



Cuadernos
de Derecho
y Comercio **77**

FUNDACIÓN
NOTARIADO

Enero-
Junio
2022



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio
77

enero-junio 2022

Revista semestral
Fundación Notariado

Los trabajos pertenecientes a *Cuadernos de Derecho y Comercio* solo se pueden copiar, compartir, difundir y exponer públicamente de forma parcial para fines exclusivamente académicos, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial, publicación y datos identificativos de la obra).

Los trabajos editados en la revista únicamente podrán ser reutilizados o publicados con posterioridad en otros medios si el autor cuenta con la correspondiente autorización de la editorial, en cuyo caso el autor deberá indicar claramente que el trabajo se publicó por primera vez en esta revista.

No se permite ninguna forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la revista o de su contenido con fines promocionales

Todos los trabajos publicados son originales.

© Fundación Notariado
Calle Silvano, 55 - 28043 Madrid
Correo de contacto: publicaciones@fundacionnotariado.org

Edita: FUNDACIÓN NOTARIADO

ISSN: 15757-4812
ISSN (versión digital): 2174-0836
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión: Outdesign, Publishing Services

Impreso en España / Printed in Spain

CONSEJO EDITORIAL/EDITORIAL BOARD

PRESIDENTE/PRESIDENT

Adolfo Príes Picardo

Notario

Consejo General del Notariado

DIRECTORA/DIRECTOR

Cristina Marqués Mosquera

Notaria

Consejo General del Notariado

SECRETARIA Y EDITORA/SECRETARY AND EDITOR

Blanca de la Cámara Entrena

Notaria

Consejo General del Notariado

COMITÉ ASESOR/ADVISORY COMMITTEE

Josefina Boquera Matarredonda

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

Giuseppe Guizzi

Profesor de Derecho Mercantil

Università di Napoli "Federico II"

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada

Audiencia Provincial de Córdoba

Consejo General del Poder Judicial

Francisco José León Sanz

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Autónoma de Madrid

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

Andrés Recalde Castells

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Autónoma de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN/EDITORIAL COUNCIL

Jesús Alfaro Águila-Real

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

Carmen Alonso Ledesma

*Catedrática de Derecho Mercantil
Profesora Honorífica
Universidad Complutense de Madrid*

Alberto Alonso Ureba

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos*

Alberto Díaz Moreno

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

Gaudencio Esteban Velasco

*Catedrático de Derecho Mercantil
Profesor honorífico
Universidad Complutense de Madrid*

José Massaguer Fuentes

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pompeu y Fabra Barcelona*

José Manuel García Collantes

*Notario
Consejo General del Notariado*

Rafael Illescas Ortiz

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

Xavier O'Callaghan Muñoz

*Catedrático de Derecho Civil
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo
Consejo General del Poder Judicial*

Santiago Ortiz Navacerrada

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Alcalá de Henares*

José Cándido Paz-Ares Rodríguez

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

Fernando Rodríguez Artigas

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

Ángel Rojo Fernández-Río

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

Salvador Torres Ruiz

*Notario
Consejo General del Notariado*

Patricio Toscano Romero

*Abogado del Estado
Abogacía General del Estado*

LISTADO DE EVALUADORES (2020-2021)

1. **Anglès Juanpere, Benjamí** (Prof. Universitat Oberta de Catalunya)
2. **Fernández Torres, Isabel** (PTU. Universidad Complutense de Madrid)
3. **Fuentes Naharro, Mónica** (PTU. Universidad Complutense de Madrid)
4. **Gallego Lanau, María** (PCD. Universidad de Zaragoza)
5. **García Novoa, César** (PCU. Universidad de Santiago de Compostela)
6. **Juan y Mateu, Fernando** (PTU. Universitat Jaume I)
7. **Lara González, Rafael** (CU. Universidad Pública de Navarra)
8. **Lois Caballé, Ana I.** (PTU. Universitat de València)
9. **Martí Miravalls, Jaime** (PTU. Universitat de València)
10. **Martí Moya, Vanessa** (PTU. Universitat de València)
11. **Martínez Pérez, Miriam** (Prof. Centro Estudios Garrigues)
12. **Meco Tébar, Fabiola** (PAD. Universitat de València)
13. **Montero García-Noblejas, Pilar** (PTU. Universidad de Alicante)
14. **Olavarría Iglesia, Jesús** (PTU. Universitat de València)
15. **Pedrosa López, José C.** (PAD. Universitat de València)
16. **Peñas Moyano, María Jesús** (CU. Universidad de Valladolid)
17. **Pérez Millán, David** (PTU. Universidad Complutense de Madrid)
18. **Pérez Troya, Adoración** (PTU. Universidad de Alcalá)
19. **Quintana Ferrer, Esteban** (PTU. Universitat de Girona)
20. **Recamán Graña, Eva** (PCD. Universidad Complutense de Madrid)
21. **Romero Fernández, Jesús Antonio** (CU. Universidad de Sevilla)
22. **Sedeño López, José F.** (Prof. Universidad de Málaga)
23. **Toribio Bernárdez, Luis F.** (Prof. Universidad de Sevilla)
24. **Viera González, Arístides J.** (CU. Rey Juan Carlos)

EQUIPO TÉCNICO

COORDINADORA

Isabel Cortés Calvo

Consejo General del Notariado

TRADUCTORES

Ubiquis Spain

AGtradinters

CORRECTORA ORTOGRÁFICA

Gloria Lozano Serradilla

EVALUACIÓN EXTERNA

COORDINADORA DE LA EVALUACIÓN EXTERNA

Nuria Latorre Chiner

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La organización jurídica de la empresa familiar: de la sociedad aislada al grupo de empresas familiar // The legal organisation of the family business: from stand-alone company to the family group of companies, <i>por José Miguel Embid Irujo</i>	17
Guía del tratamiento tributario de los NFTs (Tokens No Fungibles) en España // Guide to the taxation of NFTS (non-fungible tokens) in Spain, <i>por Íñigo Egea Pérez-Carasa</i>	63
Beneficios e incentivos fiscales del régimen económico y fiscal de Canarias. Especial estudio de la Zona Especial Canaria y la Reserva Para Inversiones en Canarias // Benefits and tax incentives of the economic and tax regime of the Canary Islands. Special study of the Canary Islands Special Zone and the Reserve for Investments in the Canary Islands, <i>por Juan Enrique Costa Ninot</i>	131
La problemática contractual en torno a la crisis logística del transporte marítimo // The contractual problem around the logistics crisis of maritime transport, <i>por Eduardo Herrero Urtueta</i>	173

SUMARIO

COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- El legado de participaciones sociales en la reciente STS 862/2021, de 13 de diciembre // The bequest of company shares in the recent STS (Supreme Court's decision) 862/2021, of 13 december, *por Eduardo Hijas Cid* 213
- Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 391/2021, de 29 de octubre sobre el carácter legitimador o constitutivo de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas con relación a la prenda de acciones // Commentary on the judgment of the Provincial Court of Madrid 391/2021, of october 29, on the legitimazing or constitutive character of the registration in the registry book of nominated shares in relation to the pledge of shares, *por Carlos Valverde González* 231
- La indemnización por clientela en el contrato de agencia: comentario a la sentencia 528/2020 del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2020 // Compensation for clientele in the agency contract: commentary on decision 528/2020 of the Supreme Court of october 14, 2020, *por Francisco Javier García Bielsa* 245

PRÁCTICA JURÍDICA

- Intervención de préstamos formalizados en póliza y ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario // Intervention of policy loans and the law regulating real estate credit contracts, *por Juan Pérez Hereza y Jorge Prades López* 277

RESEÑAS

- El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores- Noval Lamas, Joaquín José, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), *por Leopoldo José Porfirio Carpio* 291

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DE LA EMPRESA FAMILIAR: DE LA SOCIEDAD AISLADA AL GRUPO DE EMPRESAS FAMILIAR*

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

RESUMEN

El presente trabajo pasa revista a las principales características de la empresa familiar desde el punto de vista del Derecho de sociedades de capital y afirma la conveniencia de contar para su organización jurídica con un modelo simplificado de sociedad, todavía inexistente en el ordenamiento español. Es muy frecuente, sin embargo, que la empresa familiar no se articule mediante una sola sociedad y que dé lugar, por vía del protocolo familiar, a la constitución de un auténtico grupo. A tal fin, el presente artículo sugiere la conveniencia de situar en la cima del grupo familiar a una fundación con el propósito de dar estabilidad y permanencia a la empresa.

Palabras clave: empresa familiar, protocolo familiar, sociedades mercantiles de capital, sociedad simplificada, grupo de empresas, fundación.

* El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación “Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria” (DER2017-83428P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales la profesora Lourdes Ferrando Villalba y el autor. Una versión previa y sintética del mismo fue expuesta en la Jornada sobre empresa familiar organizada por la profesora María Enciso Alonso-Muñumer en la Universidad Rey Juan Carlos, de Madrid, celebrada el día 24 de noviembre de 2021. Agradezco a la profesora Enciso su amable invitación.

THE LEGAL ORGANISATION OF THE FAMILY BUSINESS: FROM STAND-ALONE COMPANY TO THE FAMILY GROUP OF COMPANIES

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Professor of Commercial Law

University of Valencia

ABSTRACT

This paper reviews the main features of family firms from the perspective of company law and argues in favour of enabling their legal organization by means of a simplified company form, yet non-existent under Spanish law. It is very often, however, that family firms choose not to articulate through a single company, but that family constitutions rather result in the formation of a group of companies. To this end, this paper suggests the convenience of placing a foundation at the top of a family group with the purpose of ensuring stability and permanence of the business.

Keywords: family firm, family constitution, companies, simplified company form, group of companies, foundation.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN: LA COMPLEJIDAD JURÍDICA DE LA “EMPRESA FAMILIAR”. 1. Consideraciones generales. 2. La familia, como punto de partida esencial en el análisis de la empresa familiar y el relieve, en dicho ámbito, del Derecho.— II. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO MERCANTIL. 1. La “inespecificidad” de la empresa familiar desde la teoría jurídica de la empresa. 2. Hacia la delimitación conceptual de la empresa familiar.— III. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO DE SOCIEDADES. 1. Premisa: las dos grandes modalidades de organización societaria de la empresa familiar. 2. La elección del tipo: inexistencia de una figura societaria *ad hoc* para la empresa familiar. 3. La adaptación del tipo elegido a las necesidades de la empresa familiar: cuestiones de tipología societaria. 3.1. Precisiones introductorias. 3.2. El relieve efectivo de la orientación tipológica en el ámbito de la empresa familiar. 3.2.1. Esbozo de la cuestión tipológica. 3.2.2. El sentido institucional. 3.2.3. El sentido amplio. 3.2.4. Balance provisional y valoración de la cuestión tipológica desde la empresa familiar: autonomía de la voluntad, estatutos y pactos parasociales.— IV. UNA MIRADA A LA PRÁCTICA: LA EMPRESA (SOCIETARIA) FAMILIAR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA Y EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA. 1. Las decisiones seleccionadas. 2. Valoración conjunta de la jurisprudencia analizada.— V. EL GRUPO FAMILIAR DE EMPRESAS. 1. Consideraciones generales. 2. La organización del grupo familiar de empresas. 2.1. Premisa: los modelos de grupo. 2.2. El grupo de empresas fundacional. 2.2.1. Los intereses en presencia. 2.2.2. La estabilidad y la continuidad del grupo de empresas fundacional. 2.3. La empresa familiar y el grupo de empresas fundacional. 2.3.1. Consideraciones introductorias. 2.3.2. La constitución del grupo y el protocolo familiar. 2.3.3. El gobierno corporativo del grupo de empresas familiar.— VI. CONSIDERACIONES FINALES.— VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRESENTACIÓN: LA COMPLEJIDAD JURÍDICA DE LA “EMPRESA FAMILIAR”

1. Consideraciones generales

Son varias las vertientes en que se traduce la preocupación jurídica por la empresa familiar: desde la relativa a su organización, propiamente dicha, orientada a definir y configurar la forma jurídica idónea para esta iniciativa empresarial, hasta la vertiente tributaria, con un propósito —nada oculto— de favorecimiento fiscal, pasando por consideraciones diversas propias de otras ramas del ordenamiento (civil, laboral, entre otras)¹. Estas vertientes presuponen conceptual y fácticamente una noción segura y firme de la empresa familiar, lo que está lejos de ser cierto.

Por la misma imprecisión de la fórmula, que se une, inevitablemente, a su amplísimo campo funcional de aplicación, debido a la singularidad de cada uno de sus dos términos componentes (“empresa” y “familia”), no es seguro que se pueda conseguir un concepto que resulte satisfactorio para los múltiples sectores de intereses involucrados en su organización y en su actividad; de ellos forman parte, desde luego, los miembros, a distintos niveles, de la familia, los diversos *stakeholders* afectados por su funcionamiento, así como *last but not least*, el legislador mismo.

Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno problemático, derivado precisamente de la formación, por iniciativa exclusiva y directa de uno o varios miembros de una misma familia (tomando el término con cierta holgura), de una unidad pro-

¹ Por muchos, véase SÁNCHEZ RUIZ, M., *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010; recientemente, y con carácter genérico, ORTEGA BURGOS, E. (dir.), *Tratamiento jurídico y fiscal de la empresa familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. Destaca ese “relieve jurídico plural”, recientemente, FLEISCHER, H., «An Introduction to Law and Management of Family Firms», en FLEISCHER, H. (dir.), *Family Firms and Closed Companies in Spain*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-22, especialmente, pp. 5-6.

ductiva, de, en suma, un operador económico en el mercado. Condición necesaria de esa labor de emprendimiento será la de conseguir que dicha unidad productiva desarrolle de manera eficiente una determinada actividad en el mercado. Pero esa condición solo será suficiente cuando, además, sea posible insertar en la organización y funcionamiento de la empresa las exigencias y los intereses característicos de la familia empresaria, siempre sometidos a las singulares circunstancias que los habituales vínculos de consanguinidad existentes entre sus miembros imponen.

De modo que a la dinámica que es inherente a la existencia misma de toda explotación empresarial en el mercado se une también una dinámica de otro signo, relacionada directamente con el devenir y las circunstancias del grupo familiar, en cuyo ámbito lo personal y afectivo vive una compleja relación con el fenómeno empresarial. Del mismo modo, y sin perjuicio de reconocer la condición de auténtica empresa que tiene nuestra figura, resulta evidente su superior “dimensión institucional”, frente a lo que es característico de la gran mayoría de los operadores económicos en el mercado. Con esa fórmula se quiere significar el propósito de constituir un supuesto empresarial estable, duradero y capaz de integrar, con eficiencia, las diversas sensibilidades existentes en la familia empresaria.

