asumen riesgos por cuenta del asegurado a cambio de una prima, y en este sentido convergen en la oferta de servicios que realizan.

Así lo ha entendido el legislador español a partir de la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado, de 2 de agosto de 1984, que consideró a las mutualidades como entidades aseguradoras, por más que especiales, y las sometió al mismo mecanismo de supervisión y control que las compañías de seguros; marcando una línea que seguiría la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviembre de 1995. Así, la Ley de 1995 definía a las mutualidades como entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social, y la actual Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, incorpora la misma regulación en sus artículos 27 y 43, incluyendo las mutualidades dentro de las llamadas “entidades aseguradoras y reaseguradoras”.

Así las cosas, no cabe duda de que las mutualidades de previsión social, como entidades aseguradoras que son, aun con sus singularidades, desarrollan su actividad principal dentro del ámbito del Derecho Mercantil, y por ende no les puede ser ajeno el título competencial del artículo 149.1.6º CE .

E) Partiendo de esta base, es verdad que la doctrina constitucional ha señalado (así, v.gr., en STC 37/1997 de 27 de febrero) que debe distinguirse, de un lado, lo que es regulación de las relaciones *inter privados*, y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales -mediante, por ejemplo, actividades de policía administrativa (o de establecimiento de servicios de vigilancia, inspección o régimen disciplinario -; siendo el primer tipo de regulaciones el que se ha encuadrado en la materia de legislación mercantil. Ahora bien, esta doctrina constitucional no se opone a la previsión de la letra b) de la disposición final novena del reglamento impugnado, en cuanto se refiere a la incardinación en el artículo 149.1.6º de los preceptos aquí concernidos. Así es, dichos preceptos regulan diferentes supuestos de modificaciones estructurales de las peculiares entidades aseguradoras que son las mutualidades de previsión social, y en tal concepto atañen al ámbito de las relaciones de Derecho privado, en la medida que regulan aspectos de la gestión personal y patrimonial de estas entidades (caracterizadas por su forma autogestionaria y democrática de funcionamiento) que se desenvuelven conforme a normas de Derecho básicamente dispositivo.

Los preceptos controvertidos en este recurso se refieren todos ellos a aspectos estructurales, operaciones societarias características (transformación, cesión de carteras de entidades aseguradoras -cesión de activos y/o pasivos-, fusiones y escisiones), de ahí que el artículo 89.3 de la Ley 20/2015, del que es reglamento ejecutivo el Real Decreto 1020/2015, remita, supletoriamente, a la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles que regula de forma precisa, con independencia del tipo de sociedad, las alteraciones de la sociedad que van más allá de la mera reforma estatutaria por afectar a su estructura patrimonial o personal.

Realmente, las modificaciones estructurales que se contemplan en esos preceptos encajan en el ámbito del Derecho Mercantil del mismo modo que lo hacen las modificaciones estructurales de cualquier otra modalidad de entidad aseguradora y en general de todas las entidades que ofrecen bienes y servicios en el mercado, que se incardinan pacíficamente en el ordenamiento mercantil. No está de más recordar, con la STC 133/1997, de 16 de julio, que los criterios para trazar los límites entre la legislación mercantil y la correspondiente a otras ramas del Derecho “son oscilantes”; y es que la propia noción de Derecho Mercantil no es esencial sino existencial, esto es, histórica, fruto de la evolución de la ciencia jurídica en cada momento y de una división de la ciencia del derecho por áreas, que tiene por base no tanto esencias ontológicas como consideraciones convencionales derivadas de las limitaciones de los juristas para abarcar todas las facetas del saber jurídico. Desde esa perspectiva histórica y existencial, las materias reguladas en los artículos implicados encajan sin violencia dentro de lo que en nuestro desarrollo jurídico conceptuamos como legislación mercantil.

Viene al caso reiterar la doctrina constitucional, concretamente la mencionada STC 133/1997, de 16 de julio, que explica que la reserva al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación mercantil ex artículo 149.1.6º CE se justifica por cuanto que “la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado”. Y, en análogo sentido, STC 26/2012, de 1 de marzo.

Las normas reglamentarias aquí cuestionadas se sitúan en este contexto de salvaguardia del principio de unidad de mercado, en tanto en cuanto regulan aspectos de la vida asociativa de las empresas aseguradoras (cesión de carteras, transformación, fusión...) típicamente mercantiles que sin duda afectan a la preservación del sistema asegurador como una unidad reconocible a nivel nacional.

F) Invoca el Abogado del Estado las SSTC 86/1989, de 11 de mayo y 215/2012, de 14 de noviembre. Aduce que la cuestionada atribución competencial no menoscaba las competencias de las Comunidades Autónomas y, por tanto, no menoscaba la competencia atribuida a la Generalidad de Cataluña en los artículos 126 y 129 de su Estatuto de Autonomía.

La STC 86/1989 dice:

«3. Pero además, y dadas las cuestiones que se plantean en los presentes recursos acumulados conviene examinar también la concurrencia de otros títulos competenciales, junto al derivado del art. 149.1.11 C.E.

a) El Estado posee, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.6 C.E., competencia exclusiva en materia de legislación mercantil. Si bien en ninguno de los dos recursos se discute la misma en términos generales, el Gobierno vasco plantea su no

operatividad respecto al mutualismo de previsión no integrado en la Seguridad Social. Sin embargo, ambos Estatutos contemplan expresamente la legislación mercantil como límite en dicha materia (arts. 10.23 EAPV y 9.21 EAC), sin que las razones esgrimidas por dicho Gobierno puedan prevalecer sobre una expresa previsión estatutaria. Ciertamente, y como indica el representante del Gobierno vasco, no es la legislación mercantil un título para fijar bases sobre mutualidades, pero también es evidente que las Comunidades Autónomas deberán respetar esa legislación en su integridad en la medida en que sea aplicable al mutualismo de previsión social».

Y la STC 215/2012, precisamente sobre la Ley catalana 10/2003, de mutualidades de previsión social, en la que se sienta doctrina que ya contempla los artículos 126 y 129 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña y donde se dice:

«a) (...) Si bien la ley autonómica ahora controvertida se aprobó en ejercicio de la competencia exclusiva sobre “mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social, respetando la legislación mercantil”, atribuida a la Generalitat de Cataluña por el art. 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, el juicio sobre su validez ha de formularse teniendo presente lo dispuesto en relación con dicha competencia autonómica en el art. 126 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio).

En lo que ahora estrictamente interesa, el art. 126 del Estatuto de Autonomía de Cataluña reformado, rubricado “crédito, banca, seguros y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social”, atribuye a la Generalitat “la competencia exclusiva sobre la estructura, la organización y el funcionamiento de las mutualidades de previsión social no integradas en el sistema de Seguridad Social” (apartado primero), así como la “competencia compartida sobre la actividad de [estas] entidades... Esta competencia incluye los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal” (apartado tercero).

La calificación estatutaria de la competencia autonómica como “compartida” significa “su sometimiento a las competencias del Estado para el dictado de normas básicas (en lo esencial, art. 149.1.11 y 13), sin que, obviamente, tal calificación pueda impedir la incidencia que sobre la competencia autonómica puedan tener las competencias concurrentes estatales, en especial sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE)” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 72).

b) En la actualidad, las bases estatales relativas a la actividad de las mutualidades de previsión social se encuentran en el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que, en este punto, se limita a reproducir las disposiciones anteriormente incluidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión

de los seguros privados. Pues bien, interesa recordar que la constitucionalidad de estas disposiciones básicas estatales ya fue examinada en la STC 173/2005, de 23 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 453-1996, citado en los antecedentes, y cuyos pronunciamientos habremos de tener muy presentes. En efecto, es clara la especial relevancia que dicha Sentencia reviste para la presente resolución, hasta el punto de que el Abogado de la Generalitat de Cataluña ha llegado a caracterizar el presente proceso constitucional como el “reverso” del resuelto en la citada STC 173/2005».

En conclusión, existe doctrina constitucional que explica el significado del término “legislación mercantil” utilizado por el artículo 149.1.6º de la Constitución ; y existe también doctrina constitucional que señala que, no obstante la competencia de las Comunidades Autónomas sobre mutualidades de previsión social, la misma, incluso si es exclusiva, no obsta a la aplicación y sometimiento a las normas mercantiles aprobadas por el Estado en ejercicio de la reseñada competencia constitucional. Desde esta perspectiva, las normas impugnadas respetan la competencia de la Generalidad de Cataluña puesto que se ciñen a esos aspectos mercantiles y, por tanto, no vulneran los artículos 126 y 129 del Estatuto de Autonomía.

G) En definitiva, una vez sentado que las normas controvertidas tienen correcto encaje en el artículo 149.1.6º de la Constitución tantas veces mencionado, de esta conclusión deriva, a su vez, que no se ha producido ninguna invasión o vulneración de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma recurrente en los artículos 126 - “Crédito, banca, seguros y mutualidades no integrados en el sistema de seguridad social” - y 129 - “Derecho civil” - de su Estatuto de Autonomía.

Como se ha indicado, la propia parte recurrente no deja de reconocer que el artículo 149.1.6º no resulta ajeno a la determinación del régimen jurídico de las mutualidades de previsión social, por lo que si, como es el caso, la regulación estatal se desenvuelve en ese terreno competencial, dicha regulación se insertará pacíficamente en el bloque regulatorio de esas mutualidades conforme al juego habitual de las competencias concurrentes, estatal y autonómica, sobre una misma realidad material.

Si la especialidad de las mutualidades de previsión social no las sustrae de la determinación de las bases de la actividad aseguradora por desarrollar la actividad de aseguramiento, no obstante la competencia exclusiva reconocida en los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas (en el recurso resuelto por la citada STC 86/1989, País Vasco y Cataluña), con mayor razón, quedarán sujetas al cumplimiento de las normas mercantiles fijadas por el Estado en ejercicio de la competencia exclusiva del artículo 149.1.6º de la Constitución».