De la posibilidad de conjugar armónicamente los diversos planos ahora referidos, dando a la empresa lo que es de ella y otorgando a la familia sus propias satisfacciones, depende no solo la existencia misma de la empresa familiar, sino también su viabilidad y, sobre todo, su desarrollo y consolidación en el mercado.

2. La familia, como punto de partida esencial en el análisis de la empresa familiar y el relieve, en dicho ámbito, del Derecho

Interesa resaltar en este momento el papel preponderante y, cabría decir, “constitutivo” desempeñado por la familia a la hora de comprender y analizar, desde el punto de vista del Derecho, el significado de la empresa a ella vinculada y que, por tal razón, adquiere el calificativo de familiar. Parece evidente que, con independencia del significado que, en nuestro tiempo, quepa atribuir al término familia, buena parte de su relieve jurídico en la materia ahora en estudio habrá de situarse en el Derecho privado y, de manera más específica, en la vertiente propia del Derecho civil. Al fin y al cabo, el estatuto jurídico de los miembros de la familia empresaria, su condición estrictamente personal y los vínculos de parentesco que, en su caso, existan, operarán, desde luego, como presupuesto imprescindible de la organización y funcionamiento de la empresa.

No es seguro, sin embargo, que esa prioridad de la familia en lo que atañe a la existencia y configuración misma de la empresa familiar se manifieste por vías exclusivamente jurídicas. Es indudable, aunque convenga reiterarlo, que el estatuto jurídico-civil de los familiares miembros de la empresa tendrá una importancia destacada en el “latir cotidiano” de la empresa familiar; siendo esto así, no obstante, es también notorio que en la interacción entre la familia y la empresa el Derecho (cualquiera sea este, y no solo el civil) “vendrá después” o, dicho de otra forma,

en la empresa familiar el papel del Derecho, sin duda destacado, será un efecto o consecuencia de otras circunstancias, generalmente vinculadas con las relaciones interpersonales, con los afectos y enojos que, en su caso, surjan entre los miembros de la familia empresaria en cada situación concreta por la que atraviese aquella.

Con estas afirmaciones, no solo se quiere destacar la prioridad ontológica que, en términos generales, corresponde a la realidad social en relación con el Derecho y que se refleja con particular acierto en el tradicional aforismo *ubi societas, ibi ius*; también se intenta aludir, con el reiterado recurso a una consagrada fórmula jurídica, a “la fuerza normativa de lo fáctico”, lo que permite confirmar en nuestro caso, desde luego, la “prioridad ontológica” de la familia respecto de la empresa familiar, así como también su precedencia sustancial respecto de su concreta configuración jurídica. Sin perjuicio, claro está, de la vigencia indiscutida del ordenamiento, parece evidente que el poder de la autonomía de la voluntad permite en la empresa familiar la articulación singular de los mecanismos jurídicos disponibles, con el elemento distintivo frente a la generalidad de las empresas de que esa conformación organizativa derivará directamente de la familia empresaria como titular de la explotación económica.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que la existencia misma de la empresa familiar traerá consigo, de manera imprescindible, la presencia del Derecho. Y ello, en un doble plano: de un lado, porque toda empresa, por su propia naturaleza, se constituye en agente de actividad en el mercado y solo por esa razón, aunque nos encontremos ante la unidad productiva más elemental, quedará plenamente inserta en la órbita jurídica, al margen de muy distintos matices a los que aquí no procede aludir.

De otro lado, porque la empresa familiar, como consecuencia de la interacción entre empresa y familia, intentará dotarse con instrumentos jurídicos susceptibles de canalizar dicho vínculo, a fin de articular una organización eficiente y, a ser posible, duradera, en la que resulte posible superar sin demasiadas dificultades los conflictos que puedan surgir en su seno; conflictos, por otra parte, que en atención a la naturaleza de nuestra figura, seguramente no serán solo meras contraposiciones de intereses, sino, en muchos casos, enfrentamientos derivados de los vínculos familiares presentes en la empresa².

² No parece necesario destacar el extraordinario relieve que, para la resolución de los conflictos empresariales, con especial incidencia en el ámbito de las sociedades mercantiles, tienen los llamados “medios alternativos de resolución de conflictos” (ADR, según sus siglas en inglés), en especial el arbitraje y la mediación. Su significado en la empresa familiar es muy destacado, desde luego por lo que al arbitraje se refiere. En relación con estas cuestiones, véase FERNÁNDEZ CÁMARA, C., «Capítulo XV: El conflicto y los ADR en la empresa familiar», en *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 853-877; específicamente sobre la mediación, HERNANDO CEBRIÁ, L., «La mediación societaria en el marco de la ADR (*Alternative Dispute Resolution*)», en BOLDÓ RODA, C. (dir.), ANDREU MARTÍ, M.^a M. (coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 248 y ss.

Si en el primer plano, la presencia del Derecho puede considerarse, como regla general, ajena a la base personal de la empresa, en el segundo, por el contrario, resulta posible afirmar el carácter estrictamente derivado de la respuesta jurídica adoptada en cada caso por la familia empresaria, sobre la base de las distintas técnicas aplicables a la figura. No se quiere decir con ello que la función del Derecho en este caso sea del todo instrumental ni que, al mismo tiempo, se limite a ser medio exclusivo de resolución de las tensiones existentes entre los miembros de la familia, aunque resulta conocida la relativa desconfianza con la que en el ámbito familiar (y no solo en la empresa de este carácter) se ve todo lo que es propio del mundo jurídico³.

En tal sentido, como la práctica confirma en numerosas ocasiones, la adopción de determinadas técnicas jurídicas se basa, a la vez, en razones preventivas y de configuración organizativa, desempeñando tales técnicas con cierta frecuencia una función relativamente autónoma, idónea para influir en la evolución ulterior de la propia empresa familiar. Para el jurista dedicado al análisis de nuestra figura, así como para el que se dedique a asesorar en las múltiples materias que le afectan, constituye un requisito *sine qua non* el de contar “con todo el ordenamiento” para cumplir más perfectamente su oficio. No se ignora con ello que el estudio y la consultoría jurídicas en materia empresarial también requiere de una amplia y comprensiva visión de las disciplinas jurídicas. Pero, en el caso de la empresa familiar, ese carácter “holístico”, cabría decir, de la labor del jurista adquiere mayor intensidad como consecuencia, precisamente, de la amplitud y diversidad de supuestos y posibilidades que en su ámbito produce la permanente interacción entre la empresa y la familia⁴.

³ Con mayor énfasis, se ha podido decir que “una de las actitudes más características de los grupos de personas unidas por un afecto familiar vivo y cariñoso es el desprecio por el derecho. Este hecho no solo afecta a la empresa familiar, sino al matrimonio o la familia a secas. Cuando las relaciones son buenas existe una tendencia natural a no considerar necesaria la sujeción a unas normas preestablecidas. Se piensa que todo va a ir bien y que las situaciones se resolverán siempre con la misma buena fe con que se desenvuelven en el presente. Sin embargo, una actitud más previsora se impone para que la empresa familiar pueda subsistir generación tras generación” (cfr. REVILLA FERNÁNDEZ, I. G., «Capítulo III: Fórmulas societarias existentes al servicio de la empresa familiar», en *Panorama actual de la empresa familiar*, cit., pp. 189-231, concretamente, p. 194, con cita de la obra de TENA ARREGUI, R., *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2005, pp. 16-17).

⁴ De ahí la tendencia de los estudiosos y prácticos a recurrir, en el tema que nos ocupa, a un variado elenco de elementos, propios de muy distintos sectores del ordenamiento, sobre todo en el ámbito del Derecho privado y, con especial relieve, según se verá más adelante, del Derecho de sociedades. Y ello es así, salvo que exista alguna norma prohibitiva, o sea notorio el desajuste entre el supuesto de hecho o, más precisamente, el problema concreto, y el remedio buscado para su solución. Y es que, como se ha dicho autorizadamente (cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, p. XXVIII), en la tarea del jurista (referida, en ese caso, al Derecho de sociedades), no hay que ahorrar elementos que puedan conducir a una correcta hermenéutica. Más recientemente, se expresa esta tendencia de manera destacada en el amplio volumen, ya citado, *Panorama actual de la empresa familiar*. Dentro de los numerosos trabajos allí contenidos, resultan de especial relieve en relación con lo indicado en el texto los estudios de BERROCAL LANZAROT, A., «Capítulo II: La organización de la empresa familiar: comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación», pp. 53-188, REVILLA FERNÁNDEZ, I. G., «Capítulo III: Fórmulas societarias existentes al servicio de la empresa familiar»,

II. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO MERCANTIL

1. La “inespecificidad” de la empresa familiar desde la teoría jurídica de la empresa

Si, como se acaba de indicar, la familia constituye el presupuesto fundamental de la figura que nos ocupa, su tratamiento jurídico básico, el “centro organizador” de su disciplina jurídica, podríamos decir, habrá de situarse, de acuerdo con los argumentos recién expuestos, en la órbita de la materia que toma a la empresa como referente básico de su contenido, es decir, el Derecho mercantil. Y ello, por supuesto, sin ignorar que, precisamente por tratarse de una empresa organizada y dirigida por una familia —tomando, de nuevo, este término con una cierta holgura— será imprescindible el concurso de otros sectores del ordenamiento, a algunos de los cuales ya se ha hecho referencia con anterioridad.

Con el objetivo de perfilar de la mejor manera posible el relieve jurídico de la empresa familiar, interesa, por tanto, contemplarla desde la vertiente característica de la teoría jurídica de la empresa propia del Derecho mercantil, a fin de determinar, en su caso, sus particulares rasgos distintivos. Dicho de otra manera, se trata de saber si por su esencial carácter familiar, la figura empresarial que nos ocupa gozará de un estatuto específico en dicho ámbito o, por el contrario, habrá de seguir las reglas generales previstas, en común, para todo tipo de empresas.

Sin embargo, no parece haber en la teoría jurídica de la empresa elementos suficientes para dotar de autonomía en su seno a la empresa familiar, de modo que pudiera constituir un capítulo aparte en dicho ámbito. Si se atiende al *objeto*, es decir, a la actividad o conjunto de actividades desarrolladas por la empresa familiar en el mercado, como primer elemento susceptible de proporcionarle algún rasgo distintivo, la conclusión ha de ser claramente negativa. Con los inevitables matices, debidos siempre a circunstancias puramente fácticas, comunes, por lo demás, a todas las empresas, nuestra figura podría tener cualquier objeto de “lícito comercio”, como, de hecho, así sucede en la práctica. La empresa familiar no sería, por tanto, una “empresa especial”, merecedora de un tratamiento jurídico propio, como sucede notoriamente en muchas de las llamadas “sociedades especiales”, soslayando ahora el desajuste conceptual —no decisivo a nuestros efectos— entre empresa y sociedad.

Si nos fijamos, en segundo lugar, en la cuestión de la *forma jurídica* de la que pueda revestirse la empresa familiar, resulta evidente, del mismo modo, su falta de

cit., pp. 189-231, OLMEDO CASTAÑEDA, F. J., «Capítulo VIII: Hacia un estatuto de la empresa familiar: necesarias reformas legales», pp. 369-441, sin perjuicio del interés general de toda la obra en la que se traduce, con diverso alcance, la tendencia de “contar con todo el ordenamiento”, en el análisis de la empresa familiar, indicado en el texto como criterio metodológico. Últimamente, con especial referencia al relieve de las sociedades de capital cerradas como instrumento jurídico idóneo para la empresa familiar entre nosotros, véase FLEISCHER, H. (dir.), *Family Firms and Closed Companies in Spain*, *cit.*, *passim*.

aptitud diferenciadora. Dejando aparte, como en otras ocasiones, los numerosos matices que en este asunto concurren, es evidente que a la empresa familiar se le abre un amplio abanico de posibilidades desde el punto de vista que ahora nos ocupa. De este modo, la empresa familiar podría adoptar para su constitución jurídica, en principio, cualquiera de las figuras que resultan disponibles en el marco del Derecho mercantil, desde la empresa individual a las distintas sociedades reconocidas en el art. 122 del Código de comercio (en adelante, C. de c.), limitándonos ahora a los modelos “universales” y marginando, por tanto, algunos supuestos de carácter concreto, además de las variaciones que de esos mismos modelos admite el ordenamiento⁵.

Por tanto, la empresa familiar no ha de hacer algo distinto de lo que, en idéntico trance, corresponde a las demás empresas; se trata, sin más, de dar cauce y expresión externa a la voluntad electora de la figura jurídica, circunstancia consustancial, por otra parte, a la naturaleza misma del Derecho privado en el que se inserta este particular asunto. Y si la empresa familiar opta en nuestros días mayoritariamente por la sociedad de responsabilidad limitada, no lo hace porque sea esta, en abstracto, la forma idónea para un tal ejemplo de explotación económica, aunque resulte adecuada para la pequeña y mediana empresa, supuesto ampliamente dominante en su ámbito; lo hace, como regla general, porque se trata del criterio predominante entre nosotros, sin perjuicio de que dicho tipo societario permita un amplio juego de la autonomía de la voluntad en su particular configuración jurídica, ca magnitud esta de tanto relieve para la empresa familiar.

Tampoco posee carácter distintivo de la empresa familiar, en tercer lugar, su *tamaño* o, si se prefiere, su dimensión económica. En este sentido, la empresa familiar puede ser una figura de escaso relieve económico, pero también puede

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 C. de c., se ha aludido en el texto únicamente al empresario (comerciante) individual y a las “compañías mercantiles e industriales” constituidas con arreglo a lo dispuesto en el propio Código. Ello no impide afirmar que, en nuestro tiempo, se contemple la posibilidad de que la empresa se organice jurídicamente recurriendo a otras figuras, en esencia, otras variedades de persona jurídica. Surgen, así, empresas de las que son titulares una asociación o una fundación, cuya importancia, sin duda, resulta mucho menor a la del empresario individual y, sobre todo, a las sociedades mercantiles, cuando se organizan bajo forma capitalista. Es indudable, del mismo modo, que las dos figuras indicadas no son las únicas a las que se podría recurrir a los efectos del tema ahora en examen; parece teóricamente viable la constitución de otras entidades de base asociativa, como la sociedad civil o la sociedad cooperativa, sin perjuicio de que esta última suele ser considerada, por su complejidad jurídica, prácticamente inidónea desde el punto de vista de la empresa familiar (véase, no obstante, CAÑABATE POZO, R., «Cooperativa y empresa familiar», *CIRIEC*, 37 (2020), pp. 207-246, quien no deja de destacar algunas dificultades de la figura para convertirse en forma jurídica idónea de la empresa familiar). Y todo ello, claro está, sin ignorar el papel que desempeña en nuestros días el empresario individual (al respecto, HIERRO ANIBARRO, S. [dir.], *Un nuevo estatuto para el empresario individual*, Madrid, Marcial Pons, 2016) tantas veces como punto de partida de la empresa familiar, gracias a la frecuente labor fundadora del cabeza de familia, que, con posterioridad y una vez consolidado el negocio familiar, tenderá a asociar en una forma jurídica de sociedad (normalmente mercantil) a otros miembros de la unidad familiar, frecuentemente los hijos. Sobre las circunstancias de este supuesto desde el Derecho, véase LLEONART CASTRO, J., «Capítulo I: El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad», en *Panorama de la empresa familiar*, cit., pp. 17-51.

ser una gran empresa; o puede no ser una cosa ni otra, sin perjuicio de que, en su desenvolvimiento económico, evolucione desde una mínima condición originaria (por ejemplo, una microempresa) hasta adquirir una dimensión relevante en el mercado (incluso una gran empresa) dentro del sector de actividad económica elegido⁶. Si hay muchas empresas familiares que son, como se acaba de indicar, pequeñas o medianas, no es, como en el caso anterior, por su condición familiar, sino porque esa es la categoría habitual de los operadores económicos en el mercado español.

Quedaría por considerar, finalmente, la vertiente específica de la *titularidad* de la empresa, no tanto en lo que se refiere al asunto, ya analizado, de la forma con arreglo a la cual podría constituirse, sino, esencialmente, a la condición, privada o pública, del titular de la empresa. No es el momento de adentrarnos en esta específica circunstancia, a la que se vinculan, como punto de partida, cuestiones de orden constitucional, como las relativas al modelo económico consagrado en la respectiva Ley fundamental⁷. En todo caso, sí parece notorio que, en el contraste entre actividad económica privada y actividad económica pública, la empresa familiar habrá de adscribirse, sin género de duda, a la primera vertiente.

Lo que sucede en este caso, y por razones igualmente ontológicas, es que resulta improbable la categoría de la “empresa pública familiar”, y si se afirmara la existencia de un grupo familiar de relieve público, en el sentido político-institucional (por ejemplo, la familia real), habría que plantearse la viabilidad jurídica de su hipotética actividad en el mercado; o, cuando menos, separar con toda nitidez la función constitucional ejercida por ese grupo humano unido por lazos de consanguinidad, de la actividad empresarial que, en su caso, pudiera desarrollar. Por lo tanto, y dada la peculiaridad de este último supuesto, la condición esencialmente privada de la empresa familiar tampoco permitiría distinguirla de las restantes empresas (que son la inmensa mayoría) correspondientes al sector de la actividad económica de titularidad privada.

Por lo expuesto, la empresa familiar no posee rasgos específicos que permitan asignarle un lugar determinado dentro de la reflexión jurídica general sobre la empresa que es propia del Derecho mercantil. Cabe hablar, así, de una suerte de “inespecificidad objetiva”, característica de la empresa familiar o, si se quiere, de que la misma disfrutará de un alto grado de “polivalencia funcional”⁸, al modo

⁶ Así, recientemente, DEL VAL TALENS, P./GIMENO RIBES, M., «Setting the Scene. Family Firms and Closed Companies in Spain», en FLEISCHER, H. (dir.), *Family Firms and Closed Companies in Spain*, cit., pp. 22-63. Y aunque falta por desarrollar un amplio elenco de temas de la teoría jurídica de la empresa en relación con su tamaño, quizá sea en el sector de la microempresa donde esa ausencia resulte más notoria; al respecto, últimamente, TRUBIANI, F., *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, en especial, su primer capítulo.

⁷ Al respecto, y para el tratamiento del tema en nuestro Derecho, véase últimamente, NIETO CAROL, U., *La Constitución económica de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

⁸ No muy alejada de este planteamiento se encuentra la descripción de la empresa familiar como un “fenómeno transversal” que hacen DEL VAL TALENS, P./GIMENO RIBES, M., «Specific Financial

que correspondió a la sociedad anónima, antes del ingreso de España en la Unión europea, y se reconoce en la actualidad a la sociedad de responsabilidad limitada dentro de nuestro propio ordenamiento⁹.

Salvando, de nuevo, la distancia, a la vez conceptual y jurídica, entre empresa y sociedad, no parecen exageradas las fórmulas propuestas, cuyo único sentido es poner de manifiesto lo que la empresa familiar es realmente en cuanto sujeto activo de la actividad económica en el mercado. Su singularidad, entonces, se derivará, como ya se ha advertido, de la posición —naturalmente destacada— que en ella ocupe la familia empresaria, sin perjuicio de los efectos concretos que la interacción entre la empresa y la familia, sus dos elementos constitutivos, produzcan en las distintas fases de su desenvolvimiento.

2. Hacia la delimitación conceptual de la empresa familiar

Para conseguir la deseable precisión jurídica en torno a la empresa familiar, sin la que cualquier análisis de esta naturaleza resultará por completo irrelevante, hace falta disponer de alguna formulación genérica que dé cuenta sintética de lo que la misma es. Y que lo haga destacando los elementos que hacen verdaderamente familiar a la empresa que pretende ostentar tal calificativo.

Tal orientación puede apreciarse, dentro del ordenamiento español, en una disposición plenamente inserta en la órbita del Derecho mercantil y dotada de especiales vínculos con la normativa societaria. Se trata, como es notorio, del Real Decreto-ley 171/2007, de 9 de febrero, sobre publicidad del protocolo familiar¹⁰, que

Markets for Family Firms in Spain», *Revue Internationale des Services Financiers/International Journal for Financial Services*, 2 (2020), pp. 26-39.

⁹ Como una especie de “sociedad general” del tráfico mercantil en nuestro tiempo, papel que, a lo largo de la historia del Derecho de sociedades, correspondió a la sociedad colectiva (cfr. GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, cit., pp. 250 y ss.). En realidad, lo que aquí venimos llamando la “inespecificidad” jurídica de la empresa familiar, que implica la adaptabilidad de dicha organización a cualquier tipo societario, quizá constituya un reflejo no bien analizado de una singular evolución histórica por lo que al Derecho de sociedades se refiere. Así, se ha podido subrayar desde la vertiente histórico-jurídica (cfr. PETIT, C., *Historia del Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016) que lo que hoy denominamos “empresa familiar” no es otra cosa que el trasunto de la histórica compañía mercantil, algunos de cuyos elementos vertebrales (*intuitus personarum*, *affectio societatis*), todavía presentes, con diverso alcance, en el moderno Derecho de sociedades, solo pueden comprenderse, a la vista, entre otras cosas, de su propio enunciado, por la integración en su seno de miembros diversos de una misma familia, bajo la autoridad singular del *pater familias*; al respecto, también las sugestivas reflexiones de LIBERTINI, M., «Passato e presente del Diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 735-771.

¹⁰ Al respecto, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Navarra, Aranzadi, 2008, así como VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Comares, Granada, 2015, o DÍAZ GÓMEZ, E., «El protocolo como instrumento de buen gobierno y de “gobernanza de intereses”», en TORRES CARLOS, M. R./FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A. (dirs.), y PÉREZ CARRILLO, E. (coord.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 447-477; más sintéticamente, GARRIDO

viene a establecer un sólido vínculo entre Registro mercantil y empresa familiar a través de la inscripción, ciertamente potestativa, de ese singular documento, fruto de la autonomía de la voluntad, que es el protocolo familiar y al que, sin perjuicio de ulteriores referencias, bien podemos considerar una suerte de “constitución sustantiva” de nuestra figura.

Es en el preámbulo de dicho Real Decreto-ley donde encontramos una particular delimitación de la empresa familiar —no, propiamente, un concepto— en unos términos que no dejan lugar a dudas sobre el pensamiento del legislador a la hora de expresar qué debe entenderse, en el plano operativo, por dicha figura, y cuál pueda ser el instrumento idóneo para su adecuada configuración jurídica. Allí se nos dice, en efecto, que las sociedades (*sic*) familiares son “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece total o parcialmente a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”¹¹.

No parece dudoso, entonces, que la fórmula expresada por el legislador viene a traducir de manera sintética lo indicado con anterioridad a propósito de los elementos distintivos de la empresa familiar. Se declara con nitidez la “posición destacada” de la familia, es decir, de una serie de personas unidas por vínculo de parentesco, en el seno de la empresa, recurriendo a tal efecto a dos términos (propiedad y poder de decisión), considerados sinónimos de acuerdo con lo que resulta usual a la hora de determinar donde se situará la capacidad directiva dentro de un determinado operador económico en el mercado.

Si por “propiedad” cabe entender, en ese contexto, la titularidad formal de las partes alícuotas en las que pueda dividirse el capital social de la sociedad denominada familiar, con la fórmula “poder de decisión” parece que se quiere comprender, además, la aptitud de la familia para controlar efectivamente la organización y el funcionamiento de la empresa familiar¹². Y aunque no parece del todo acertado el “reduccionismo societario” practicado por nuestro legislador en lo que atañe a la configuración jurídica de la empresa familiar, resulta notorio que, como es bien sabido, responde plenamente a lo que se observa en la realidad práctica, aunque no siempre, como se verá, pueda contraerse dicha figura a una sola sociedad, como titular jurídico formal de ella.

DE PALMA, V. M., «La empresa familiar. Su protocolo y el registro mercantil», *Revista Jurídica del Notariado*, 108-109 (2019), pp. 237-262. Al protocolo familiar y a su significado jurídico se refiere con detalle la sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020, de 20 de febrero, de la que más adelante se dará cuenta sintética (cfr. *infra* IV).

¹¹ Repasando las múltiples definiciones que se han dado de la empresa familiar desde el Derecho, se ha podido decir (cfr. BERROCAL LANZAROT, A. I., «Capítulo II: La organización de la empresa familiar: comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación», *cit.*, p. 57) que el eje central de la empresa familiar “viene representado por el control de la familia en todo lo que representa la gestión y dirección de la empresa y, asimismo, la vocación de continuidad como elemento esencial o configurador de la empresa familiar”.

¹² Véase, por muchos, la clásica monografía de ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982.

No es sencillo, con todo, determinar el alcance efectivo que pueda concederse a la delimitación de la empresa familiar contenida en el preámbulo del Real Decreto-ley 171/2007 y que se acaba de transcribir; esta inseguridad se debe, precisamente, al hecho de haberse recurrido a un espacio concreto de la regulación carente de fuerza vinculante¹³, sin perjuicio, claro está, del valor que quepa otorgarle como elemento interpretativo de la norma en la que se inserta. Si siempre es conveniente acoger con cautela las pretensiones definitorias del legislador en las normas positivas, con mayor razón tampoco el jurista habrá de asumir *sic et simpliciter* una delimitación, como la que nos ocupa, situada descomprometidamente en un ámbito, como el preámbulo de una norma, libre, en sentido estricto, de pretensión reguladora.

Con todo, y a pesar de estas reservas, la indicada delimitación puede resultar útil para fijar, siquiera de manera provisional, los elementos centrales de la empresa familiar, desde la perspectiva jurídico-mercantil y, sobre todo, societaria, es decir, aquellos que no pueden faltar so pena de situarnos ante un operador económico en el mercado de distinto orden y condición.

III. EMPRESA FAMILIAR Y DERECHO DE SOCIEDADES

1. Premisa: las dos grandes modalidades de organización societaria de la empresa familiar

Son ya varias las ocasiones en las que se ha aludido al relieve del Derecho de sociedades para la organización jurídica de la empresa familiar y resulta por ello obligado exponer las principales vertientes de la relación entre ambas magnitudes¹⁴. Para nadie es un secreto, como también se ha advertido, que es la forma societaria, mediante la elección, por regla general, de un tipo de naturaleza capitalista, la preferida cuando de articular la figura en estudio se trata. Casi siempre, según es notorio, la reflexión sobre este asunto ha solido orientarse a la elección concreta del tipo que resultaría más idóneo a tal fin.

Sin negar la importancia de este planteamiento, parece recomendable orientar el análisis hacia la “cuestión tipológica”¹⁵, es decir, hacia las posibilidades de configuración concreta que cada tipo societario ofrece a la familia empresaria de acuerdo con sus reglas fundamentales de ordenación, así como mediante el ejer-

¹³ Así también DEL VAL TALENS, P./GIMENO RIBES, M., «Specific Financial Markets for Family Firms in Spain», *cit.*, p. 28.

¹⁴ Esta es la orientación predominante en la doctrina jurídica española, sin perjuicio de la preferente atención que en los últimos tiempos se presta a los mecanismos de financiación de la empresa familiar, superando su tradicional vínculo con los instrumentos puramente societarios en favor de los derivados de su acceso a mercados financieros específicos, como pueden ser entre nosotros el mercado alternativo bursátil y el mercado alternativo de renta fija; sobre estas cuestiones, con detalle, DEL VAL TALENS, P./GIMENO RIBES, M., «Specific Financial Markets for Family Firms in Spain», *cit.*, *passim*.

¹⁵ A este respecto, sigue siendo de utilidad la consulta de MENÉNDEZ, A. (dir.), ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? *La cuestión tipológica*, Madrid, Civitas, 1992.

cicio intenso de la autonomía de la voluntad en los estatutos sociales (art. 28 de la Ley de sociedades de capital, en adelante, LSC), sin ignorar el progresivo relieve de los pactos parasociales (art. 29 LSC)¹⁶.

Además de esta perspectiva, que podríamos denominar “aislada” o, incluso, “estática”, resulta obligado en nuestro tiempo analizar la frecuente presencia en la realidad práctica de auténticos grupos de empresas (por lo común, también sociedades) de naturaleza familiar. Aquí nos situamos ante una realidad más compleja, según la cual, la empresa familiar dejaría de tener un único titular jurídico para quedar “distribuida” entre una pluralidad de sujetos, con arreglo a las pautas de ordenación propias del llamado “Derecho de grupos”. También en la empresa (familiar) de grupo la autonomía de la voluntad jugará un papel determinante, si se quiere, incluso, de mayor entidad, a la vista de la llamativa insuficiencia de las normas contenidas en nuestro ordenamiento sobre dicha figura.