IV. ASOCIACIONES

* STS núm. 1002/2017 de 6 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 2739)

Ponente: Pedro José Yagüe Gil

Resumen: *Procedencia de la denegación de declaración de utilidad pública por falta de promoción del interés general al ser los servicios y actividades que presta (la Asociación) en realidad servicios onerosos de naturaleza privada, que se prestan a cambio de una contraprestación y que no tienen ni pueden tener categoría de servicio público. Falta de prueba de que los ingresos que obtiene la asociación de las contraprestaciones de sus servicios a terceros se reinviertan en los mismos fines de interés público que constituyen su objeto social.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación nº 122/2015 la sentencia dictada en fecha 5 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Quinta), y en su recurso contencioso-administrativo nº 420/2012, por medio de la cual se desestimó el formulado por la “Asociación para el desarrollo de la Ingeniería del Conocimiento” contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 5 de septiembre de 2012, que denegó la solicitud de declaración de utilidad pública formulada por dicha Asociación.

Tras un informe favorable del Ministerio de Educación y Ciencia y uno desfavorable del Ministerio de Hacienda, la resolución impugnada denegó la solicitud de declaración de utilidad pública con base, en sustancia, en el argumento de que “los servicios y actividades que presta (la Asociación) son en realidad servicios onerosos de naturaleza privada, que se prestan a cambio de una contraprestación y que no tienen ni pueden tener categoría de servicio público; por tanto, la Asociación peticionaria no cumple el requisito establecido en el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, es decir, que los fines estatutarios tienden a promover el interés general”.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso-administrativo

(...)

TERCERO.- Contra esa sentencia ha formulado la Asociación demandante el presente recurso de casación, en el que articula un motivo de impugnación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, así como de la jurisprudencia establecida en

las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011 (recurso nº 4031/2008) y de 15 de diciembre de 2011 (recurso nº 4216/2009).

La tesis de la parte recurrente es que la sentencia de instancia (y la resolución administrativa confirmada por ella) se equivoca cuando afirma, como base de la desestimación del recurso contencioso-administrativo, que la obtención de un rendimiento económico por la realización de una actividad, automáticamente excluye a asociaciones que pueden ser consideradas de interés general, sino que, a estos efectos, conforme a la jurisprudencia “a la que se ha hecho mención, lo determinante no es que reciba o no una contraprestación económica, sino cuál sea el objeto de la actividad; esto es, si puede afirmarse que dicha actividad viene a satisfacer necesidades u objetivos de interés general, aspecto que concurre en las actividades de investigación científica según el artículo 32.1.a) de la LO 1/2002. Y, junto con ello, resulta relevante analizar a qué fin destina la remuneración que obtiene. Si se comprueba que ese destino es el cumplimiento de sus propios fines (la investigación científica), esto es, la reinversión de esa contraprestación en el mantenimiento de su propia actividad, nada obstará en este punto para que la asociación en cuestión sea declarada de utilidad pública”.

CUARTO.- Tal como dice nuestra jurisprudencia (v.g. sentencias citadas por la parte recurrente, de 22 de noviembre de 2011 -casación 4031/2008- y de 15 de diciembre de 2011 - casación 4216/2009, y las de 30 de enero de 2015 -casación 2745/2012 -, de 14 de mayo de 2015 - casación 3673/2012-, de 1 de abril de 2015 - casación 3231/2015 -, y de 13 de julio de 2015 - casación 3175/2012 -), “ lo decisivo para la calificación de una asociación como de interés general, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala mencionada por la Sentencia recurrida, es que concurren los requisitos establecidos en el artículo 32.1 de la Ley Orgánica de Asociaciones, no si obtiene o no beneficios por algunas de sus actividades (Sentencias de esta Sala de 22 de noviembre de 2011 – RC 4.031/2008-, de 15 de diciembre de 2.011 - RC 4.216/2009 - y de 30 de enero de 2015 – RC 2.745/2012 -).

En definitiva, lo que prima es que su objetivo sea el cumplimiento de las finalidades contempladas en el apartado 1.a) del artículo 32 de la referida Ley y no una finalidad comercial o de lucro. No entraría dentro de las entidades comprendidas en el citado artículo una sociedad mercantil con ánimo de lucro por esta misma circunstancia, aunque su actividad fuese beneficiosa para el interés general (un hospital, por emplear el ejemplo propuesto por el Abogado del Estado) o aunque no repartiera beneficios entre sus propietarios; siendo una sociedad con ánimo de lucro, la reinversión de los beneficios en la propia sociedad incrementaría el valor de la misma y, por tanto, el patrimonio de sus titulares. O, dicho de otro modo, las asociaciones de interés general no pueden tener una finalidad de lucro, pero ello no obsta a que

puedan desarrollar actividades remuneradas en beneficio de su finalidad de interés general”. (Sentencia de 7 de julio de 2015 -casación 3175/2012).

También hemos dicho en esa jurisprudencia que “no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceputar que la asociación que lo presta carezca de interés general, por cuanto que para ello habrá que tener en cuenta las actividades que realiza para el cumplimiento de su objeto social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino al que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener”. (SSTS de 22 de noviembre de 2011 -casación 4031/2008 - y de 15 de diciembre de 2011 - casación 4216/2009).

QUINTO.- El problema que se plantea en este pleito es que la Sala de instancia ha entendido (en valoración de la prueba, que es de su incumbencia) que la parte actora no ha probado que los ingresos que obtiene de las contraprestaciones de sus servicios a terceros se reinviertan en los mismos fines de interés público que constituyen su objeto social. (A diferencia de lo que ocurría en los casos resueltos por las sentencias de este Tribunal Supremo que cita la parte recurrente -y que nosotros acabamos de mencionar- pues en esas sentencias los propios Estatutos imponían tal reinversión, como puede verse).

Las cosas no suceden así en este caso. La Sala de instancia hace la siguiente valoración de la prueba sobre este extremo:

“En efecto igualmente hemos de tener en consideración, y así se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2011, recurso de casación 4031/2008, el hecho de que se generen beneficios económicos no debe llevar a confusión, siempre que se reinviertan como objetivo final en esa actividad de interés general.

Veamos:

a) El art. 33 de los Estatutos, a juicio de la actora, denota que la actividad económica realizada se reinvierte en la realización de los fines estatuarios.

Su lectura lo que denota son las fuentes de ingresos que se pueden hacer valer para en funcionamiento de la entidad y realización de sus trabajos, su régimen económico, al decir:

Constituirán bienes y recursos de la Asociación para el cumplimiento de sus fines:

1.- Las cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias que se aprobaren con carácter general o para la atención de fines o actividades concretas.

2.- Los bienes, acciones y derechos que la Asociación adquiera por cualquier título incluso donaciones, subvenciones, herencias y cualesquiera otros medios de análoga significación o naturaleza.

3.- Los ingresos procedentes de ventas de publicaciones y de la prestación de servicios por parte de la Asociación.

4.- Los intereses, frutos y rentas y productos de cuantos bienes, acciones y derechos se integren en el patrimonio de la Asociación.

b) Igualmente se nos dice que a los folios 48, 61, 82 y 83 del expediente, relativos a las Cuentas de la Asociación, también se desprende que la actora reinvierte la totalidad de las actividades económicas en la realización de sus fines. Lo que sintetiza como hemos visto en que “se aprovechan las ventajas de las sinergias del mercado para la mejor consecución de fines de interés general”.

En el presente caso, respecto a esas referencias a los folios 48 (normas de registro y valoración, de acuerdo al Plan General de Contabilidad) folio 61 (fondos propios, en el encuadra el Fondo Social en que revierte beneficio o se minorará si no es positivo, y situación fiscal de retenciones a no residentes de clientes latino americanos de los años 2009 y 2010) y folios 82 y 83 (relativo a la propuesta de aplicación de resultados del ejercicio 2008 y 2009, este último en blanco en orden a los datos) en nada denotan que reinvierte la totalidad de las actividades económicas en la realización de sus fines, al menos como aquí sería exigible. Como se ha apuntado en sentencia de 20 de junio de 2012, recurso 2160/2009.

“En la propias memorias económicas y como obra en el expediente, no constan los datos económicos, de modo claro e inequívoco, que gocen del rigor que sería exigible a aquel que pretende los beneficios derivados de la declaración de utilidad pública y para lo que no basta con las declaraciones de fines en los estatutos, en el sentido de que sus ingresos se reinviertan como objetivo final en esa actividad de interés general y abierta a la sociedad, no a los socios”.

Por el contrario, la administración si realiza un análisis de las cuentas y actividades, y en modo alguno extrae esa consecuencia de que el beneficio vaya íntegro a la reinversión, antes al contrario, descarta en todo caso el carácter de servicio público que sirva a un interés general, y lo encuadra como servicios privados a cambio de contraprestaciones entre la actora y sus clientes. Al decir los ingresos de la entidad proceden prácticamente de prestaciones de servicio con contraprestación económica, a través de la comercialización de las aplicaciones fruto de los proyectos de investigación y los servicios prestados, contabilizando la entidad los ingresos obtenidos por estos conceptos como ingresos mercantiles (importe neto de la cifra de negocios.”

Esta valoración de la prueba hecha por la Sala de la Audiencia Nacional debe prevalecer en casación, ya que no se ataca por ser (ni lo es) arbitraria, irrazonable o contradictoria, ni se impugna por infringir alguno de los preceptos legales que otorgan fuerza privilegiada a ciertos medios probatorios (que son los únicos supuestos en que la valoración de la prueba puede atacarse en casación, según nuestra jurisprudencia).

Y es que el precepto de los Estatutos al que se remite la parte recurrente (artículo 33) y los folios 48, 61, 82 y 83 del expediente, relativos a las Cuentas de la Asociación,

no prueba -como dice la sentencia recurrida- que los ingresos obtenidos en pago de los servicios que presta se reinviertan totalmente en los propios fines de interés público, sin cuyo requisito no puede hablarse de servicio público que esté en la base de un interés general.

(En concreto, que el artículo 33 de los Estatutos diga que constituyen bienes y recursos de la Asociación para el cumplimiento de sus fines (...) “los ingresos procedentes de ventas de publicaciones y de la prestación de servicios por parte de la Asociación”, no significa la imposición clara y expresa de la obligación de reinvertir, sino que sólo expresa (como dice la sentencia de instancia), las fuentes de ingresos que se pueden hacer valer para el funcionamiento de la entidad y realización de sus trabajos, su régimen económico.