2. La elección del tipo: inexistencia de una figura societaria *ad hoc* para la empresa familiar

El primer elemento de naturaleza societaria que ha de tenerse en cuenta es, precisamente, el de la elección de la forma jurídica que ha de servir de marco institucional para la organización de la empresa familiar. Elegir un tipo determinado (dentro de lo prevenido por el art. 122 C. de c.¹⁷) es, claro está, una

¹⁶ Sobre la cuestión tipológica, véase *infra* 3.2). Conviene resaltar la importancia creciente de los pactos parasociales en todos los tipos capitalistas, cada vez más atendidos por la doctrina (así, por ejemplo, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, y MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Madrid, Marcial Pons, 2017), sin perjuicio de su significativo relieve en la Jurisprudencia (véanse las múltiples referencias a distintos fallos contenidas en GARCÍA VIDAL, Á., «Consecuencias societarias del incumplimiento de pactos parasociales», en EMPARANZA SOBEJANO, A. [dir.], *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 85-137). Si la adecuada elaboración de los estatutos sociales tiene gran importancia en la empresa familiar, idéntico o mayor relieve alcanzan los pactos parasociales, cuyo sentido empresarial y jurídico se pone de manifiesto con frecuencia en ese singular instrumento de ordenación de nuestra figura que es el protocolo familiar, como se destaca en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo núm. 120/2020, de 20 de febrero. En este sentido, y tras considerar al protocolo como “figura o modalidad de pactos parasociales”, afirma “la amplitud y heterogeneidad que presenta su contenido en la práctica negocial, integrado frecuentemente no solo por estipulaciones jurídicamente vinculantes, sino también por declaraciones y acuerdos de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúan a modo de ‘códigos de conducta’ sin valor vinculante”.

¹⁷ Aunque el comienzo del enunciado del precepto (“Por regla general...”) permitiría, literalmente, entender otra cosa, y de ese modo surgió entre nosotros la sociedad de responsabilidad limitada, como es bien sabido, gracias al impulso que le proporcionó la decisiva contribución de los notarios a finales del siglo XIX, es hoy doctrina unánime afirmar el carácter de *numerus clausus* de los tipos jurídico-societarios enumerados en el art. 122 C. de c., sin que quepa admitir, por tanto, supuestos societarios atípicos. En general, sobre estas cuestiones, véase el Anteproyecto de Código Mercantil, de 2014, actualmente “hibernado” (véase, no obstante, BERCOVITZ, A., «La revisión de la “Propuesta de Código Mercantil”», *Revista de Derecho Mercantil*, 310 [2018], pp. 9-30), prescindiendo de la fórmula “por regla general...” en el contexto que nos ocupa, además de establecer un criterio

decisión del todo particular, la cual, no obstante la diversidad de supuestos, hoy aparece claramente circunscrita, como es bien sabido, a la sociedad de responsabilidad limitada y, en segundo lugar —pero cada vez a más distancia— por la sociedad anónima.

Dentro de los tipos elegidos, existe en el Derecho español muy escasa variedad de modulaciones institucionales, y solo tiene algún interés aludir al ámbito tipológico de la sociedad limitada, merced a dos fórmulas distintas, de poca fortuna, por otra parte, en el panorama empresarial de nuestro país: la *sociedad limitada nueva empresa*, prácticamente desaparecida, a pesar, no obstante, de haber sido pionera en el fenómeno, hoy tan frecuente, de la constitución telemática de sociedades, de un lado, y, de otro, la *sociedad limitada de formación sucesiva*, auténtico producto del Derecho de la crisis, y de muy escaso relieve, tanto en el período crítico como posteriormente¹⁸.

Fuera de las figuras universales de sociedad, así como de las modulaciones establecidas al régimen de la sociedad limitada, que, por sí solas, no permiten abarcar el amplio espectro relativo a la empresa familiar, no existe una forma jurídica *ad hoc* para nuestra figura en el Derecho español; o, dicho de otra forma, no disponemos de una forma societaria “familiar”, por utilizar el calificativo que parece lógico dado el supuesto de hecho en estudio. Tampoco se encuentran formas específicas para estas empresas en el Derecho comparado; hay, sí, como es bien sabido, algunos modelos que han adquirido gran protagonismo, como la sociedad por acciones simplificada, que es una forma genérica, no vinculada estrictamente con ningún supuesto empresarial concreto, y que deriva del propósito de aligerar, de manera significativa, la carga reguladora del Derecho de sociedades¹⁹.

El éxito de esta figura en el Derecho francés —donde surgió— resulta equiparable a su brillante desempeño en jurisdicciones como la colombiana²⁰, así como, paulatinamente, en otros ordenamientos de países pertenecientes al círculo jurídico iberoamericano. Y es que, en tal sentido, la idea de una *sociedad mer-*

general de mercantilidad por razón de la forma, circunscrito en el momento presente a las sociedades de capital (cfr. art. 211-1).

¹⁸ Sobre la sociedad nueva empresa, por muchos, HIERRO ANIBARRO, S., «Sociedad nueva empresa (artículos 130 a 144 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada)», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XIV-6º, Madrid, Civitas, 2010; más recientemente, véanse las alusiones a la figura contenidas en NAVARRO MATAMOROS, L., *Panorama del Derecho de sociedades contemporáneo: nuevas figuras y tendencias prácticas*, Navarra, Thomsom Reuters-Aranzadi, 2019, que considera también, al lado de otros modelos societarios propios de distintos países, así como de la Unión europea, el supuesto de la sociedad limitada de formación sucesiva. Por lo demás la derogación de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995 (en adelante, LSRL) por LSC no ha traído cambios al régimen de la sociedad nueva empresa, cuya regulación actual se encuentra situada en el título XII (arts. 434-454) del último texto legal, del mismo modo que también allí (art. 4 bis) se encuentra el escaso régimen establecido para la sociedad limitada de formación sucesiva.

¹⁹ Al respecto, por muchos, HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

²⁰ Sobre la sociedad simplificada del Derecho francés, entre nosotros, NAVARRO MATAMOROS, L., *Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Granada, Comares, 2009.

cantil simplificada constituye un *leitmotiv* del Derecho de sociedades desde hace tiempo, como consecuencia del propósito de hacer más llevadero y, sobre todo, menos rígido su contenido, a fin de favorecer el despliegue de los operadores económicos, en sus aspectos organizativos con vistas a su adecuada implantación en el mercado.

Sociedad familiar y sociedad simplificada (asumiendo ahora de manera simultánea ambos supuestos) no son, por tanto, realidades correlativas; en tal sentido, no puede afirmarse que la sociedad familiar sea un ejemplo concreto de sociedad simplificada o que, dicho de otra forma, el mejor tratamiento societario para la sociedad/empresa familiar consista en la simplificación societaria, de acuerdo con lo que nos es conocido por la experiencia comparada. Aunque no pueda hablarse de una correspondencia exacta, parece evidente que la idea de la sociedad simplificada se concibió, sobre todo, para aliviar a las empresas de menor dimensión de la carga que, como regla general, suponía para ellas un Derecho de sociedades entendido con la rigidez que fue moneda común durante buena parte de la segunda mitad del pasado siglo²¹.

Con todo, no obstante, hay numerosos elementos de proximidad entre ambos supuestos, como consecuencia, entre otras cosas, de la presencia constante de la autonomía de la voluntad en la empresa familiar, según se ha advertido ya en varias ocasiones. Del mismo modo, esa proximidad se percibe en la intensa demanda que, desde dicho ámbito, se hace al legislador para conseguir un Derecho de sociedades más flexible, en general y no solo en el ámbito de un tipo determinado, como podría ser la sociedad de responsabilidad limitada.

3. La adaptación del tipo elegido a las necesidades de la empresa familiar: cuestiones de tipología societaria

3.1. Precisiones introductorias

Al no existir ese tipo *ad hoc* de sociedad para la empresa familiar, el asunto fundamental reside en ver de qué modo pueden adaptarse los tipos universales existentes entre nosotros a los objetivos y a las necesidades de la propia empresa familiar. Es esta una preocupación particular dentro del amplio campo de la actividad económica llevada a cabo por las sociedades mercantiles, donde el problema, bien que con caracteres generales, se plantea sustancialmente en los mismos términos. Podría decirse, por ello, que el tipo societario “en bruto”, de acuerdo con

²¹ Lo indicado en el texto se corresponde sustancialmente con la realidad de la sociedad por acciones simplificada en Francia, sin perjuicio de algunos matices de imposible tratamiento ahora. Con todo, esa correspondencia alcanza su máximo apogeo en Colombia, donde esta figura, que ha servido para canalizar la abundante “economía informal” del país, ha desplazado por completo de la realidad empresarial a los tipos societarios reconocidos en su Código de comercio. Al respecto, por muchos, REYES VILLAMIZAR, F., *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, 3.ª ed., Bogotá, Legis, 2013.

la configuración que le asigna el Derecho positivo, no es en sí otra cosa que una *oferta* dirigida a la iniciativa de los operadores económicos para que, en su caso, la “depuren”, o sea, la acepten, completen o modulen según sus particulares posibilidades y mediante el empleo intensivo de la libertad contractual²².

Este planteamiento no excluye ni puede excluir, claro está, la existencia de numerosas normas imperativas en el Derecho de sociedades, más abundantes en el caso de la anónima que en el de la limitada, como es bien sabido. Del juego conjunto, entonces, de esos preceptos imperativos y de la libertad contractual, resultará la concreta configuración del supuesto societario elegido por la empresa familiar para su organización jurídica. Y ello, sin ignorar que el empleo intensivo de las nuevas tecnologías en el Derecho de sociedades, comenzando por los procedimientos de constitución telemática, reduce sensiblemente el papel de la autonomía de la voluntad en la elaboración de los estatutos²³, favoreciendo su desplazamiento al singular ámbito de los pactos parasociales.

3.2. *El relieve efectivo de la orientación tipológica en el ámbito de la empresa familiar*

3.2.1. Esbozo de la cuestión tipológica

Cuando se intenta averiguar el significado concreto de la orientación tipológica en el Derecho de sociedades, es frecuente aludir a distintas realidades, sin separar debidamente los términos de cada una de ellas. Resulta conveniente delimitar de la manera más nítida posible los objetivos de tal orientación, a fin de dar a cada uno el tratamiento correspondiente. Y es que, como se ha advertido en la doctrina española²⁴, cuando aludimos a la cuestión tipológica no nos encontramos ante una fórmula de sentido único, expresiva de una precisa categoría conceptual,

²² Recuerda esta orientación a los criterios formulados por algunos iuspublicistas alemanes de finales del siglo XIX (Von BÜLOW, BIERLING), a los que se ha referido en diversas ocasiones A. NIETO (así ya en «El positivismo jurídico y la constitución de 1978», *Revista española de Derecho constitucional*, 26 [1989], pp. 9-39, especialmente, pp. 27 y 31). Dichos juristas, desde una perspectiva crítica del positivismo estricto por entonces imperante, afirmaban que la ley, en cuanto tal, no pasaba de ser una oferta o propuesta hecha por el legislador (o, más precisamente, por el Estado) para la regulación de las conductas y la solución de los conflictos, cuya efectiva concreción y aplicación quedaba confiada al juez. El tratamiento de este asunto, como es obvio, desborda por completo el objetivo del presente trabajo y ha de quedar remitido a la consulta de la amplia obra del gran administrativista español, de entre la que cabe extraer ahora, como confirmación de lo indicado, las monografías *El arbitrio judicial* (Ariel, Barcelona, 2000, pp. 46-47) y, últimamente, *Testimonios de un jurista (1930-2017)* (Sevilla, Global Law Press, 2017, p. 343).

²³ Conviene tener en cuenta que, de acuerdo con el Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, cuando se opte por la constitución telemática resulta preceptivo el empleo de los modelos estandarizados, allí establecidos, de estatutos-tipo y de escritura pública. Que esa norma venga referida exclusivamente a la sociedad de responsabilidad limitada no reduce la significación del criterio indicado en el texto, a la vista, sobre todo, del abrumador predominio de dicho tipo jurídico en la realidad empresarial española y, por tanto, también en el espacio correspondiente a la empresa familiar.

²⁴ En este sentido, véase EMBID IRUJO, J. M., “El significado de la tipología societaria en el Derecho de sociedades contemporáneo”, en EMBID IRUJO, J. M./NAVARRO MATAMOROS, L./OVIEDO

sino, más bien, ante una *noción elástica*, susceptible de ser usada en diferentes contextos, eso sí, con distinta pertinencia y con capacidad explicativa no necesariamente coincidente.

Cabe hablar, así, de un sentido estricto, que viene a considerar a la tipología equivalente a tipicidad; y caben igualmente otros sentidos, uno de naturaleza institucional, según el cual la fórmula que nos ocupa sería el cauce privilegiado para expresar el conjunto de caracteres esenciales de un determinado tipo societario, así como, por último, un sentido amplio para el que la tipología societaria vendría a ser el compendio de todas las diferencias de régimen jurídico existentes entre las formas jurídicas de sociedad.

No parece necesario detenerse ahora en el sentido estricto y que viene a suponer, meramente, el enunciado de los distintos supuestos típicos contenidos en el art. 122 C. de c., a los que ya hemos aludido, calificándolos de “universales”, por su amplia capacidad de adaptación a las diversas organizaciones de titularidad conjunta de la actividad económica en el mercado. Esas formas jurídicas (tipos), respecto de las cuales permanece incólume la libertad de elección de los particulares, constituyen, como es bien sabido, un *numerus clausus*, de manera que no es posible configurar por la vía exclusiva de la autonomía de la voluntad una figura nueva, dotada de un régimen específico.

De este modo, parece evidente que la tipología societaria, entendida en el sentido estricto, como mera tipicidad, bloquea de manera insoslayable el juego de la autonomía de la voluntad en el nivel máximo que ahora consideramos y la obliga a situarse en el marco concreto delimitado por el propio legislador para establecer los tipos societarios de carácter universal disponibles por los particulares. Por tal motivo, y en relación con el tema que nos ocupa, debe concluirse que no sería posible añadir, sobre la base única de la autonomía de la voluntad, una figura societaria específica para la empresa familiar, una forma jurídica *ad hoc*, como venimos diciendo.