En definitiva, en los Estatutos de la Asociación no está establecida claramente esta obligación de reinversión, por lo cual ha de confirmarse la sentencia impugnada, y, en consecuencia, la resolución administrativa recurrida».

* STS núm. 1053/2017 de 14 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3161)

Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy

Resumen: *Inscripción en el Registro de asociaciones por silencio administrativo.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Objeto del recurso y motivo.-

Se interpone el presente recurso de casación 3481/2015 por la “Cofraria Sant Vicenç-Associació Parroquial D’Enterraments Sant Vicenç” contra la sentencia núm. 545/15, de 18 de septiembre, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo 406/2012, recurso que había sido interpuesto por la también “Associació D’Enterrament de Sant Vicenç Servei D’Enterrament” (posteriormente denominada “Associació Sant Vicenç de Serveis”), en impugnación de la resolución de la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña, de 18 de octubre de 2012, por la que se desestimaba el recurso interpuesto contra otra anterior de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, por la que se denegaba la inscripción en el Registro de Asociaciones de Cataluña a la mencionada recurrente en la instancia, como continuación de la “Asociación Parroquial Sant Vicenç Servei d’Enterrament”.

(...)

SEGUNDO.- Motivo único del recurso. Silencio positivo. Normativa aplicable.-

El motivo al que ha quedado reducido este recurso, ya antes delimitado, invoca una pluralidad de artículos de diversos textos legales y reglamentarios, de los que se deja constancia en el escrito de interposición, así como a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que también se deja constancia, que se dicen vulnerados por la sentencia de instancia. La invocación de tales preceptos están vinculados a criticar la decisión de la Sala sentenciadora porque, como hemos visto en su trascripción, considera que la recurrente en la instancia ha obtenido la inscripción solicitada en virtud del silencio positivo que rige en materia de inscripciones en el Registro de Asociaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1º, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, a cuyo tenor, después de establecer en su párrafo primero que el plazo de la inscripción en el Registro “ será, en todo caso, de tres meses desde la recepción de la solicitud en el órgano competente “, declara en el segundo que “ transcurrido el plazo de inscripción señalado en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender estimada la solicitud de inscripción.”

A la vista de las normas citadas, se considera por la Sala de instancia en la sentencia recurrida que, por las fechas de las actuaciones que obran en el expediente —que no se cuestionan en vía de casación—, se habría producido el silencio positivo y se termina reconociendo el derecho a la Associació Santvicentina de Serveis en el mencionado Registro de Asociaciones del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

El primero de los argumentos que se hacen en el escrito de interposición del recurso de casación —que constituye un auténtico motivo independiente— está referido a la inaplicación del mencionado precepto porque, se aduce, teniendo la Asociación solicitante de la inscripción la naturaleza de “comunidad religiosa”, queda excluida de la mencionada Ley de Asociaciones, de conformidad con lo establecido en su artículo 1.3º, conforme al cual se regirán por “su legislación específica”, entre otras, “las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas”, como sería el caso de autos. Se sostiene que estas entidades de naturaleza religiosa, se rigen por su legislación específica, en concreto, por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en cuyo artículo 5 se contempla la creación de un Registro público especial en el Ministerio de Justicia, el cual ha sido regulado por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas; completado en cuanto al procedimiento para la inscripción, por el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, que en su artículo 5, según redacción al momento de autos, regulaba el procedimiento para la inscripción en el

Registro de Entidades Religiosas, estableciendo el régimen del silencio positivo, pero con plazo de ausencia de resolución de seis meses. En el razonamiento de la recurrente, el indudable carácter religioso de la asociación en su devenir durante los años de constitución, impide la aplicación de la normativa general de Asociaciones, en contra de lo que se sostiene por la Sala de instancia.

El argumento no puede ser aceptado y ello porque se hace supuesto de la cuestión debatida. En efecto, en la misma argumentación del escrito de interposición se incurre en la contradicción de que la ahora recurrente ha de rechazar los actos previos que sirvieron para solicitar la inscripción que se había denegado por la Administración, es decir, la transformación de la Asociación de religiosa a asociación de carácter civil sujeta a la normativa general de Cataluña. Con todo, es lo cierto que lo solicitado por los promotores de la Asociación, en su nombre, fue la inscripción en el Registro de Asociaciones, y la Administración estaba obligada a decidir esa concreta petición a lo solicitado, es decir, atendiendo a la normativa reguladora de las Asociaciones en general, esto es, en la mencionada Ley Orgánica de 2002 y no a otra legislación.

Es más, si la Administración debiera haber entendido que la norma aplicable no era la expuesta, sino la Ley Orgánica de 1980 para la entidades religiosas, deberá convenirse que no estaba obligada a aplicar el régimen del silencio que para estas se preveía en las disposiciones reglamentarias antes expuestas, sino simplemente haber denegado la inscripción que específicamente se le solicitaba. En suma, el plazo aplicable a la petición efectuada por la Asociación que instó la inscripción era el de tres meses, como acertadamente entendió la Sala de instancia.

TERCERO.- Exclusión del régimen del silencio.-

El segundo argumento que se invoca en el motivo único del recurso de casación en contra de la decisión de la Sala de instancia se refiere al hecho de que, si debiera entenderse aplicable la normativa de las Asociaciones en general, debía haberse rechazado la inscripción, porque la Asociación solicitante aceptaba que pretendía la continuidad de una previa Asociación, cuya transformación en sociedad civil, teniendo la naturaleza e inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, debía haberse denegado la nueva inscripción. Se considera que era inaplicable el régimen del silencio establecido en la Ley Orgánica de 2002 para los supuestos de modificación de Estatutos.

No puede correr mejor suerte que el anterior el motivo expuesto. No hay precepto alguno en las normas mencionadas en la cual se imponga una limitación a la solicitud de inscripción en el Registro de Asociaciones para el caso de modificaciones de estatuto, tan siquiera para supuestos de alteración de la naturaleza de la asociación. Es decir, el régimen del silencio que establece la Ley Orgánica de 2002 ha de ser de aplicación a todas las peticiones que se hagan de inscripción, con independencia

de la causa que traiga la misma. Otra cosa será, y se deja constancia en el penúltimo párrafo del fundamento quinto de la sentencia, que pueda denegarse la inscripción por esas causas, pero en modo alguno excluir la aplicación del régimen del silencio que es lo que se postula.

Y es que, en relación con este argumento y el anterior, lo que en realidad se está cuestionando, no es ya que se debiera haber denegado la inscripción por tratarse de una Asociación de naturaleza religiosa, sino al hecho de que la Administración, durante la tramitación del procedimiento de inscripción, en los tres meses habilitados al efecto, no hiciera esa concreta observación. Pretender hacerlo una vez alcanzado el silencio, genera un debate bien diferente del que se suscita en el motivo del recurso que examinamos.

CUARTO.- Suspensión del plazo del silencio y cómputo del mismo.-

Se aduce en tercer lugar como fundamento del motivo que, aun aceptando que procediera la aplicación del régimen del silencio positivo que se establece en la mencionada Ley Orgánica de 2002, hay un error en el cómputo del plazo de los dos meses que se establecen en su artículo 30.2º, en cuanto ha habido interrupciones en la tramitación que impiden considerar alcanzado el mencionado plazo.

Suscitado el debate en la forma expuesta debemos dejar constancia de que la misma sentencia de instancia acepta que, en efecto, en la tramitación del procedimiento han existido plazos de suspensión motivados, como se declara en el fundamento tercero, lo que remite el debate de autos a la determinación o cómputo que se hace por la Sala de instancia del mencionado cómputo, excluidos los periodos de suspensión.

No puede correr el presente argumento mejor suerte que los anteriores y baste para ello con dejar constancia de que si no se cuestionan los plazos que toma en consideración la propia Sala de instancia en la sentencia, que no se han cuestionado por la vía casacional oportuna; debe hacerse constar que si la “solicitud (fue) presentada el 24 de marzo de 2010”, como se dice al inicio del fundamento tercero, deberá convenirse que ya se habría producido el silencio el mismo día del mes de junio, por lo que si no hay actuación alguna hasta el día 3 de agosto, precisamente solicitando la certificación del silencio positivo, ya se habría producido el silencio.

Bien es verdad que la misma sentencia hace referencia a que la propia solicitante de la inscripción presentó en fecha 20 de abril de ese mismo año de 2010 “un acta de reunión extraordinaria de la Associació parroquial Sant Vicenç Serveis d'Enterraments, de 16 de diciembre de 2009, en la que se resolvió sobre el carácter civil o canónico de la misma (folio 23 y siguientes)”, pero dicha actuación no había sido requerida por la Administración, por lo que no puede suponer la suspensión del plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en todo caso, desde esa fecha también habría transcurrido el mencionado plazo trimestral.

QUINTO.- Actuación en fraude de ley.-

El último de los argumentos que se aducen en el único motivo del recurso que ha sido admitido apunta a una actuación de la Asociación solicitante de la inscripción en fraude de ley. Se aduce en este sentido que la actuación de la Asociación instando la inscripción en el Registro de Asociaciones de Cataluña estaba basada en una actuación que debía considerarse en fraude de ley, estimando que ello es así porque ha existido una confusión en cuanto a la documentación aportada y las alegaciones efectuadas en el procedimiento de inscripción, que pretendían la continuidad de una Asociación tradicional sin haberse seguido los trámites estatutarios previstos legalmente y usurpando la misma titularidad de la entidad.

No podemos aceptar ese razonamiento porque lo que se revisa aquí no es la actuación de la Asociación solicitando la inscripción, sino la “decisión” de la Administración, por vía de la institución del silencio, pero que constituye un auténtico acto administrativo, de acceder a la inscripción solicitada. Y si existía esa actuación espuria en la petición, debía haber sido la Administración, que tiene conferidas las potestades para vigilar dicha exigencia formal, la que debiera haber puesto de manifiesto ese actuar fraudulento. Porque una vez producido el silencio, la auténtica decisión adoptada por la Administración habría de tener toda la eficacia propia de los actos administrativos, como se corresponde con los actos tácitos, que no desmerecen en su eficacia a los actos expresos.