3.2.2. El sentido institucional

Desde este punto de vista, hablar de tipología societaria significa enunciar los rasgos distintivos básicos de cada figura, de acuerdo con la ordenación establecida por el legislador, en la que, como es bien sabido, se conjugan normas imperativas con otras plenamente disponibles, abriendo paso, así, al juego de la autonomía de la voluntad. Esa intervención del legislador, definiendo, si se acepta la fórmula, la “esencia” de cada tipo, resulta, por lo tanto, menos rígida de lo observado en el nivel anterior, aunque suponga circunscribir el margen de maniobra de los particulares por vía de los elementos, también esenciales, de cada figura. Ya no nos encontramos, por tanto, en el nivel máximo de disponibilidad, que conduciría a la

ALBÁN, J. (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2017, pp. 25-61.

creación de nuevas figuras societarias, sino que ahora se permite modular las ya existentes, en el marco, claro está, de la delimitación efectuada por el legislador.

Sobre la base de esa intervención legislativa, se abre, entonces, un campo relevante de disponibilidad por los particulares, que permite adaptar la estructura del tipo elegido a sus concretas necesidades. En esa labor, los propios operadores económicos (en nuestro caso, los miembros de la familia empresarial) necesitan el concurso de los operadores jurídicos, que suele llevarse a cabo, en buena medida de manera preventiva, a través de lo que suele denominarse “jurisprudencia cautelar”²⁵, con especial relieve, según es sabido, de la intervención notarial, desde luego, en los sistemas —como el español— pertenecientes al llamado “Notariado latino”.

En este segundo sentido, pueden los socios, desde luego, perfilar más precisamente los caracteres fundamentales de cada tipo societario, siempre que ello no conduzca a distorsionar su concreta razón de ser, de modo que bajo una determinada configuración normativa encontremos, como imagen exterior e, incluso, interna, la de otra figura societaria distinta. La vigencia de esta cláusula de salvaguardia, materializada en algunas magnitudes a las que se aludirá en seguida, no se opone, sin embargo, a que sea posible remodelar profundamente el tipo elegido, mediante el “injerto”, cabría decir, en su estructura normativa de elementos propios de otras figuras o formas societarias; no sería imposible, por ello, hablar aquí de atipicidad, si bien en un sentido menos intenso que el advertido en el nivel estricto, antes examinado.

Con todo, no resulta posible juzgar, de modo genérico, la adecuación al ordenamiento jurídico de las múltiples posibilidades que, en el ámbito que nos ocupa, pueden darse y que confieren a la cuestión tipológica el sentido que ahora se le atribuye. Por ello, el análisis y la evaluación de este uso intensivo de la libertad contractual dependerán del modo en que el propio legislador haya llevado a cabo la tipificación concreta de las distintas figuras societarias; es decir, estarán en función de la mayor o menor rigidez con las que aparezcan revestidas por la regulación jurídico-positiva, sobre la base del modelo de articulación entre los tipos que haya podido elegirse en cada ordenamiento²⁶.

En cualquier caso, se trata de evitar que el uso intensivo de la autonomía de la voluntad desfigure los rasgos básicos de cada tipo societario, pudiendo derivar en un supuesto sustancialmente atípico, no permitido por el ordenamiento. Sería el

²⁵ Sobre la jurisprudencia cautelar, es decir, sobre el conjunto de criterios derivados de la labor de asesoramiento e intervención jurídica llevada a cabo por profesionales del Derecho, singularmente por quienes tienen, como los notarios, la condición de fedatarios públicos, siguen siendo determinantes las páginas que le dedica FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, cit., pp. 106 y ss. Desde la perspectiva del Derecho alemán, de tanto relieve en esta materia, recientemente, FLEISCHER, H., «Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen», *Rabels Zeitschrift*, 82-2 (2018), pp. 239-266.

²⁶ Puede tener interés, a pesar de constituir una referencia que no ha tenido desarrollo entre nosotros hasta el momento, entre otras cosas por la paralización del Anteproyecto de Código

caso, citando un ejemplo de hondo relieve, de que una sociedad sustancialmente cerrada, como es, entre nosotros, la sociedad limitada, se convirtiera, de hecho, en una sociedad abierta, al modo de la anónima, y viceversa²⁷, en ambos casos, por la vía de las correspondientes cláusulas estatutarias e, incluso, a través de pactos parasociales. A tal fin, resulta obligado aludir a los medios existentes para defender lo que podríamos denominar “identidad tipológica” de cada sociedad. Son varias las posibilidades existentes al respecto, algunas de carácter puramente normativo, como la que distingue al régimen de la sociedad anónima en el Derecho alemán y que consiste en limitar la autonomía de la voluntad estatutaria a aquellos puntos específicos expresamente autorizados por el legislador²⁸.

Otra fórmula, de especial relieve entre nosotros, se deduce del reconocimiento legislativo de unos principios suprapositivos en materia societaria, frente a los cuales no podrá prevalecer la autonomía de la voluntad. Es el caso, por ejemplo, de la doctrina de las llamadas *bases esenciales* del contrato de sociedad, de inequívoca filiación francesa, concebida, en esencia, para impedir la desnaturalización de los tipos a través de las modificaciones estatutarias. En esa misma línea se mueve la referencia a los llamados “principios configuradores” de los tipos societarios, acogidos desde hace años en el Derecho español (art. 28 LSC), sin específica concreción normativa y de difícil constatación en la práctica²⁹.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un nítido elemento tipológico, dotado de cierta rigidez por el legislador español, en el sentido aparente de resultar imposible

Mercantil, tomar en consideración lo indicado en la exposición de motivos de la LSC. En ella se pretendía configurar una realidad tipológica, al menos por lo que se refiere a las sociedades de capital, sobre la base de dos modelos, siendo el elemento clave el hecho de “tener o no la condición de sociedad cotizada”. De este modo, el camino que la exposición de motivos señalaba, y sigue señalando, conduciría a atribuir a la sociedad limitada el papel de figura básica, a la vez que única, en el campo específico de las sociedades cerradas, lo que está todavía lejos de ser cierto en nuestra realidad empresarial.

²⁷ En el Derecho español, como es bien sabido, la sociedad anónima, naturalmente abierta, puede ver reducida esa apertura a través de las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones (art. 123 LSC), con la conocida excepción de las sociedades cotizadas. No obstante, estas últimas pueden experimentar algún efecto similar, salvando las distancias, mediante los oportunos pactos parasociales (art. 530 LSC), cuando se trate, sobre todo, como sucede en nuestro país, de sociedades de capital concentrado. No parece posible, en cambio, que la sociedad de responsabilidad limitada, esencialmente cerrada, pueda ser abierta a través de un mecanismo equivalente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el art. 108 LSC, sin perjuicio, por otra parte, de la posibilidad de reconocer supuestos de transmisión libre de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, de acuerdo con el art. 107, 1º LSC, norma, por otra parte, dispositiva, según es notorio. Está por ver, con todo, el juego que en esa línea podrían ofrecer los oportunos pactos parasociales, en especial cuando fueran concluidos por todos los socios.

²⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 23, 5º, de la Ley alemana de sociedades anónimas (*Aktiengesetz*); de entre la amplia bibliografía, véase HIRTE, H., «Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit», en LUTTER, M./WIEDEMANN, H. (eds.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (Sonderheft ZGR)*, Berlin, Walter de Gruyter, 1998, pp. 61-96; con posterioridad, PETRIKOVSKI, M., *Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit im Recht der “deutschen” AG und SE*, Diss., Bielefeld, 2009.

²⁹ Al respecto, ESPINA, D., *Autonomía privada en las sociedades de capital. Principios configuradores y teoría general*, Madrid, Marcial Pons, 2003; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.,

no solo su contradicción, sino tan siquiera su modulación, a través del correspondiente acuerdo de Junta³⁰. Con todo, el recurso a una solución como la que nos ocupa, que parece evocar la existencia de un *Derecho natural de sociedades*, suele terminar permitiendo ajustes diversos, susceptibles de flexibilizar la rigidez del modelo en beneficio de una visión más adaptada a la amplia variedad de supuestos que caracteriza, como es bien sabido, al universo societario.

No se nos oculta, sin embargo, que la presuposición de un “Derecho natural de sociedades”, como parece suceder en el ordenamiento español, topa con los inconvenientes que acompañan a lo largo de su dilatada historia a toda pretensión iusnaturalista³¹, tanto en el terreno de la metodología como en el de la aplicación práctica del Derecho. Ello se debe, como es bien sabido, a la considerable dificultad de individualizar los concretos principios configuradores o bases esenciales del Derecho de sociedades que impiden a la libertad contractual alterar los rasgos tipológicos de una determinada figura³²; en ocasiones, como ha puesto de relieve repetidamente la experiencia práctica en distintos ordenamientos, se afirma la existencia de una de estas fórmulas, cuando, en realidad, se trata, más bien, de un mandato recogido en una determinada norma imperativa, que se intenta soslayar mediante una particular cláusula estatutaria.

Protección del capital y principios configuradores: una aproximación, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015 y, últimamente, EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al significado de los principios configuradores del tipo en el Derecho de sociedades de capital», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.ª ed., tomo VI Mercantil, vol. 3º, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 19-57. En realidad, de principios configuradores no se habla solo a propósito de las sociedades de capital; también en el marco de las sociedades cooperativas encontramos una expresión idéntica, con función, en apariencia, equivalente; véase, en tal sentido, el art. 10, 1º *in fine* de la Ley (estatal) 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas.

³⁰ Por su parte, el Anteproyecto de Código Mercantil (art. 213-13, “autonomía de la voluntad”) generaliza a todas las sociedades mercantiles la técnica de los principios configuradores, sin concretar, en línea con el Derecho vigente lo que dicha expresión pueda significar respecto de cada tipo.

³¹ Para la comprensión esencial de todo planteamiento iusnaturalista, puede servir, por muchos, la remisión a WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material* (trad. esp. de Felipe González Vicén), 2.ª ed., Aguilar, Madrid, 1971; más recientemente, con una orientación peculiar, IRTI, N., *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013. No conviene ignorar, con todo, algunas propuestas doctrinales, como la expresada en las primeras décadas del pasado siglo por el filósofo del Derecho Rudolf STAMMLER, que patrocinaban una concepción iusnaturalista no inmutable, a través de la conocida fórmula del «Derecho natural de contenido variable» (cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 196). Al margen del juicio que pueda merecer esta orientación, parece evidente que resultaría idónea para el tema ahora en estudio, por permitir la adaptación del hipotético «Derecho natural de sociedades» a la cambiante realidad empresarial y societaria.

³² En la práctica se alegan, con cierta frecuencia, los principios configuradores de las sociedades de capital sin que la Jurisprudencia, tanto judicial, como registral, los haya conseguido definir nítidamente, pues, por lo común, su invocación, a la hora de decidir, suele ser conjunta o genérica sin integrar en la mayor parte de los casos la auténtica o fundamental *ratio decidendi* de la correspondiente sentencia o resolución. Una síntesis reciente de esta Jurisprudencia en EMBID IRUJO, J. M., «Aproximación al significado de los principios configuradores del tipo en el Derecho de sociedades de capital», *cit.*, pp. 46-53, con amplia mención de sentencias y resoluciones relativas a los principios configuradores. Muy recientemente, y en la línea de lo aquí expresado, puede verse la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de junio de 2021 (BOE del 6 de agosto).

3.2.3. El sentido amplio

Queda por aludir, finalmente, al último criterio de aproximación al fenómeno de la tipología societaria, sin duda, el menos estricto. En su ámbito, ya no se trata de inventar figuras nuevas o de modular los caracteres básicos de las reconocidas por el legislador; el objetivo es, más bien, dotar de relieve tipológico a las diferencias existentes en la regulación de las distintas sociedades de capital, cualquiera sea la materia considerada, así como al margen de maniobra de que disponen los socios y, en general, los operadores económicos gracias al uso de la autonomía de la voluntad en el marco de la configuración estatutaria de cada una de ellas. Se trata de una orientación que ha adquirido especial notoriedad en los últimos tiempos y que, dentro de la mayor parte de los ordenamientos, suele vincularse con las abundantes reformas societarias que han tenido lugar tanto en los años finales de la centuria pasada como en el presente siglo³³.

Aunque en una primera impresión el planteamiento puede ser tachado de excesivo, precisamente por la falta aparente de límites para su efectiva concreción, no parece razonable negar que las diferencias de regulación existentes entre los tipos societarios tengan, al menos en la superficie, un significado tipológico. Así se observa, si comparamos sumariamente el régimen que, en cualquier ordenamiento y, de manera significativa, en el Derecho español, se predispone para cada uno de los tipos de sociedad mercantil de capital; las numerosas diferencias existentes entre ellos (sobre todo, entre anónimas y limitadas) permite poner de manifiesto, inmediatamente, el nivel de análisis que en punto a la tipología consideramos en este momento.

No es seguro, con todo, que esas diferencias, surgidas en su gran mayoría con motivo de la promulgación de la LSRL de 1995, respondan sustancialmente a razones de tal naturaleza. En diversas ocasiones, las distinciones de régimen jurídico entre las dos grandes formas de sociedad de capital, en el Derecho español y en otros ordenamientos, se han basado más en un notorio intento de separación de las mismas que en necesidades específicas derivadas de la identidad tipológica de cada figura societaria³⁴.

Con todo, una buena parte de las diferencias de régimen jurídico existentes entre los principales tipos societarios tienen una evidente dimensión tipológica. En la mayor parte de los casos, ese concreto significado se vincula al ejercicio por los socios

³³ La tendencia reformista, en materia de regulación legislativa, adquiere particular relieve en el terreno que nos ocupa sobre la base de muy distintos argumentos, en su mayoría relativos al Derecho de sociedades, pero en ocasiones solo derivados de una orientación mucho más general asentada en la sociedad de nuestros días, conforme a la cual la «reforma», continua e intensa, es la nueva «fórmula mágica» de la ciencia jurídica, susceptible de mejorar todo lo que, en apariencia, no funciona de manera eficiente; críticamente sobre ello, ZAGREBELSKY, G., *La virtud de la duda* (trad. esp. de José Manuel Revuelta), Madrid, Trotta, 2012, p. 51.