Y vinculado a este último argumento es necesario hacernos eco de la crítica que se hace a la decisión de la Sala de instancia de reconocer la concurrencia del acto declarativo del derecho a la inscripción por silencio, cuando ya en la solicitud concurrían defectos de tramitación y causas para la exclusión del derecho reclamado. Aun cuando no se aborde expresamente, se está suscitando el debate de la eficacia del silencio positivo en relación con la legalidad de la petición, en interpretación que condiciona el silencio positivo a la concurrencia de los requisitos impuestos por las normas para la adquisición del derecho sobre el que se extiende la eficacia del silencio. Ciertamente que, como ha puesto de manifiesto la Doctrina, ya la derogada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular tras la reforma de 1999, vino a fortalecer la figura del silencio positivo como un medio para terminar con la secular tendencia de nuestra Administración en no dictar resoluciones expresas. De ahí que el Legislador no tuvo reparos en considerar que el acto por silencio positivo, que pasaba a ser la regla general, “tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”

(párrafo 43.2º), habiendo ya previsto el propio Legislador determinadas materias en las que no entraría en juego la estimación tácita de las peticiones de los ciudadanos.

Bien es verdad que la jurisprudencia de esta Sala, a la vista de los asuntos que han accedido a su decisión, no ha estimado que el silencio positivo juegue con la tajante regla que parece concluirse del mencionado precepto, entre otras cosas porque, interpretando el precepto conforme al artículo 62.f de aquella Ley, se declaraba la nulidad de pleno derecho, también de los actos presuntos, que fuesen “ contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición “. Ello ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala a considerar que el límite del silencio positivo está en el mencionado artículo 62.1º.f), como con abundante cita se declara en la sentencia de esta Sala 157/2016, de 29 de enero.

Con particular régimen se ha aplicado de manera restrictiva la institución en el ámbito urbanístico, atendiendo a la normativa sectorial que se ha considerado aplicable, denegando la adquisición de actos legitimadores de actuaciones de los propietarios, cuando carezcan de los requisitos necesarios para ellos, o cuando por normativa específica —en particular en el ámbito de la Unión Europea— se imponga la necesidad de dictar resolución expresa.

Ahora bien, en la aplicación del mencionado límite se podrá cuestionar la improcedencia de estimar el silencio cuando ciertamente sea patente la concurrencia de requisitos esenciales para adquirir el derecho, sin que pueda suscitarse con la pretensión de excluir el silencio positivo, que es lo que se hace en el presente supuestos, empezar por cuestionar la concurrencia de los presupuestos de la solicitante de la inscripción para apreciar esa confusión, generando ya en el inicio una polémica que debiera resolverse con carácter previo a la decisión sobre la procedencia o no del silencio. En suma, no se puede empezar por cuestionar la inexistencia de esa falta de concurrencia de los presupuestos para adquirir el derecho sino que debe ese ser un debate ya palmario de las propias actuaciones administrativas.

Porque eso es lo que se pretende por la recurrente, que orillando la aplicación del silencio que ya habría reconocido el derecho, pretende generar una confusión imputando actuaciones de dudosa legalidad en la Asociación que solicita la inscripción, con la pretensión de que con esa confusión se deniegue la producción del silencio, pero omitiendo que fue precisamente la Administración autonómica, cuya actuación es la que revisamos, la que pudo y debió poner esas objeciones antes de que se hubiese producido el silencio, conforme a la normativa que estaba obligada a aplicar. Y la misma jurisprudencia de este Tribunal permite reforzar esa interpretación, porque como afirma la sentencia de 8 de enero de 2013, dictada en el recurso 3558/2010, en relación con los efectos del silencio positivo y sus presupuestos “ Si después de toda

esta exposición, hubiéramos de comenzar a estudiar si el interesado tenía o no derecho a lo que pedía -tal como dice la Administración en la resolución impugnada-, en tal caso la figura del silencio positivo carecería de todo sentido y de cualquier finalidad razonable. Esto sin perjuicio de la facultad de revisión de oficio que tiene la Administración. (Aunque sólo, a mayor abundamiento, debemos decir que la parte recurrente parece tener razón respecto del fondo del asunto...)”, declaraciones que la misma sentencia hace pese a reconocer la improcedencia del derecho reclamado en aquel proceso».

* STS núm. 1119/2017 de 26 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3010)
Ponente: Maria Isabel Perello Domenech

Resumen: *Revocación improcedente de declaración de utilidad pública.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El Abogado del Estado interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de diciembre de 2014, que estimó el recurso contencioso deducido por la Asociación para la atención de personas con necesidades socio-educativas especiales (AFANAS) de El Puerto de Santa María y de la Bahía de Cádiz y anuló la resolución del Ministerio del Interior de 20 de noviembre de 2011 que revocó la declaración de utilidad pública que había sido concedida a dicha Asociación.
(...)

TERCERO. - El recurso de casación formulado por la representación de la Administración del Estado se articula en un único motivo, acogido al cauce del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA, en el que se denuncia la incongruencia de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que anuló la resolución del Ministerio del Interior que había revocado la declaración de utilidad pública en favor de la Asociación AFANAS aquí recurrida.

(...) la Abogacía del Estado censura la incongruencia de la sentencia por desviación o mixta al alterar el verdadero objeto del recurso y el debate procesal, pues, en su opinión, la revocación fue acordada por falta de cumplimiento de los fines estatutarios por las razones indicadas -y así se razonaba en la contestación a la demanda- y sin embargo, la Sala de instancia se pronuncia sobre el cumplimiento de los fines legalmente fijados para las asociaciones de utilidad pública, dejando sin resolver la cuestión nuclear del proceso.

CUARTO.- El motivo no puede tener favorable acogida. El examen de las actuaciones de instancia permite advertir que no se ha producido desviación procesal que denuncia el Abogado del Estado, ni en fin, el vicio de incongruencia que se imputa a la sentencia.

Así, es de destacar que el recurso contencioso administrativo se interpuso contra la resolución del Ministerio del Interior que acuerda la revocación de la anterior resolución de declaración de utilidad pública concedida a la Asociación recurrente, ex art.32.a) de la Ley Orgánica 1/2002.

Las razones de la revocación se exponen a lo largo de la resolución impugnada, y se sintetizan en el sexto de sus apartados en los siguientes términos:

«La entidad, tal y como informa el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria), figura matriculada en ocho epígrafes del I.A.E que afectan a diversas actividades empresariales. Como se indica anteriormente, la actividad principal es la empresarial (prestación de servicios). La entidad presta un servicio a la Administración que la contrata, con independencia del destino que la asociación dé a los fondos obtenidos, y no a la sociedad en su conjunto, como cabe esperar de una entidad que solicite la declaración o el mantenimiento de la utilidad pública. Es decir, quien efectivamente lleva a cabo la actividad de interés general fomentable con la declaración de utilidad pública es la Administración contratante, que es quien destina fondos a la realización de la actividad de interés general. Por ello, no se cumple el requisito establecido en el artículo 32.1 a) de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación.»

En la demanda deducida la asociación recurrente formuló sus alegaciones centradas en la concurrencia de los requisitos previstos en la ley, y en ellas que se rebatía la declaración de incumplimiento basada en el artículo 32.1 a) de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, que era el citado en la resolución del Ministerio del Interior.

También en el escrito de contestación a la demanda, la Abogacía del Estado afirmó la inobservancia del requisito del artículo 32.1 a) de la Ley Orgánica 1/2002, y de igual modo se refieren al apartado a) de dicho precepto el conjunto de informes emitidos por el Ministerio de Sanidad, la Agencia Tributaria, y la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, siendo así que el núcleo del debate en la instancia giró en torno a la observancia por parte de la asociación del presupuesto contemplado en el mencionado apartado a) del artículo 32 de la aludida ley.

La sentencia recoge en el primero de sus fundamentos jurídicos parte del texto de la resolución impugnada que transcribe literalmente, para después sintetizar las razones de la revocación y la conclusión alcanzada sobre el incumplimiento del artículo 32.a) mencionado. En el segundo de los fundamentos jurídicos expone la tesis

de la demanda relativa a los defectos de procedimiento, que rechaza seguidamente, y en el tercero entra al análisis del fondo litigioso, indicando que la resolución revocatoria se sustenta en dos razones que resume así: que el 85% de los ingresos de la Asociación procede de las Administraciones Públicas y que carece de voluntariado. Seguidamente señala los términos de la demanda y la posición de la Abogacía del Estado, que se remite al informe del Ministerio de Hacienda, que considera que si bien los servicios mantienen el interés general «no puede considerarse que su gestión se oriente en el mismo sentido».

Finalmente en el cuarto fundamento jurídico, la Sala expone que no concurre la causa de revocación de la declaración de utilidad pública, citada en la resolución impugnada, la prevista en el apartado a) del artículo 32 de la mencionada Ley, y considera que no cabe apreciar de oficio una nueva causa de revocación, como es la contemplada en el apartado e) del mismo precepto legal.

Así las cosas, cabe concluir que los razonamientos de la sentencia son congruentes y coherentes con las posiciones de las partes y se mantienen dentro de los límites en los que se planteó el debate procesal en la instancia. El recurso contencioso planteado por la Asociación recurrente tenía por objeto la obtención de un pronunciamiento de nulidad del acuerdo de revocación del Ministerio del Interior, que se sustentaba en la causa del apartado a) reseñada y los razonamientos y el fallo se refieren a la causa legal indicada.

Y aun cuando se esgrimen por la Administración una serie de razones en apoyo de su pretensión, es lo cierto que la causa legal indicada para la adopción de la decisión de revocación de la declaración de utilidad pública es la referida al apartado a) del artículo 32.1 de la Ley aludida y sobre esta singular causa se pronuncia la Sala de instancia.

Por lo expuesto, con independencia de la mayor o menor extensión de la motivación de la sentencia, cuestión a la que no se alude en el motivo -que se ciñe a la censura de incongruencia de la sentencia- y desde esta exclusiva perspectiva no cabe apreciar la desviación procesal que denuncia la parte recurrente.

Procede, en consecuencia, desestimar el único motivo alegado».

* STS núm. 1624/2017 de 26 de octubre (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 4542)

Ponente: Pedro José Yagüe Gil

Resumen: *Procedencia de denegación de la declaración de utilidad pública por falta de realización de sus actividades con fines de interés general. Naturaleza reglada y no discrecional de esta actividad administrativa.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación nº 2851/2015 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Quinta) dictó en fecha 10 de junio de 2015, y en su recurso contencioso-administrativo nº 423/13, por medio de la cual se desestimó el formulado por la entidad “Asociación Forética” contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 8 de julio de 2013 (confirmada en reposición por la de 22 de octubre de 2013), que denegó la solicitud de declaración de utilidad pública de dicha entidad.

(...)

TERCERO.- La resolución impugnada denegó la declaración de utilidad pública solicitada por “Asociación Forética”,

(...)

CUARTO.- Interpuesto recurso de contencioso-administrativo contra esa denegación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Quinta) lo desestimó, y lo hizo con base en las siguientes consideraciones, que transcribimos en lo fundamental:

«(...) La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece que podrán ser declaradas de utilidad pública aquellas asociaciones en las que concurren los requisitos establecidos en el artículo 32 de la referida Ley, llevándose a cabo tal declaración en virtud de Orden del Ministro que se determine reglamentariamente, previo informe favorable de las Administraciones Públicas competentes en razón de los fines estatutarios y actividades de la asociación y, en todo caso, del Ministerio de Hacienda (artículo 35 de la Ley Orgánica 1/2002).

(...)

(...) La consideración de una asociación como de utilidad pública persigue estimular su participación en la realización del interés general y supone una calificación especial, una declaración formal, por la que se reconoce oficialmente el beneficio para toda la colectividad de los fines perseguidos por dicha asociación y de las actividades encaminadas a su consecución.

En este sentido, la declaración de utilidad pública de una asociación, en cuanto medida de fomento que es, constituye el reconocimiento administrativo de dicha cualidad, lo que implica una serie de derechos y de obligaciones, como, entre los primeros, los de gozar de beneficios fiscales, económicos, administrativos y procesales, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

Ahora bien, para conseguir esa declaración de utilidad pública, han de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 32 de la mencionada Ley Orgánica. Sin embargo, la concesión de la declaración no es automática, dado que sobre esos requisitos, que tienen el carácter de *condictio sine que non*, operan otros de oportunidad adminis-

trativa, derivados de la locución “podrán ser declaradas [...]” que encabeza el citado artículo 32.

En todo caso, para conseguir el régimen privilegiado tampoco basta la persecución teórica de un fin calificable de interés público o general, sino que, además, han de reunirse las restantes condiciones del repetido artículo 32. La apreciación de que una asociación sirve al interés general corresponde a la Administración Pública, que, para ello, ha de seguir los pasos indicados en el Real Decreto 1.740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, que regula los trámites para la declaración de utilidad pública, como la emisión de informe por los Ministerios y Administraciones Públicas que tengan competencias en relación con los fines estatutarios y actividades de la asociación y, en todo caso, con carácter preceptivo y vinculante, del Ministerio Hacienda, para que informe “en qué medida considera que los fines estatutarios tienden a promover el interés general, y que la actividad de la asociación no está restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados, sino abierta a cualquier otro posible beneficiario que reúna las condiciones y caracteres exigidos por la índole de los fines de la asociación de que se trate”.

(...) Según se ha dicho, la idea esencial sobre la que ha de asentarse la declaración de utilidad pública de una asociación gira en torno a la noción de interés general, que ha de identificarse por la Administración atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y a tenor de los parámetros previstos en la mencionada Ley Orgánica. Así, el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica no sólo exige que los fines estatutarios sean alguno de los enunciados a título indicativo en el precepto, sino, además, que “tiendan a promover el interés general”.

Y ciertamente, en cuanto a las referencias que se hacen al ánimo de lucro, está claro que no hay que equiparar interés general con gratuidad y que hay que diferenciar entre ánimo de lucro y contraprestación por servicios prestados, pero, del igual modo, tampoco cabe identificar la ausencia de ánimo de lucro con el interés general.

La entidad actora niega que la actividad principal que desarrolla la Asociación consiste en la prestación de servicios a sus clientes mediante contraprestación. Al estar ante conceptos jurídicos indeterminados, cobra especial trascendencia la motivación del pronunciamiento administrativo. En este sentido, los argumentos contenidos en la Orden impugnada no son arbitrarios ni caprichosos, sino razonables, aunque la parte actora discrepe de los mismos, sin que los expuestos por dicha parte tengan la entidad suficiente para desvirtuarlos.

Tal y como se pone de manifiesto en el informe desfavorable de la Agencia Tributaria (Folios 70 y siguientes), que hemos transcrito en parte, la actividad de la Asociación recurrente está orientada a un grupo profesional y productivo determinado, el constituido por las empresas a las que presta servicios de formación, asesoramiento, y otros.

En realidad, el beneficio producido por los servicios prestados no se dirigen al interés general, sino al beneficio de tales empresas y contribuyen directamente al resultado económico de las mismas.

Forética es una asociación de empresas y profesionales de la responsabilidad social empresarial (RSE). Actualmente cuenta con 19 socios promotores, 111 entidades y 74 socios personales.

(...)

La asociación, como se pone de manifiesto en el informe de la Agencia Tributaria (Folios 73 vuelto), “lleva a cabo actividades de formación y divulgación sobre la gestión ética y la responsabilidad social a través de los cursos de verano que imparte a la comunidad universitaria, que podrán acceder a los mismos, previo pago de matrícula estipulada, Cursos sobre la norma SGE 21 (la primera norma europea que establece los requisitos que debe cumplir una organización para integrar en su estrategia y gestión la responsabilidad social), dirigidos a formar a profesionales en la implantación de la norma, que habrán de abonar por asistir a los mismos las cuotas fijadas en las tarifas de la entidad y sesiones formativas sobre las últimas tendencias en materia de integración de gestión ética a las organizaciones; publicaciones y estudios de carácter académico y empírico sobre la gestión ética y la responsabilidad social de las empresas de acceso gratuito; actividades de promoción y difusión de la responsabilidad social empresarial: CSR MarketPlace, evento de recolección y difusión de buenas prácticas en materia de responsabilidad social, CSR Toolbox, presentación en España de las mejores iniciativas de gestión de la responsabilidad social a nivel europeo, Enterpris 2020, iniciativa promovida por la Comisión Europea de impulso de la ética y la responsabilidad social en las empresas en el ámbito europeo; fomento del voluntariado corporativo y apoyo a las organizaciones para la selección y el desarrollo de acciones de voluntariado corporativo mediante la celebración de las Semanas Internacionales del voluntariado corporativo; apoyo técnico a los socios a la hora de orientar sus políticas e iniciativas en materia de responsabilidad social”.

Y así mismo que “dichos beneficios, suponen un régimen fiscal aún más beneficioso del que ya disfruta esta asociación, la cual viene tributando como entidad sin ánimo de lucro de las previstas en el art. 9.º 3 a) del Real Decreto Legislativo 4/2004, que aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), siéndole aplicable el régimen, de entidades parcialmente exentas previsto en el Capítulo ‘XV, del Título VII del TRLIS”.

La entidad actora no tiene personal voluntario, y como se ha dicho, sus actividades no se dirigen a la colectividad, sino al círculo de empresas asociadas, o mejor, a los profesionales que prestan servicios en las mismas. Y que duda cabe, como se recoge en el informe de la Agencia Tributaria, de la meritoria labor de la entidad y

los beneficios que la misma reporta a sus destinatarios, pero ello no permite que tales servicios, sean de formación, asesoramiento, divulgación, etc., puedan ser calificados como de interés general, en el sentido que este término tiene en la Ley Orgánica 1/2002.

En suma, se requiere algo más que la persecución de un fin calificable de interés general; ha de acreditarse que, efectivamente, la entidad realiza sus actividades en aquella dirección, lo que, a juicio de la Administración, no ha ocurrido suficientemente en el supuesto de autos, sin que tal negativa haya sido contradicha por la demandante, pese al esfuerzo argumental que ha desplegado para ello.

Así las cosas, a juicio de la Sala, dentro de los términos de la discrecionalidad, “Podrá ser declarada de utilidad pública..”, se dice en La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, la Administración ha hecho un uso racional, adecuado y en ningún momento arbitrario de tal potestad, -salvo las naturales discrepancias o la pugna con visiones interesadas, respetables en el plano dialéctico, pero sin virtualidad suficiente para enervar el ejercicio de potestades administrativas-, apreciando que no queda garantizado el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 32.1-.a) de la Ley Orgánica 1/2002, relativo a que los fines estatutarios de la entidad tiendan a promover el interés general”.

Razones todas ellas que conducen a la desestimación del recurso»

QUINTO.- Contra esa sentencia ha formulado la parte actora recurso de casación, en el cual esgrime dos motivos de impugnación, si bien el primero ha sido inadmitido por auto de esta Sala de fecha 18 de febrero de 2016, que admitió sin embargo el motivo segundo, único que hemos de examinar.

En él se alega la infracción del artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, relativo a los requisitos que ha de reunir una asociación para que sea declarada de utilidad pública. La parte recurrente divide este motivo en dos apartados diferentes, a saber, primero, que la sentencia impugnada ha infringido ese precepto al calificar la actividad administrativa de que tratamos como actividad discrecional, cuando existe jurisprudencia que la califica como reglada, y, segundo, que la sentencia ha infringido ese mismo precepto al interpretar el concepto de “interés general”.

Contestaremos por su orden a estos argumentos, si bien ya desde ahora anunciamos su desestimación.

A) Para responder al primero (naturaleza reglada o discrecional de esta actividad administrativa), nos limitaremos a exponer los razonamientos con que respondimos a idéntico motivo en nuestra sentencia de 7 de octubre de 2015 (recurso de casación 3815/2012).

(...)

Esto mismo es lo que ocurre en este caso: aunque la Sala de instancia diga que esa actividad es discrecional (que no lo es, sino reglada, tal como dice nuestra jurisprudencia, como hemos visto), es lo cierto que la razón de decidir de la Sala de instancia no es la supuesta naturaleza discrecional de la actividad, sino la constatación de que los fines de la asociación no tienden a promover el interés general.