³⁴ Es cierto, no obstante, que la delimitación tipológica de la sociedad de responsabilidad limitada llevada a cabo en la exposición de motivos de la LSRL de 1995 traía consigo, inevitablemente, una significativa distinción normativa respecto de la sociedad anónima. Interesa señalar, en este momento, que la derogación de dicha ley por la LSC no ha impedido, sin embargo, la constante apelación a los rasgos tipológicos de la sociedad de responsabilidad limitada en ella establecidos, tal y como se deduce de una cierta jurisprudencia, sobre todo registral, entre la que cabe mencionar últimamente la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de julio de 2021,

(con mayor frecuencia en la sociedad de responsabilidad limitada) de las posibilidades de acción que les abre la naturaleza comúnmente dispositiva del precepto en que se contienen. Podría decirse, entonces, que las diferencias de régimen jurídico entre las sociedades de capital de relieve tipológico, en sentido amplio, provienen no tanto del legislador, sino, más precisamente, de los propios socios, cuando estos ponen en marcha la libertad contractual reconocida —eso sí— por la regulación de las sociedades de capital, con diverso alcance para cada uno de sus tipos. No cabe, por ello, hablar de atipicidad, aunque sea en el sentido limitado que podría derivarse del recurso a la autonomía de la voluntad, tal y como se ha indicado en el apartado anterior³⁵.

3.2.4. Balance provisional y valoración de la cuestión tipológica desde la empresa familiar: autonomía de la voluntad, estatutos y pactos parasociales

El sintético examen de los posibles sentidos atribuibles a la cuestión tipológica ha permitido mostrar su carácter relativamente elástico y el amplio campo de efectos que, por ello mismo, le corresponde. A la hora de ver el modo en que la anterior

ya citada. Por lo demás, y de la amplia bibliografía suscitada por la derogada LSRL, pueden verse, entre otras, las obras de NIETO CAROL, U. (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Dykinson, 1998, y, más ampliamente, de ARROYO, I./EMBED, J. M./GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.

³⁵ Cuando, por ejemplo, en el Derecho español los socios acuerdan por unanimidad establecer supuestos estatutarios de separación de la sociedad (art. 347 LSC) de frecuente uso en las sociedades familiares, no inventan, desde luego, una figura nueva, ni siquiera adaptan el tipo a previsiones u objetivos propios de otras formas jurídicas, sean societarias o no. Se limitan, aunque sea con indudable trascendencia societaria y económica, a extender los efectos de una figura conocida —el derecho de separación— a determinados casos, como consecuencia de una valoración concorde de todos ellos respecto de los medios mejores para velar por la conservación de la empresa, con el debido respeto, a su vez, a los intereses individuales de los socios. Es claro, entonces, que el ejercicio del derecho de separación por los socios no resulta indiferente para la sociedad, si se contempla, como referencia básica, su estabilidad patrimonial. Se entienden, por ello, las tradicionales objeciones formuladas al reconocimiento amplio de tal derecho, incluso desprovisto de causa, que han llevado a la suspensión de su ejercicio en el contexto del estado de alarma vigente entre nosotros al momento de escribir estas líneas, tal y como estableció el art. 40, 8º del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, seguido después por un ingente y heterogéneo conjunto de normas, de considerable incidencia en el Derecho de sociedades. Parece evidente, entonces, que una vez terminada la situación excepcional que ha dado motivo al estado de alarma, recobrará plena vigencia el criterio existente sobre el derecho de separación, de acuerdo con lo dispuesto en LSC. Sin perjuicio de esta circunstancia concreta, y en el contexto del presente trabajo, tiene gran interés la consulta de ALONSO LEDESMÁ, C., «La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios», *Revista de Derecho Mercantil*, 287 (2013), pp. 89-128, por incidir de lleno en la temática planteada en el texto. Por lo demás, y como es notorio, los supuestos de salida del socio de la sociedad, tanto sea de manera voluntaria, a través del derecho de separación —con especial relieve en el caso del supuesto contenido en el art. 348 bis LSC—, como por vía forzosa, a través del mecanismo de la exclusión, han recibido en los últimos tiempos una considerable atención doctrinal; al respecto, por muchos, GARRIDO DE PALMA, V. M., «La separación y la exclusión de socios», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.ª ed., tomo VI Mercantil, vol. 3.º, cit., pp. 221-281, y más ampliamente, MÁRQUEZ LOBILLO, P./OTERO COBOS, M.ª T./GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, B. (coord.), *El derecho de separación y la exclusión de socios de las sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

reflexión vaya a trasladarse a la empresa familiar, parece posible excluir, de entrada, el nivel que hemos llamado estricto, es decir, el que identifica la tipología con la tipicidad. Resulta evidente que, en nuestro Derecho de sociedades, no cabe el establecimiento de una modalidad o tipo societario nuevo, es decir, no reconocido, a pesar de que pueda contar a su favor, como sucede en el caso de la empresa familiar, con un amplio elenco de argumentos y de criterios legitimadores.

Excluida, entonces, la creación por los particulares de una sociedad familiar específica, parece, sin embargo, plenamente lícito dotar a la sociedad constituida por la familia empresaria de una dimensión tipológica susceptible de acoger sus particulares requerimientos. A ese modelo societario —categoría evidentemente distinta del tipo jurídico— se puede llegar a través de los dos niveles ulteriormente examinados; así, en primer lugar, mediante el uso intensivo de la autonomía de la voluntad, modulando, en lo posible, sus caracteres distintivos sin contradecir, por ello, los respectivos principios configuradores.

En tal sentido, y aunque en numerosas ocasiones se piense que lo determinante en la empresa familiar son sus miembros, titulares por lo común de relevantes posiciones sociales y orgánicas, no resultará posible, sin embargo, establecer una mayoría estrictamente personal como criterio único de adopción de acuerdos en los órganos sociales, si, como suele suceder, se ha optado por constituir una sociedad mercantil de capital. A lo más que podría llegarse, siempre, eso sí, que se hubiera constituido una sociedad de responsabilidad limitada, es a establecer una *mayoría mixta* que, al lado de la titularidad del capital, ofreciera como criterio decisivo para la adopción de acuerdos la concurrencia efectiva del mayor número de socios (art. 200, 2.º LSC).

El propósito de conseguir la modulación “familiar” de una determinada sociedad mercantil de capital podría encontrar un buen medio de realización por la vía de la titularidad de los órganos, de modo que, en punto a la administración social, se estableciera algún sistema de ocupación rotatoria y estrictamente personal, que permitiera compartir a los distintos miembros de la familia empresaria, de manera efectiva, el poder de decisión. Como se recordará, en este específico plano es donde, según el criterio recogido en el preámbulo del Real Decreto-ley 171/2007³⁶, se encuentra el aspecto básico en punto al gobierno de la empresa familiar y a su misma delimitación o razón de ser.

Sin perjuicio del extraordinario relieve que tienen las previsiones relativas al funcionamiento de los órganos sociales, resulta pertinente aludir ahora a la *dinámica de la posición de socio*, merced a la adopción de cláusulas relativas a la transmisión de las partes alícuotas en que se divida el capital social (participaciones sociales y acciones). Como es bien sabido, las posibilidades que se abren son aquí diversas y con frecuencia se refieren al margen de maniobra existente para limitar la circulación de las mismas, evitando que pueda reducirse o perderse, en su caso, el poder de decisión sobre la sociedad. Se trata de una circunstancia suficiente-

³⁶ Véase *supra* II, 2.

mente conocida, cuya incidencia en la empresa familiar es notable, sin que de ello pueda deducirse que constituya una de sus señas de identidad³⁷.

Pero, también en este caso, hay que “hacer de la necesidad virtud” y, mediante los recursos disponibles en el Derecho de sociedades, conseguir que la sociedad, titular jurídico de una empresa familiar, contenga en su seno todo lo que la familia empresaria necesita para el mantenimiento de dicha empresa en el ámbito familiar, así como para ajustar sus distintas circunstancias, empezando por el poder de decisión, a lo que los familiares consideren oportuno.

De ahí la idea de buscar por este camino lo específico de la empresa familiar, frente a la inespecificidad que cabe predicar de ella, también en el Derecho de sociedades. El tema queda así enlazado con el de la “constitución” material de la empresa familiar, antes mencionado, y el elemento relevante a tal fin es de ubicación extrasocietaria, aunque estrechamente relacionado en su razón de ser y en su funcionamiento con el marco específico del Derecho de sociedades. Nos referimos a los pactos parasociales, de por sí también inespecíficos, pero más aptos que los estatutos sociales para dar cauce a la “familiaridad” como elemento distintivo de la empresa que ahora nos ocupa.

Y en este mismo terreno extrasocietario, pero con mayor alcance que los indicados pactos, hay que recordar el relieve, verdaderamente decisivo, que corresponde en nuestra figura al protocolo familiar. Se trata, como es bien sabido, de una institución surgida directamente de la realidad específica de la empresa familiar, cuya “sede natural” habría de ser el *Derecho de la empresa*. Por su versatilidad y extenso espectro funcional cabría postular que el protocolo, despojado de ciertos elementos propios de la empresa familiar, pudiera “exportarse” a un amplio elenco de operadores económicos, a fin de que les sirviera como fórmula de “constitución de la empresa”, más allá de su correlación habitual con una determinada sociedad³⁸.

Para la correcta constitución de la empresa, vía protocolo familiar, convendría adoptar como criterio decisorio la unanimidad, al modo de un gran pacto suscrito

³⁷ Véase *supra*, III, 3, 3.2., 3.2.2., y nota 27, a propósito de la naturaleza, cerrada o abierta, de la sociedad en cuestión, y del espacio disponible, por tanto, para la autonomía de la voluntad en lo que atañe al contenido de los estatutos y, en su caso, de los correspondientes pactos parasociales. La tendencia a restringir intensamente la transmisión de participaciones sociales y acciones resulta, por ello, característica de nuestra figura, sin perjuicio de que, del mismo modo, sea igualmente usual el establecimiento de supuestos estatutarios de separación de los socios, de modo que la salida del socio disconforme con la gestión de la empresa familiar no afecte al poder de decisión en su seno.

³⁸ De aceptarse lo que se indica en el texto, se seguiría un camino inverso al que estamos recorriendo para comprender lo que supone jurídicamente la categoría denominada «empresa familiar»: si a propósito de esta, y por su inespecificidad jurídica, habría que buscar a lo largo y ancho de todo el Derecho de sociedades los instrumentos idóneos para su mejor ajuste y conformación, tomando del repertorio común lo que conviniera, ahora el protocolo familiar podría ser utilizado como fórmula genérica, como se indica en el texto, de «constitución» empresarial, gracias a su mayor plasticidad, susceptible de adaptarse a entornos muy diversos. Esta hipótesis no es de fácil tratamiento, entre otras cosas, por la necesidad de «depurar» al protocolo de algunos de sus elementos

por todos los miembros de la familia empresaria³⁹. De este modo, vendría a situarse el protocolo en la cima de la empresa familiar, de modo que los restantes documentos relativos a la empresa/sociedad, bien de necesaria elaboración, como los estatutos sociales, bien de redacción potestativa, como los pactos parasociales, vieran condicionado su contenido a lo acordado en el protocolo, de acuerdo con su función, ya indicada, de instrumento de constitución de la empresa familiar.

IV. UNA MIRADA A LA PRÁCTICA: LA EMPRESA (SOCIETARIA) FAMILIAR EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA Y EN LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

1. Las decisiones seleccionadas

Las páginas anteriores han intentado mostrar, de manera genérica y abstracta, el vínculo existente entre la empresa familiar y el Derecho de sociedades (de capital). Parece conveniente, a fin de conocer con algo más de detalle el contenido esencial de ese vínculo, prestar atención a lo que a propósito del mismo se observa en la realidad práctica. A este respecto, y sin perjuicio de las sentencias y resoluciones citadas en diversos apartados de este trabajo, conviene destacar algunas decisiones recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en la actualidad, como es bien sabido, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), así como del Tribunal Supremo, en las que la alusión a la empresa familiar adquiere considerable relieve⁴⁰.

característicos, estrechamente vinculados, como es sabido, con la empresa familiar. A pesar de ello, la idea de postular una suerte de constitución de la empresa, articulada a través de un documento similar al que nos ocupa, permitiría abrir una vía idónea de comunicación entre la empresa y la sociedad (mercantil), como habitual titular jurídico de aquella, superándose paulatinamente los inconvenientes que de su estricta separación afectan a la organización y funcionamiento de la actividad económica en el mercado. Se trata de una tarea que habría de llevarse a cabo en el ámbito del Derecho mercantil, como sector del ordenamiento directamente encargado de la regulación de ambas magnitudes.

³⁹ Es decir, de los llamados «omnilaterales» (véase *supra* nota 16), a los que se refiere, en el contexto de una empresa familiar, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 103/2016, de 25 de febrero que contempla un supuesto de empresa familiar integrada por dos sociedades mercantiles distintas de las que eran socios todos los miembros de la familia y que, por virtud del correspondiente pacto omnilateral se atribuía al padre un derecho de voto susceptible de superar hipotéticas situaciones de bloqueo. Al margen de casos concretos, por lo demás, no parece del todo exacto afirmar que el protocolo familiar, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, pueda ser considerado un ejemplo de pacto parasocial. Es evidente que el protocolo, por implicar aspectos estrictos relativos a los miembros de la familia empresaria y a su estatuto jurídico-civil, así como por contener planteamientos de orden diverso, no necesariamente jurídico, trasciende el ámbito correspondiente al pacto parasocial para convertirse, como se sugiere en el texto, en el elemento constitutivo de la empresa familiar. Eso justifica su adscripción, en cuanto figura con relieve jurídico, al campo del Derecho de la empresa, de más amplio alcance que el Derecho de sociedades, y de suficiente «holgura» para permitir a la familia empresaria una precisa, completa y variada ordenación de los múltiples aspectos concurrentes en la actividad económica por ella dirigida.

⁴⁰ Esta misma orientación se sigue en el trabajo de GARRIDO DE PALMA, V. M., «La familia empresaria en la Jurisprudencia. La reestructuración empresarial tras la pandemia», en GARRIDO DE

Comenzando por el Centro directivo, la resolución de 21 de noviembre de 2019 (BOE de 24 de diciembre) ofrece un cuadro vivo del relieve tipológico de que nuestra figura disfruta en la realidad societaria. En este sentido, y en el recurso que dio origen a la resolución (interpuesto por el notario autorizante de la escritura) se aludía a la frecuencia con que las sociedades familiares recurren al mecanismo de la junta universal (art. 178 LSC), celebrada ante notario, para adoptar acuerdos diversos, siempre por unanimidad, en momentos también distintos de la vida social. Y, como ejemplo, se citaban en el recurso dos en concreto: a) la compraventa de participaciones sociales con cambio de administrador⁴¹, y b) el cese de los administradores que incumplan sus obligaciones o no convoquen la junta general.

Resulta razonable pensar, como señaló el notario en su recurso, que la junta universal, en muy diferentes supuestos de dificultad en la vida de las sociedades familiares, puede resolver, con ventaja, situaciones de paralización orgánica⁴². No lo entendió así la Dirección General, dado que ninguno de los dos socios era administrador de la sociedad ni la administradora única de la sociedad concurrió al acto de otorgamiento, llevado a cabo a través de la junta (universal) de socios⁴³.