Dicho argumento debe, pues, ser rechazado.

B) Queda, pues, examinar si los fines de la Asociación recurrente tienen o no a promover el interés general.

Sin embargo, una vez inadmitido el primer motivo de casación, la cuestión queda sumamente simplificada. En efecto, en aquél motivo (como dijo el auto que lo inadmitió), la parte recurrente expuso su “discrepancia frente a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo”. Como consecuencia de la inadmisión de ese motivo, esta Sala ha de respetar la valoración de la prueba hecha por la Sala de instancia, de suerte que no podemos criticarla ni siquiera si se tratara (que no se trata) de uno de los limitados casos en que ello es posible en casación, ya que ahora ese es un tema que está fuera de este debate.

La Sala de instancia ha concluido el examen de esta cuestión manifestando lo siguiente:

“En suma, se requiere algo más que la persecución de un fin calificable de interés general; ha de acreditarse que, efectivamente, la entidad realiza sus actividades en aquella dirección, lo que, a juicio de la Administración, no ha ocurrido suficientemente en el supuesto de autos, sin que tal negativa haya sido contradicha por la demandante, pese al esfuerzo argumental que ha desplegado para ello.”

De forma que la Sala de instancia por remisión al juicio de la Administración y valorando los argumentos que la parte demandante expone en el pleito, da por probado que la entidad actora no ha demostrado que realice sus actividades con fines de interés general, conclusión que vincula a este órgano judicial, por la naturaleza especial que tiene el recurso de casación. Conclusión que conduce a la desestimación de éste, y a la necesaria confirmación de la sentencia impugnada y de la resolución administrativa recurrida, y ello porque, siendo las cosas así, la Asociación demandante no cumple el requisito que establece el artículo 32.1.a) de la Ley Orgánica de Asociaciones 1/2002, de 22 de marzo».

* STS núm. 1972/2017 de 14 de diciembre (Cont.-admvo.) (JUR 2017, 312741)
Ponente: Eduardo Espín Templado

Resumen: *Inscripción de baja en registro de asociaciones. La autoridad registral no podía alegar para rechazar la inscripción de la baja de la asociación por cambio de su régimen jurídico, haber denegado la previa solicitud de cancelación de la inscripción de dicha asociación por la disolución sin liquidación de la misma como consecuencia de su absorción.*

Aunque ambas solicitudes respondan a los mismos hechos y puedan tener un significado material equivalente, lo cierto es que las exigencias formales registrales para una u otra solicitud no son las mismas, siendo más rigurosas las requeridas para inscribir una disolución asociativa que para inscribir una baja por un cambio de régimen jurídico.

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

Don Patricio y el Centro Asturiano de La Habana de Gijón interponen sendos recursos de casación frente a la sentencia de 25 de mayo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso –Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en materia de registro de asociaciones.

La sentencia impugnada desestimó los previos recursos contencioso-administrativos que ambas partes habían entablado contra las resoluciones de la Consejería de Hacienda y Sector Público mencionadas en los antecedentes, denegando solicitudes encaminadas en último término a que se inscribiera la baja de la asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias, por modificación de su régimen jurídico.

(...).

QUINTO.- Sobre los motivos relativos a la cosa juzgada administrativa.

Como se comprueba con la lectura de los fundamentos transcritos de la sentencia recurrida, ésta tiene su ratio decidendi en el hecho de que la solicitud de baja de la inscripción registral de la asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón por cambio de régimen jurídico era una reiteración de una anterior solicitud ya denegada y firme, lo que impedía la producción del silencio positivo al existir cosa juzgada administrativa; y que la petición de las partes recurrentes suponía asimismo una repetición de la solicitud de revisión de oficio de la anterior denegación.

Las partes recurrentes formulan varios motivos en los que se combaten diversos aspectos de dicha argumentación de la Sala de instancia, confirmatoria de la legalidad de la respuesta administrativa dada a las peticiones formuladas en vía administrativa, como los motivos segundo a sexto del recurso de don Patricio y segundo y tercero del de Centro Asturiano de La Habana en Gijón.

Tienen razón los recurrentes y es preciso estimar tales motivos, a los que daremos respuesta conjunta al examinar la fundamentación de la sentencia recurrida.

a) Sobre los antecedentes del pleito.

De los antecedentes del caso, que la sentencia de instancia resume en el fundamento de derecho segundo, conviene destacar los siguientes datos relevantes:

- Tras un acuerdo entre el Real Grupo Cultura Covadonga y el Centro Asturiano de La Habana de Gijón suscrito en 2005, el 30 de junio de 2011 y en cumplimiento de sentencia judicial (que devendría firme posteriormente), ambas entidades otorgaron escritura pública de fusión por absorción, por la que el Real Club Cultura Covadonga absorbía al Centro Asturiano, produciéndose la disolución sin liquidación de éste y la transmisión en bloque de su patrimonio a la entidad absorbente, la cual adquiriría por sucesión universal todos los derechos y obligaciones de la entidad absorbida. En dicha escritura consta una cláusula por la que los efectos de la fusión quedaban en suspenso hasta la inscripción de la misma en los Registros de Asociaciones y de la Propiedad, lo que ha dado origen a diversos pleitos civiles y contencioso-administrativos, entre los que se cuenta el presente.

El 3 de noviembre de 2011 don Bernardo, en representación del Centro Asturiano de La Habana de Gijón, solicita la cancelación de la inscripción de dicha asociación en el Registro de Asociaciones al haberse producido la disolución sin liquidación de la entidad como consecuencia de la referida fusión por absorción.

La solicitud fue denegada por resolución de la Consejería de Hacienda y Sector Público de 11 de noviembre de 2011, confirmada por la de 15 de febrero de 2012. Recurrida dicha denegación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso fue desestimado por sentencia de 16 de diciembre de 2013. Interpuesto recurso de casación fue desestimado por sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2016, en la que se declaró que la Administración se había limitado a efectuar un mero control formal de legalidad respecto a la concurrencia de los requisitos establecidos por los estatutos de la asociación para su disolución y la aportación de los documentos exigidos por el artículo 23 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones .

Debe reseñarse que dicha sentencia de casación, al declarar no haber lugar al recurso, avaló que la Administración verificase un control formal de los requisitos y documentos necesarios para la cancelación de la inscripción, pero no que los concretos requisitos y documentos requeridos entonces por la Administración fuesen los procedentes o de que concurriesen o no de manera efectiva los supuestos de hecho a los que iban referidos.

- El 22 de marzo de 2013 don Bernardo, en representación del Centro Asturiano de La Habana de Gijón y como otorgante de la referida escritura de fusión por absorción de dicha asociación con el Real Grupo Cultura Covadonga, solicita la inscrip-

ción de la baja del Centro Asturiano en el Registro de Asociaciones del Principado de Asturias por modificación del régimen jurídico de la asociación. El 18 de diciembre de 2013 el mismo señor pide que se dicte resolución expresa estimando la inscripción de la baja y, subsidiariamente, que se expida certificado acreditativo del silencio.

- El 7 de enero de 2014 la Consejería de Hacienda y Sector Público deniega la solicitud de acto presunto. Frente a la anterior resolución se interponen sendos recursos de reposición por don Bernardo (30 de enero de 2014) y don Patricio y otros (14 de febrero de 2014), que son desestimados por resoluciones de la mencionada Consejería de 5 y 21 de marzo de 2014, respectivamente.

Las mencionadas resoluciones administrativas son las impugnadas en el recurso contencioso a quo que da lugar a la sentencia ahora recurrida en casación.

b) Sobre la naturaleza de la inscripción en el Registro de Asociaciones.

En la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2015 (RC 1367/2013), dictada precisamente en un litigio relativo a la inscripción registral de un cambio en los miembros de la junta directiva del Centro Asturiano de La Habana de Gijón, nos pronunciamos sobre el carácter meramente declarativo y formal del Registro de Asociaciones, cuyas inscripciones lo son a los solos efectos de publicidad de los actos inscritos. Ello hace que la autoridad registral ha de limitarse a la constatación puramente formal del cumplimiento de los requisitos del acto inscrito, pero carece de habilitación para pronunciarse sobre el contenido material de los mismos, respecto al cual la competente para pronunciarse en caso de conflicto es la jurisdicción civil. (...)

c) Sobre la reiteración de una solicitud de inscripción registral.

El carácter formal y reglado de las inscripciones tienen como uno de sus corolarios el que, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida -al igual que sucedía en el asunto que dio lugar a la sentencia de esta Sala de 6 de noviembre de 2015 - no puede hablarse de cosa juzgada en relación con la denegación de una inscripción, aun cuando la denegación pueda estar declarada conforme a derecho por sentencia firme, pues ello sólo supone que el solicitante no acreditó el cumplimiento de los requisitos necesarios para la inscripción. En consecuencia, una previa denegación no obsta a que el interesado reitere la solicitud subsanando dicha falta de acreditación puramente formal (por ejemplo, la no aportación del acta que certifique un acuerdo societario) o la posible falta de cumplimiento efectivo de tales requisitos (por ejemplo, la adopción de dicho acuerdo); o, como en el caso de autos, aduciendo una causa distinta que justifique la inscripción solicitada.

Esta posibilidad de reiterar una determinada solicitud de inscripción la dejamos establecida también en la citada sentencia de 6 de noviembre de 2015 (...)

d) Sobre la reiteración de la solicitud de baja registral del Centro Asturiano de La Habana de Gijón.

Aplicadas las consideraciones anteriores al presente recurso, es claro que la autoridad registral no podía alegar para rechazar la inscripción de la baja de la asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón por cambio de su régimen jurídico, haber denegado la previa solicitud de cancelación de la inscripción de dicha asociación por la disolución sin liquidación de la misma como consecuencia de su absorción por el Real Grupo Cultura Covadonga. El que esta denegación quedase posteriormente firme por resolución judicial no obsta a lo anterior pues, como hemos indicado antes, ello sólo significa que la resolución denegatoria era conforme a derecho, pero no que no pudiera instarse de nuevo esa u otra inscripción materialmente equivalente subsanando los defectos de la petición anterior como, por ejemplo, aportando la documentación formalmente acreditativa del cumplimiento de los correspondientes requisitos legales y reglamentarios.

Lo dicho quiere decir que tampoco cabía requerir, en contra de lo que afirma la sentencia impugnada, un procedimiento de revisión del acto anterior y que, en cambio, sí podía operar el silencio positivo previsto en el artículo 30.1 de la Ley reguladora del Derecho de Asociación respecto a la solicitud de baja por cambio de régimen jurídico y, en consecuencia, que la Administración estaba obligada a certificar el acto presunto sobre dicha solicitud pedido subsidiariamente en su momento.

A lo anterior debe añadirse, a mayor abundamiento, que en ningún caso podía afirmarse que ambas solicitudes de inscripción (la de 2011 y la de 2013) fuesen iguales, aunque se basaran en una misma realidad asociativa -la disolución sin liquidación del Centro Asturiano de La Habana de Gijón por fusión por absorción del mismo por el Real Grupo Cultura Covadonga-, pues la causa aducida era diversa, ya que la primera solicitud pedía la cancelación de la inscripción de la asociación por disolución de la misma y la segunda la baja por cambio de régimen jurídico por su absorción por la otra asociación. Pues aunque ambas solicitudes respondan a los mismos hechos y puedan tener en definitiva un significado material equivalente, lo cierto es que las exigencias formales registrales para una u otra solicitud no son las mismas, siendo más rigurosas las requeridas para inscribir una disolución asociativa que para inscribir una baja por un cambio de régimen jurídico (artículo 23.3 y 4 del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones). Y por las características formales del registro a las que ya hemos hecho referencia, una y otra solicitud puede y debe ser inscrita a los solos efectos de publicidad con la aportación de la respectiva documentación requerida en los citados preceptos.

Debe por último hacerse una precisión final. El carácter declarativo y a los solos efectos de publicidad del registro no impide, como es natural, que el recurso a la

jurisdicción civil, competente para el conocimiento de los litigios asociativos internos según el artículo 40 de la Ley reguladora del Derecho de Asociación, pueda conducir a la necesaria rectificación de asientos registrales, aunque éstos puedan derivar de inscripciones correctamente acreditadas en su momento o incluso ratificadas judicialmente. Esto es así en la medida en que un pleito civil puede conducir a la nulidad o validez de un acuerdo societario o a reconocer o rechazar otros hechos que, en su momento, dieron pie a inscripciones conformes a derecho por la aportación de la documentación acreditativa de los mismos exigida legal y reglamentariamente.

SEXTO.- Conclusión y costas.

Lo anteriormente expuesto conduce a la estimación de los motivos tercero a sexto del recurso de casación formulado por don Patricio y tercero y cuarto del Centro Asturiano de La Habana de Gijón, por lo que ha lugar al recurso de casación y procede casar y anular la sentencia recurrida.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 92.2.d) de la Ley de la Jurisdicción, debemos resolver el recurso de instancia tal como viene planteado el debate. Por las mismas razones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho, estimamos en parte los recursos contencioso-administrativos entablados por el Centro Asturiano de La Habana de Gijón y por don Patricio y doña Almudena y en su virtud:

- anulamos la resolución de 7 de enero de 2014 de la Consejería de Hacienda y Sector Público y las desestimatorias de los recursos de reposición entablados contra ella de 5 y 21 de marzo de 2014,

- ordenamos a la citada Consejería que, de acuerdo con lo pedido con carácter principal en la solicitud formulada por don Bernardo el 18 de diciembre de 2013, de la que traen causa las citadas resoluciones y el posterior procedimiento judicial, se proceda a la inscripción de la baja de la asociación Centro Asturiano de La Habana de Gijón por modificación del régimen jurídico en los términos previstos por el artículo 23.4.b) del Reglamento Nacional de Asociaciones, con la presentación como documento acreditativo la escritura pública de fusión por absorción de la citada asociación por el Real Club Cultura Covadonga otorgada el 30 de junio de 2011.

Se desestiman los recursos en todo lo demás».

V. FUNDACIONES

* STS num. 1188/2017 de 7 de julio (Cont.-Admvo.) (RJ 2017, 4161)

Ponente: Angel Arozamena Laso

Resumen: *Legitimación activa de asociaciones materia de medio ambiente. La especial significación constitucional del medio ambiente (art. 45 CE) amplía el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, que debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de intereses colectivo que repercuten en toda la sociedad. Ejercicio de la acción popular. Convenio de Aarhus.*

Fundamentos de Derecho

«PRIMERO.- El asunto sometido al recurso de casación.

La sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 18 de marzo de 2015, desestima el recurso núm. 816/2013, interpuesto por la Fundación Oceana contra la resolución de la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, de 15 de noviembre de 2012, que inadmitió el recurso de alzada promovido contra la resolución de la Dirección General de la Marina Mercante, de 7 de marzo de 2012, que negó legitimación a la recurrente para ser parte en procedimiento sancionador promovido contra los buques Burgas 3 y Schasckengborg, por infracción consistente en vertidos contaminantes.

CUARTO.- (...)

[...] la especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución Española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad -como utilidad substancial para la misma en su conjunto-, nos obliga a configurar un ámbito de legitimación en esta materia, en el que las asociaciones como la recurrente debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna, tal y como ocurre en el supuesto de autos, en el que, en síntesis, lo

que se pretende es la comprobación del cumplimiento del condicionado medioambiental impuesto en la construcción del Aeropuerto de Castellón o el desarrollo de su evaluación ambiental.

Esto es, y sin perjuicio de lo que luego añadiremos en respuesta al siguiente motivo, la especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de los mismos.

La recurrente, pues, al impugnar los actos frente a los que se dirigieron las pretensiones objeto del presente recurso, actuó -al hacerlo con la finalidad con que lo hizo- debidamente legitimada y en el marco de legitimación permitido por el artículo 19.1.b) de la LRJCA, que hemos de considerar infringido.

QUINTO.- Por su parte, el segundo de los motivos también ha de ser estimado, ya que, entre las normas que se citan como infringidas, al menos, hemos de considerar infringido el Convenio de Aarhus, que en su condición de Tratado Internacional, y de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Española, fue ratificado por España el 15 de diciembre de 2004 y que entró en vigor el 31 de marzo de 2005 esto es, con anterioridad a la formulación del recurso contencioso-administrativo-.

(...)

[...] sobre todo, debemos destacar como, desde un perspectiva jurisdiccional se impone -artículo 9.1- a las legislaciones nacionales la obligación de permitir a (1) toda persona que estime que su solicitud de información no ha sido atendida, o (2) que ha sido rechazada ilícitamente en todo o en parte, o (3) que no ha recibido una respuesta suficiente, o (4), en fin, que no ha recibido en tratamiento previsto en el artículo 4 de dicho Convenio, “la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley” mediante el “acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso...”).

Y, por lo que aquí interesa, en el apartado 2 del mismo artículo 9, en relación con el 2.5 del mismo Convenio, se concreta el concepto de “público interesado”, considerando por tal “el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones”, añadiéndose que “a los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno”.

Pues bien, en relación con tal “público interesado” -con el ámbito expresado- el artículo 9.2 del Convenio impone a las legislaciones nacionales que los integrantes del mismo puedan “interponer recurso ante un órgano judicial ... para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 ...”, considerando que las organizaciones no gubernamentales contempladas en el citado artículo 2.5 cuentan con interés suficiente y pueden entender lesionados los derechos a los efectos de poder impugnar la legalidad de las decisiones u omisiones medioambientales.

Al haberse negado la legitimación a la asociación recurrente, deben considerar infringido el citado artículo 9, en relación con el 2.5, del Convenio de Aarhus. Hemos de añadir que el mismo Convenio -como hemos expuesto- fue transpuesto al derecho interno español, junto con las normas europeas que luego reseñaremos, a través de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que no se encontraba en vigor (pues entró en fecha de 20 de julio de 2006) cuando se dictaron los actos impugnados (teniendo, además en cuenta que su Título IV y Disposición Adicional Primera -que afectan a esta materia- no entrarían en vigor hasta el 20 de octubre siguiente), pero sí lo estaban cuando se dictaron los Autos que ahora se impugnan. Luego la vulneración ha de proclamarse no solo del artículo 9 del Convenio de Aarhus, sino también del artículo 23 de la citada Ley 27/2006, de 18 de julio.

Y, por agotar el tema, lo mismo podríamos decir de las Directivas 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre Acceso del público a la información ambiental (que, en concreto, en su artículo 6 garantiza el acceso a la justicia en los supuestos que relaciona), y 2003/35/CE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, y por la que se modifican -en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia- las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo (y que, en su artículo 6 contempla la legitimación de las organizaciones no gubernamentales en términos similares a los expresados).

Quedaría, no obstante, tras todo lo anterior, pendiente de aprobación una Tercera Directiva, en fase de Propuesta de Directiva (COM 2003), de 24 de octubre, sobre Protección del medio ambiente (Acceso a la justicia en materia de medio ambiente) dirigida a regular, en concreto, el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, dificultada por la falta de convergencia de los distintos enfoques de los Estados Miembros. Sin embargo, entre otros extremos, en sus iniciales Consideraciones generales, se expresa que “la no aplicación del Derecho medioambiental se debe con demasiada frecuencia a que la capacidad procesal para recurrir se limita a las personas

directamente afectadas por la infracción. De ahí que una forma de mejorar la aplicación sea garantizar que las asociaciones representativas de protección del medio ambiente tengan acceso a los procedimientos administrativos o judiciales de medio ambiente. La experiencia práctica adquirida en el reconocimiento de la capacidad procesal de las organizaciones no gubernamentales de medio ambiente demuestra que ha servido para reforzar la aplicación del Derecho medioambiental”.

(...)

SEPTIMO.- Consideraciones generales.

(...)