La breve referencia que se acaba de hacer a la resolución de 21 de noviembre de 2019 permite apreciar algunas de las circunstancias características del funcionamiento cotidiano de las empresas familiares organizadas en forma de sociedad mercantil de capital. En la resolución, o, quizá mejor, en el recurso, se dibuja un cuadro nítido de lo que resulta necesario, desde luego, para dichas entidades, pero también para muchas sociedades, por lo común de reducida dimensión, aunque no puedan considerarse estrictamente familiares. Frente a la pasividad de nuestro

PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.^a ed., tomo VI Mercantil, vol. 3.º, cit., pp. 283-326.

⁴¹ Y proseguía el notario en su recurso: “Es el caso, muy frecuente, de que uno o varios socios venden sus participaciones sociales y los nuevos socios celebran inmediatamente después de la compra Junta Universal y cambian simultáneamente al administrador, pudiendo estar presente el antiguo administrador o no, todo lo cual se formaliza en el mismo acto, o bien en la misma escritura de compra o bien en la escritura siguiente de protocolo”.

⁴² «Y tiene el efecto añadido que se deriva de lo dispuesto en el art. 111 del RRM (que presupone la existencia de certificación del nuevo administrador) pues no será necesaria ya la notificación al administrador cesado (a veces problemática) para inscribir el nuevo nombramiento de administrador al constar fehacientemente los acuerdos adoptados».

⁴³ Para el Centro directivo, dada la especial trascendencia de los asientos registrales, «se hace necesario exigir la máxima certeza jurídica de los documentos que acceden al registro, no solo por lo que se refiere a la veracidad y exactitud del contenido de estos, sino también respecto de la legitimación para expedirlos». En tal sentido, recuerda la Dirección General que «la elevación a instrumento público de acuerdos de una sociedad, en tanto en cuanto comporta una manifestación de voluntad relativa a un negocio o acto preexistente que se enmarca en el ámbito de actuación externa de aquella, compete ‘prima facie’ al órgano de representación social»; ello es así, sin perjuicio de que, por un lado, la normativa vigente permita desligar dicha facultad de la titularidad del poder de representación, a la vez que, de otro y como se ha indicado anteriormente, sea posible que «una escritura de elevación a público de acuerdos sociales tenga como base el acta de la junta aun cuando en esta no conste la firma del administrador».

legislador, desde la práctica, y haciendo uso del margen de maniobra que permite la autonomía de la voluntad, se ha intentado avanzar hacia la simplificación del régimen de las sociedades de capital, de manera coherente con su realidad práctica y en la línea de lo observado en otros ordenamientos.

El supuesto examinado, bien que de manera esquemática, trae a colación de nuevo el vínculo entre la sociedad familiar y la idea de la sociedad simplificada. Aunque en su momento se indicó que no podía afirmarse la plena identidad de ambos supuestos⁴⁴, es también cierto que las afinidades superan a las diferencias, como se deduce con claridad de lo expuesto. Al mismo tiempo, la resolución permite apreciar, aunque sea de manera indirecta, la necesaria preeminencia de los socios, miembros de la familia empresaria, en la sociedad familiar, como titulares directos del poder de decisión, al que alude, como sabemos, el Real Decreto-ley 171/2007, como nota distintiva de nuestra figura.

La segunda resolución, aunque anterior en el tiempo a la primera (es de 19 de septiembre de 2019 y se publicó en el BOE de 8 de noviembre), se sitúa, de nuevo, en el terreno de la simplificación, si bien en este caso en un nivel de superior dinamismo, pues alude a una modificación estructural (concretamente, una escisión parcial) llevada a cabo en el seno de un grupo de empresas familiar como mecanismo idóneo para su reorganización. La resolución analizaba la llamada “escisión financiera”, que aparecía detenidamente justificada en el proyecto de escisión con palabras que merece la pena considerar. Se trataba, en tal sentido, y de acuerdo con lo recogido literalmente en la resolución, de la reestructuración del grupo societario familiar:

“con separación del negocio inmobiliario que se desarrolla mediante la sociedad beneficiaria respecto del negocio de prestación de servicios de ingeniería y otras actividades que se desarrollan por otras dos sociedades del mismo grupo. Se trata de separar los riesgos propios de cada actividad, con racionalización de recursos y de la toma de decisiones y gestión separada de cada negocio del grupo; de este modo, el negocio inmobiliario que desarrolla sociedad beneficiaria deja de estar participado por la sociedad escindida para estar participado directamente por la familiar y poder llevar a cabo así el relevo generacional en dicho negocio separadamente de las demás actividades del grupo societario”.

Sobre la escisión financiera se había pronunciado ya el Tribunal Supremo (sala tercera) en su sentencia de 4 de diciembre de 2017, de acuerdo con la cual, y según recoge el Centro directivo,

“nada impide que, legítimamente, se pueda perseguir en la escisión, a la vez, un doble objetivo: lograr una reorganización empresarial conveniente y racional desde el punto de vista económico y, además, articular una sucesión ordenada en la dirección de las empresas implicadas en la escisión, de manera que se asegure

⁴⁴ Véase *supra* III, 2.

la continuidad familiar, al permitir que sean los hijos de los socios que llevaban la dirección de aquellas los que continúen al frente de la actividad en el futuro”.

Y concluía la Dirección General señalando que:

“debe admitirse que una operación de reestructuración societaria como la analizada en el presente caso pueda llevarse a cabo como escisión parcial con las fundamentales ventajas de simplificación y con los efectos que se derivan de la disciplina establecida en la Ley 3/2009 respecto de la protección de socios y terceros, protección que, como afirma el recurrente, en el presente caso ha quedado asegurada”.

En esta última resolución, el planteamiento del Centro directivo es muy otro del que hemos analizado en la resolución anterior a propósito del cese de los administradores acordado en junta universal celebrada ante notario. Ahora, la Dirección General parte directamente del carácter familiar de la empresa en cuestión, facilitando su reestructuración, llevada a cabo mediante la escisión financiera, como ejemplo de escisión parcial, con el claro objetivo de simplificar el funcionamiento del grupo y dar cauce, simultáneamente, a la sucesión ordenada en la empresa familiar, sin mengua de la eficacia del propio grupo.

Por último, merece la pena aludir, también de manera sintética, a la importante sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) 120/2020, de 20 de febrero, la cual, a propósito de un grupo de sociedades de carácter familiar, toma como punto central de referencia al protocolo familiar, poniendo de manifiesto su extraordinario relieve para la constitución y organización de la figura ahora en estudio.

De los distintos pronunciamientos de dicho fallo, quizá el más relevante sea el que sitúa al protocolo familiar dentro de la categoría de los pactos parasociales. Y aunque se destaca por el alto tribunal que en el contenido del protocolo resulta frecuente la presencia de

“declaraciones y acuerdos de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúan a modos de ‘códigos de conducta’ sin valor vinculante”

a su lado encontramos “estipulaciones jurídicamente vinculantes”, de modo que el protocolo en su conjunto termina por adquirir valor normativo y es susceptible de publicidad registral, conforme al Real Decreto 171/2007, según es sabido.

Con todo, no deja de advertir el Tribunal Supremo que el protocolo familiar, en cuanto tal, se limita a ser un “contrato marco”, necesitado de complemento y ejecución por distintos negocios, de naturaleza societaria, en el caso enjuiciado, como sería la incorporación de su contenido a los estatutos sociales. Por lo que los posibles acuerdos que se adopten por los órganos de la correspondiente sociedad no podrán ser impugnados por resultar contradictorios con lo establecido en el pacto parasocial/protocolo familiar.

2. Valoración conjunta de la Jurisprudencia analizada

Las referencias anteriores sobre el significado de la empresa familiar en algunas decisiones jurisprudenciales recientes sirven para constatar, desde luego, su relieve en la realidad económica, a la vez que dan continuidad a algunos pronunciamientos previos orientados, si bien con menor intensidad, en la misma línea. Con todo, hay en las decisiones mencionadas algunos elementos significativos que resulta oportuno destacar. Así se advierte, en primer lugar, a propósito de la conveniencia de simplificar el régimen societario de nuestra figura, con el fin de favorecer su funcionamiento; se avanza, de este modo, en la línea antes advertida sobre una singular cercanía entre la empresa familiar y la figura, no del todo única, de la sociedad simplificada.

En segundo lugar, resulta evidente la trascendencia del protocolo familiar, cuya naturaleza de pacto parasocial, en la doctrina del Supremo, constituye un pronunciamiento del mayor interés. En tal sentido, el protocolo pone de manifiesto el papel protagonista de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la empresa familiar, como medio idóneo para suplir, de un lado, su falta de regulación específica, y, de otro, para hacer posible su mejor configuración organizativa. Tiene, así, el protocolo familiar una evidente dimensión tipológica que ayuda a superar la “inespecificidad” de la empresa familiar como realidad jurídica singular dentro del Derecho de sociedades.

Por último, es preciso destacar el papel protagonista que en esa misma Jurisprudencia se reconoce a la empresa familiar articulada en forma de grupo⁴⁵. No se profundiza, en cambio, en el análisis del grupo de empresas o sociedades de carácter familiar ni se destacan sus caracteres, omisiones quizá criticables, pero que están en consonancia con la ausencia de un tratamiento adecuado en el Derecho español de esta singular forma de organización de la empresa. En cualquier caso, parece evidente que la empresa familiar de nuestros días, sin dejar del todo el modelo “unisocietario”, se encamina decididamente hacia su configuración efectiva como auténtico grupo, por lo que el último apartado del presente trabajo se dedicará al análisis de dicha cuestión desde la perspectiva jurídica.

V. EL GRUPO FAMILIAR DE EMPRESAS

1. Consideraciones generales

Prescindiendo de numerosos matices y distinciones, de necesario tratamiento cuando se aborda el estudio jurídico de los grupos de empresas o de sociedades, resulta necesario comenzar aludiendo a la insatisfactoria situación de dicha figura en el ordenamiento jurídico español y, muy especialmente, en el campo del Derecho de sociedades, que constituye, como se ha dicho en numerosas ocasiones, su

⁴⁵ En línea con lo advertido, *supra* III, 1.

“sede natural” de tratamiento⁴⁶. En este sentido, no es posible encontrar entre nosotros un régimen mínimamente suficiente ni, lo que resulta más grave, una sólida orientación de política jurídica al respecto⁴⁷; y es que, solo con dichos elementos es posible comprender jurídicamente esta modalidad de empresa de la que, como es bien sabido, forman parte habitual diversas sociedades, dotadas de personalidad jurídica propia, que actúan en el mercado sometidas a la dirección económica de otra entidad, situada, por ello, en el vértice del grupo.

En este contexto, sin duda insatisfactorio, debe destacarse la creciente atención que el grupo viene mereciendo para la doctrina, así como la paulatina formación de lo que podría denominarse un Derecho *judicial* de los grupos. Gracias a esta circunstancia, especialmente desarrollada entre nosotros al hilo de la Gran Recesión, con especial incidencia en el Derecho concursal, se ha empezado a dar cauce a alguno de los elementos básicos del grupo de sociedades, como es el llamado “interés del grupo”. Así se advierte, de manera muy destacada, en la importante sentencia núm. 695/2015, del Tribunal Supremo (sala 1ª), de 11 de diciembre de 2015, que constituye el máximo ejemplo, hasta el momento, de aproximación estrictamente societaria al grupo⁴⁸.

Al margen ahora de estas consideraciones generales, lo cierto es —y la resolución de 19 de septiembre de 2019 de la Dirección General lo prueba de manera

⁴⁶ Así, por muchos, GIRGADO, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001, *passim*.

⁴⁷ Podrá decirse, para excusar estas circunstancias, que la regulación del grupo es una tarea difícil y que, por ello, faltan ejemplos suficientes en el Derecho comparado para llevarla a cabo con garantías de éxito. Con todo, ha habido en España intentos ambiciosos de regulación —en lo que atañe a la vertiente societaria—, desde el Anteproyecto de Ley de sociedades anónimas, de 1979, hasta el Anteproyecto de Código Mercantil, de 2014, pasando por la Propuesta de Código de las sociedades mercantiles, de 2002. Todos han resultado infructuosos y la situación del grupo en el Derecho español se caracteriza, en la actualidad, por su tratamiento insuficiente a la vez que fragmentario, lo que impide hablar, propiamente, de la existencia de un auténtico Derecho de grupos entre nosotros.

⁴⁸ Sobre este fallo, véase EMBID IRUJO, J. M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*, 300 (2016), pp. 301-320. No es este el único fallo interesante sobre grupos desde la perspectiva, aquí determinante, del Derecho de sociedades, si bien constituye, tal vez, el más significativo, por la «valentía», cabría decir, de alguna de sus formulaciones y por el hecho de acercarse a nuestra figura desde una perspectiva genérica a la vez que actualizada. Por lo demás, muy recientemente, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo 191/2022, de 24 de enero, aunque las referencias al grupo, desde luego significativas, resultan demasiado sintéticas. En el terreno jurisprudencial, por último, no es posible olvidar la amplia consideración que ha merecido la figura en estudio desde la perspectiva propia del Derecho del Trabajo. Esta línea de análisis resulta ser la primera en el tiempo entre nosotros y cuenta ya con varias décadas desde los primeros fallos, sin que pueda ignorarse su singularidad y su concentración en el tratamiento de los problemas propios suscitados en dicha disciplina jurídica, desde una perspectiva que, en la mayoría de los casos, parece responder al principio *pro operario*. De entre la muy abundante doctrina laboralista sobre los grupos, puede citarse, como aportación reciente, MONEREO PÉREZ, J. L./ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del trabajo*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

incontestable⁴⁹— que la empresa familiar ha dejado de ser, por lo común, un operador económico del mercado adscrito a un solo titular jurídico de manera exclusiva, para pasar a ser, en muchos casos, una estructura plural o policorporativa, como suele afirmarse en la doctrina. En tal sentido, el grupo familiar de empresas constituye en nuestros días una constante organizativa, que, en sí misma, no es un supuesto particularmente distinto de los restantes grupos presentes en nuestra realidad económica. Por ello, cabe hablar, de manera equivalente a lo observado en anteriores supuestos⁵⁰, de una cierta inespecificidad del grupo familiar de empresas en cuanto modalidad concreta de la empresa de grupo.