En nuestra decisión sobre la concurrencia de legitimación en la asociación recurrente es de singular importancia el tratamiento dispensado por el legislador a las asociaciones que, como la recurrente, asumen como fines estatutarios la defensa y protección del medio ambiente. En este sector del ordenamiento, es de obligada cita el convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, que nace de la necesidad, reconocida en su Preámbulo por las Partes que lo suscribieron, de proteger, preservar y mejorar el estado del medio ambiente y garantizar un desarrollo sostenible y ecológicamente idóneo, como condición esencial para el bienestar humano, así como el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida. El Convenio reconoce un importante papel en la protección del medio ambiente a los ciudadanos y, en lo que ahora nos interesa, a las organizaciones no gubernamentales, que desarrolla en los tres pilares de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental.

El Convenio de Aarhus fue ratificado por España el 29 de diciembre de 2004, y desde su publicación en el BOE, el 16 de febrero de 2005, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 96.1 de la CE.

La Ley 27/2006, de 18 de julio, cuyo objeto es definir un marco jurídico que responda a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio de Aarhus y la trasposición al ordenamiento interno de Directivas comunitarias, que a su vez incorporan para el conjunto de la Unión europea las obligaciones derivadas del Convenio de Aarhus, reconoce en su artículo 22 una acción popular en asuntos mediambientales, en favor de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, que reúnan los requisitos de tener entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Como señala la Exposición de Motivos de la citada Ley 27/2006, se consagra definitivamente, de esta manera, una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del medio ambiente, a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales.

En el caso de la persona jurídica recurrente, no se discute que reúne los requisitos que permiten reconocer en su favor la citada legitimación legal en tutela del interés difuso de la protección del medio ambiente, por tratarse de una asociación sin ánimo de lucro, que tiene entre sus fines estatutarios la defensa y conservación del medio ambiente, constituida legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que desarrolla su actividad en el ámbito estatal.

En términos análogos se expresa la sentencia de 8 de junio de 2015 -recurso de casación núm. 39/2014 - en un asunto sobre impugnación de un Real Decreto de concesión de indulto parcial de quien había sido condenado como autor de un delito contra la ordenación del territorio. (...)

La especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de los mismos.

Es cierto que una estrecha concepción de los intereses legítimos abonó una consolidada y abundante línea jurisprudencial que rechazaba en el procedimiento administrativo sancionador la existencia de otro interesado distinto de aquel al que se imputaba la infracción y, en consecuencia, la presencia de cualquier sujeto, incluidos aquellos que pudieran considerarse titulares de un interés colectivo.

Ahora bien, tampoco cabe desconocer diversas manifestaciones en esta materia, entre las que cabe incluir ésta de la posible presencia en el procedimiento administrativo sancionador de entidades portadoras de intereses supraindividuales. Así, la legislación administrativa empezó a admitir en abstracto que en el procedimiento administrativo sancionador pudieran existir otros interesados, además, del presunto infractor, y entre aquellos nadie más cualificado que los portadores de intereses supraindividuales en dicho procedimiento. Lo que llevará a considerar personas interesadas a quienes cumplan los requisitos establecidos por el artículo 23 de la Ley 27/2006.

(...)

NOVENO.- La estimación parcial del recurso.

En consecuencia, debe estimarse el motivo de casación, casar la sentencia recurrida y, de conformidad con el artículo 95.2 de la LJCA, estimar en parte el recurso

contencioso- administrativo y dejar sin efecto la resolución dictada por la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de fecha 15 de noviembre de 2012, reconociendo la condición de interesada de la Fundación Oceana en los procedimientos sancionadores incoados contra el Schackenborg y el Burgas 3 o, en su defecto, como dice la recurrente, reconocer su legitimación para ser parte en el procedimiento sancionador al ejercer la acción popular en asuntos medioambientales y, en consecuencia, a que se le notifiquen los actos producidos en el procedimiento sancionador y se le permita formular alegaciones y participar en la instrucción del mismo. Ahora bien, el alcance de esta pretensión debe limitarse al caso de que el procedimiento sancionador siga en curso.

Por otro lado, la recurrente solicita también que: 1) en caso de que se haya resuelto el expediente sancionador, se retrotraigan las actuaciones al momento en que la Fundación Oceana presentó su escrito de personación para que pueda formular alegaciones y participar en la instrucción del mismo; y 2) en caso que no haya tramitado expediente sancionador, se condene a la Administración obligándola a hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en la normativa estatal y de la Unión Europea, incluyendo la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias y la presencia de la Fundación Oceana en dicho procedimiento como parte interesada.

Sin embargo, a juicio de la Sala, no ha lugar a retrotraer el expediente sancionador, pudiendo únicamente intervenir en la fase del procedimiento que no haya terminado, con la interposición, en su caso, de los recursos administrativos o jurisdiccionales que pudieran estar vivos. Sin que quepa, en cambio, por razones de seguridad jurídica -y reconociendo el limitado alcance de este fallo-, reabrir el procedimiento que haya culminado con resolución administrativa o judicial firme».

* STS num. 862/2017 de 7 de noviembre (Social) (JUR 2017, 288188)

Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro

Resumen: *Inexistencia de relación laboral entre Fundación Musical y músicos.*

Fundamentos de Derecho

«TERCERO.- (...)

En conclusión: no existe relación laboral cuando una Fundación Musical compensa a los músicos por una parte de los gastos que su actividad genera (sin salario alguno), éstos poseen libertad para acudir a ensayos o conciertos (no siendo sancionados si faltan), organizan su propia sustitución cuando su instrumento es imprescindible (para el ensayo o concierto) y aportan instrumental propio (cuyo mantenimiento soportan) ».

ÍNDICE CRONOLÓGICO

* STS núm. 988/2017 de 5 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 2796) Mutualidades de Previsión Social y profesionales colegiados. Asociación Mutualista de la Ingeniería Civil. Procedencia de la denegación de su reconocimiento de capacidad para actuar como mutualidad de previsión social alternativa al RETA respecto a otros ingenieros colegiados diferentes de aquéllos para los que la actora tiene reconocida tal condición., al no existir vulneración de la Disp. Adicional 15ª Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ni tampoco vulneración del principio de igualdad ante la Ley	400
* STS núm. 1002/2017 de 6 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 2739) Asociaciones. Procedencia de la denegación de declaración de utilidad pública por falta de promoción del interés general al ser los servicios y actividades que presta (la Asociación) en realidad servicios onerosos de naturaleza privada, que se prestan a cambio de una contraprestación y que no tienen ni pueden tener categoría de servicio público. Falta de prueba de que los ingresos que obtiene la asociación de las contraprestaciones de sus servicios a terceros se reinviertan en los mismos fines de interés público que constituyen su objeto social.	423
* STS núm. 1053/2017 de 14 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3161) Asociaciones. Inscripción en el Registro de asociaciones por silencio administrativo	427
* STS num. 1188/2017 de 7 de julio (Cont.-Admvo.) (RJ 2017, 4161) Fundaciones. Legitimación activa en materia de medio ambiente. La especial significación constitucional del medio ambiente (art. 45 CE) amplía el marco de legitimación de organizaciones como la recurrente, que debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de intereses colectivo que repercuten en toda la sociedad. Ejercicio de la acción popular. Convenio de Aarhus	446
* STS núm. 1119/2017 de 26 de junio (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 3010) Asociaciones. Revocación improcedente de declaración de utilidad pública	433

* STS núm. 507/2017 de 4 de julio (Penal) (RJ 2017, 4128) Sociedad Laboral. Responsabilidad penal de administrador de hecho de sociedad laboral. Apropiación indebida por subirse unilateralmente su sueldo y recibir incentivos en cantidades del doble de lo que le correspondía sin existir acuerdo válido de la entidad. Inaplicación de administración desleal al concurrir ánimo de incorporación definitiva del dinero a su patrimonio.	399
* Auto TS de 5 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 201742) Cooperativas. Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad. Socio de cooperativa encuadrado en el RETA y responsabilidad de la tercera empresa contratista de la cooperativa en la que se prestaban los servicios.	393
* Auto TS de 18 de julio de 2017 (Social) (JUR 2017, 200900) Cooperativa de Trabajo Asociado. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción de impugnación de una sanción al socio cooperativista.	394
* Auto TS de 18 de septiembre de 2017 (Cont.-admvo) (JUR 2017, 238341) Cooperativas y Derecho de defensa de la competencia. Determinación de interes casacional	396
* STS núm. 1624/2017 de 26 de octubre (Cont.-admvo.) (RJ 2017, 4542) Asociaciones. Procedencia de denegación de la declaración de utilidad pública por falta de realización de sus actividades con fines de interés general. Naturaleza reglada y no discrecional de esta actividad administrativa	435
* STS num. 862/2017 de 7 de noviembre (Social) (JUR 2017, 288188) Fundaciones. Inexistencia de relación laboral entre Fundación Musical y músicos	451
* Auto TS de 8 de noviembre de 2017 (Civil) (JUR 2017, 282970) Cooperativas. Competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya para conocer recurso de casación fundado en la Ley de Cooperativas de Cataluña, aunque se invoquen también otras normas de derecho común	397

* STS núm 1880/2017 de 30 de noviembre (Cont.-Admvo.) (RJ 2017, 5133)
 Mutualidades de Previsión Social. Desde el punto de vista de su configuración y régimen jurídico positivo, las mutualidades de previsión social se presentan como una de las formas que pueden adoptar las entidades privadas para ejercer la actividad aseguradora, concretamente en una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria del sistema de Seguridad Social obligatoria, y en este sentido se pueden calificar con toda propiedad como empresas aseguradoras que, como tales, se mueven dentro del ámbito del Derecho Mercantil 413

* STS núm. 1972/2017 de 14 de Diciembre (Cont.-admvo.) (JUR 2017, 312741)
 Asociaciones. Inscripción de baja en registro de asociaciones. La autoridad registral no podía alegar para rechazar la inscripción de la baja de la asociación por cambio de su régimen jurídico, haber denegado la previa solicitud de cancelación de la inscripción de dicha asociación por la disolución sin liquidación de la misma como consecuencia de su absorción. Aunque ambas solicitudes respondan a los mismos hechos y puedan tener un significado material equivalente, lo cierto es que las exigencias formales registrales para una u otra solicitud no son las mismas, siendo más rigurosas las requeridas para inscribir una disolución asociativa que para inscribir una baja por un cambio de régimen jurídico 441