Sin perjuicio de esta constatación —inevitable, por otra parte— es posible avanzar aquí también en la “familiarización” de esa estructura diversificada de la empresa, con la finalidad de lograr, por supuesto, mayor eficiencia, pero también, y de manera muy destacada, para que la empresa familiar siga mereciendo dicho calificativo, adaptándose, claro está, a la evolución de los tiempos. Y no se puede ignorar el papel que, a tal efecto, podría jugar el protocolo familiar como, según se ha advertido previamente, auténtica “constitución” de la empresa familiar, en este caso policorporativa o de grupo.

2. La organización del grupo familiar de empresas

2.1. Premisa: los modelos de grupo

No parece suficiente, con todo, hablar de “grupo” o de “empresa de grupo” tanto en términos generales como, de manera más específica, en lo que se refiere a la empresa familiar. Como sucede con los tipos de sociedad mercantil, sobre todo cuando son de naturaleza capitalista, también aquí se aprecia un espectro tipológico amplio que responde, como es lógico, a las particulares necesidades de los distintos operadores económicos. Es posible, por ello, hablar de modelos distintos de organización del grupo, los cuales suelen ser, sobre todo, el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad y, en mucha menor medida, de las previsiones legales.

⁴⁹ Y a la vez permite poner de manifiesto la relación estrecha que existe entre el grupo de empresas y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Es bien sabido que buena parte de estas últimas, sobre todo la fusión y la escisión, tienen lugar, por lo común, en el seno de los grupos, sirviendo a su reorganización o reestructuración, aunque la normativa vigente entre nosotros, esencialmente la Ley 3/2009, de 4 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no tenga en cuenta este extremo, de manera muy similar a lo observado en otros ordenamientos. En general, sobre estas modificaciones, GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; más recientemente, NIETO CAROL, U. (dir.), *Estudios de Derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia. Diez años de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

⁵⁰ Véase *supra* II, 1 y III, 3, 3.2., 3.2.2.

En tal sentido, predomina entre nosotros, y también en el marco de la empresa familiar, lo que podríamos denominar el *grupo de sociedades de naturaleza capitalista*, con especial protagonismo de la sociedad de responsabilidad limitada⁵¹. De hecho, una de las escasas alusiones significativas al grupo en el Derecho español se encuentra precisamente en la regulación de dicha sociedad, a propósito de la transmisión de participaciones sociales por actos *inter vivos*; en concreto, el art. 107, 1º LSC alude a nuestra figura para declarar libre, salvo disposición contraria de los estatutos, la transmisión de participaciones sociales “en favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente”⁵².

Menos idóneo para la empresa familiar es el *modelo cooperativo* de organización del grupo, de acuerdo con lo previsto, entre otras normas del frondoso Derecho cooperativo español⁵³, en el art. 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio⁵⁴. Ello es así, a pesar del relieve económico alcanzando en algunos sectores de la actividad económica por este singular modelo, y como consecuencia, entre otras cosas, de la notoria inadecuación de la forma jurídica cooperativa para la empresa familiar, como es bien sabido.

Más interés, en relación con la empresa familiar, reviste el *grupo de empresas fundacional*⁵⁵, cuyo principal elemento diferenciador es el de que en la cima del

⁵¹ A un «grupo familiar de empresas» integrado por tres sociedades de responsabilidad limitada, precisamente, se refiere la sentencia del Tribunal Supremo núm. 572/2016 (sala de lo civil), de 29 de septiembre, que rechaza la aplicación al mismo de la doctrina del levantamiento del velo frente al criterio de la Audiencia, según el cual, todas las sociedades del grupo habían de responder solidariamente por las deudas de la dominante. Más recientemente, y a propósito de un problema de autocartera, se alude a un grupo familiar de empresas integrado por sociedades de responsabilidad limitada en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 190/2019, de 27 de marzo.

⁵² A la dispersa y escasamente coherente regulación del grupo en el ámbito de las sociedades de capital, de la que el precepto citado en el texto constituye un ejemplo significativo, se acaban de añadir algunas normas más mediante la todavía reciente Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la directiva 2017/828, sobre implicación a largo plazo de los accionistas. Dicha ley ha reformado, entre otras regulaciones, la propia LSC, con distintas referencias al grupo, de entre las cuales seguramente la más importante se encuentra en el (nuevo) art. 231 *bis* LSC, que se ocupa de las llamadas «operaciones intragrupo».

⁵³ Últimamente, PEINADO GRACIA, J. I. (dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

⁵⁴ Es bien sabido que no solo la figura concreta del grupo cooperativo resulta adecuada, como vestidura jurídica, para llevar a cabo lo que se suele denominar «integración cooperativa»; otras estructuras, como la cooperativa de segundo grado, pueden ser igualmente idóneas a tal efecto. Sobre estas cuestiones, por muchos, ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización. La cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000. Últimamente, desde la perspectiva del Derecho italiano en el sector de los grupos de cooperativas de crédito, DI GIULIA, R., *La direzione unitaria nel gruppo bancario cooperativo*, Torino, Giappichelli, 2021.

⁵⁵ Cfr. EMBID IRUJO, J. M., *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019, pp. 129-153. Este grupo no es solo una realidad doctrinal, cabría decir, sino que tiene consistencia normativa, a través, por ejemplo, de las fundaciones bancarias, reguladas en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, y también judicial, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 190/2017, de 15 de marzo de 2017, dictada en un supuesto de naturaleza concursal. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de que, al margen de toda regulación legislativa, sea

grupo se encuentra una fundación que ejerce el poder de dirección característico de esta modalidad empresarial sobre las distintas sociedades controladas. La singularidad del modelo, de especial utilidad para la empresa familiar, como se verá, no se encuentra, por tanto, en la base del grupo, sino en su vértice; podrá decirse, así, que la fundación en él situada, además de llevar a cabo las actividades que como tal persona jurídica le correspondan, asumirá el papel de una entidad *holding*, sin actividad directa en el mundo económico, pero presente en él gracias a la dirección empresarial de las sociedades por ella controladas directa o indirectamente. Por lo expuesto, merece la pena dedicar alguna atención a este modelo de grupo, con una breve reflexión final sobre su conveniencia para la organización jurídica de la empresa familiar.

2.2. *El grupo de empresas fundacional*

2.2.1. Los intereses en presencia

El primer y, seguramente, principal rasgo distintivo del grupo de empresas fundacional es la compleja situación de intereses que en él se produce. Junto al interés del grupo, que constituye la referencia básica en esta modalidad de empresa, y al lado de los intereses individuales de las sociedades que lo forman, hay que aludir de manera ineludible al *interés general* que la fundación, como persona jurídica, ha de perseguir necesariamente (art. 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones). Y, del mismo modo que sucede en cualquier modelo de grupo, también aquí pueden surgir conflictos entre los intereses en presencia que requerirán alguna medida o instrumento de resolución⁵⁶.

Dejando al margen ahora un buen conjunto de matices y de detalles, el conflicto que, *a priori*, parece determinante es el que, en su caso, pueda llegar a enfrentar al fin de interés general que la fundación ha de perseguir con el interés del grupo como empresa conjunta. Y para saber el alcance de esa posible tensión, así como sus concretas soluciones, resulta necesario tener a la vista la estructura concreta del grupo de empresas fundacional, partiendo de que en todo caso la fundación siem-

notoria en la realidad económica española la presencia de relevantes grupos de empresas dirigidos o encabezados por una fundación.

⁵⁶ La situación esquemáticamente descrita en el texto se refiere al llamado grupo jerárquico, es decir, aquel en el cual el poder de decisión ejercido por la entidad que se sitúa en su vértice se funda en el control o dominio que, de manera directa o indirecta, mantiene sobre las sociedades que lo integran, y que constituye, por lo demás, el más frecuente en la práctica. En ese contexto, se entiende que uno de los principales objetivos de la regulación jurídica del grupo, tal y como se ha puesto de relieve en los escasos países, como Alemania, que disponen de una regulación sustancial en dicha materia, es, una vez reconocida la legitimidad del grupo y su interés, la de establecer medidas protectoras para quienes puedan verse afectados por su organización y funcionamiento; se trata, en esencia, de los intereses vinculados con las sociedades controladas, como los de sus socios minoritarios y sus acreedores, sin perjuicio de que, en ocasiones, los intereses de los socios de la sociedad que dirige el grupo puedan necesitar alguna forma de tutela.

pre se encontrará en su vértice y le corresponderá, por ello, asumir la dirección de esta modalidad de empresa.

En tal sentido, si nos encontramos en presencia de un *grupo centralizado*, es decir, aquella estructura empresarial en la que las sociedades dominadas, sin perjuicio de su personalidad jurídica independiente, carezcan de cualquier capacidad decisoria efectiva por haber sido asumida esta en su integridad por la fundación dominante, será posible sostener que no cabe un conflicto real entre los intereses mencionados. Y es que, en tal caso, el grupo realmente existente vendrá a ser una proyección externa de la propia fundación, por lo que habrá congruencia y, en numerosas ocasiones, además, auténtica identidad, entre el fin de interés general de aquella y el interés del grupo regido por la fundación.

Cuando, en cambio, nos encontremos ante un *grupo descentralizado*, donde las sociedades dominadas dispongan de un margen de comportamiento empresarial autónomo, porque, por ejemplo, la fundación, aun siendo entidad controlante, posea una participación minoritaria, o haya limitado su dirección a aspectos básicos de la organización empresarial, no cabrá hablar, en buena lógica, de identidad entre fin de la fundación e interés del grupo. Por todo ello, el interés del grupo no podrá ser, en tales casos, una mera proyección del fin de interés general perseguido por la fundación. Sin querer afirmar, de este modo, la necesaria oposición entre ambos, existirán elementos distintivos cuyo relieve jurídico será necesario ponderar.

Como criterio genérico, hay que partir de la prioridad del fin de interés general, propio de la fundación, sin que ello suponga desconocimiento del interés del grupo y, en la medida de lo posible, del correspondiente a las entidades que lo componen. Caso, no obstante, de que no hubiera concierto de los intereses, corresponderá a la fundación resolver el conflicto surgido impartiendo las oportunas instrucciones a la sociedad o sociedades dominadas. Así, la fundación habrá de orientar su comportamiento conforme al fin de interés general que la inspira; pero el respeto, también obligado, al interés del grupo en cuyo vértice se sitúa determinará que las órdenes impartidas por la fundación a las sociedades dominadas no estén siempre amparadas por aquel interés. De producirse alguna consecuencia perjudicial para las sociedades integradas en el grupo, será necesario establecer algún sistema de protección, previsiblemente de carácter patrimonial, en la línea de las llamadas “ventajas compensatorias”, tal y como se advierte en la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015⁵⁷.

⁵⁷ Tales ventajas, de acuerdo con el criterio establecido en el fallo, no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores al potencial comportamiento de la entidad que dirija el grupo, originario de la «desventaja» (que no del daño de la sociedad dominada) que se pretende «compensar», sino que podrán ser también previas. Se trata, en cualquier caso, de «realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial». Sobre este asunto, con detalle, FUENTES NAHARRO, M., «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, cit., pp. 243-293.

La delimitación de los intereses, así como el tratamiento de sus respectivas relaciones, se revela, entonces, como un elemento básico del grupo de empresas fundacional y necesita por ello de algún mecanismo ordenador. A tal efecto, y ante la ausencia de regulación en el Derecho español, se ha propuesto entre nosotros, con carácter genérico, que las diversas entidades y sociedades integradas en el grupo establezcan las líneas, generales y particulares, de la organización y funcionamiento de dicha empresa en lo que se viene denominando, por influencia del Derecho alemán, *contrato de grupo*⁵⁸.

Mediante esta fórmula, se trata de describir un negocio jurídico de organización del propio grupo, y no de intercambio de prestaciones entre sus miembros, al modo en que *mutatis mutandis* sucede con el contrato de fundación de una sociedad mercantil. Su fuente originaria será, una vez más, la autonomía de la voluntad, con los inevitables matices derivados de la distinta estructura que el grupo tenga y que repercutirán, como es fácil de imaginar, en la libertad de decisión de la que cada miembro del grupo pueda efectivamente disponer.

Con el contrato de grupo, entonces, se produce la “constitución jurídica” de esta singular forma de empresa, que viene a formalizar y articular ante el ordenamiento, por regla general, la realidad puramente económica del grupo. De este modo, además de fijar, como ya se ha señalado, las líneas maestras de su organización y funcionamiento, será posible sentar las bases para disciplinar las relaciones jurídicas existentes entre los miembros del grupo. Y, por último, la conclusión de este negocio jurídico de organización servirá no solo para dar publicidad a la realidad empresarial que el grupo constituye⁵⁹, sino también “respetabilidad”, si cabe hablar en estos términos, al poner de manifiesto ante el mercado y los operadores económicos los caracteres y las circunstancias de dicha realidad.

⁵⁸ Esta sugerencia se postula en relación con todos los grupos, siguiendo el criterio existente al respecto en el Derecho alemán, y no solo en relación con el grupo de empresas fundacional; al respecto, véase EMBID IRUJO, J. M., «El Derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, 304 (2017), pp. 13-40, especialmente, pp. 34 y ss.

⁵⁹ Ante la inexistencia de un Derecho de grupos, propiamente dicho, en el ordenamiento español, la referencia a la publicidad del grupo a través del contrato indicada en el texto ha de tomarse, por supuesto, con cautela. No obstante, sería deseable que dicho contrato se documentara en escritura pública y que de su contenido se tomara nota en las inscripciones correspondientes a las sociedades integrantes del grupo. No podría hacerse tal cosa con la fundación situada a la cabeza del grupo por no ser considerada, en principio, como sujeto inscribible en la normativa española sobre Registro Mercantil. Con todo, podría sostenerse, sobre la base del criterio autorizadamente formulado en su día (cfr. VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969), que esta fundación, por ser titular, si bien indirecto, de una actividad empresarial podría disfrutar de la posibilidad de la inscripción potestativa. En todo caso, y desde la perspectiva de la empresa familiar, podría traerse a colación, aun tratándose de un grupo, y no de una sociedad aislada, lo dispuesto en el Real Decreto 171/2007.

2.2.2. La estabilidad y la continuidad del grupo de empresas fundacional

Tras la compleja situación de los intereses presentes en el grupo de empresas fundacional, un segundo rasgo del mismo es el de su acusada *estabilidad*, circunstancia que cabe deducir de la naturaleza de la persona jurídica que lo dirige, es decir, la fundación. Sin entrar ahora en la descripción de sus caracteres, por ser suficientemente conocidos, resulta evidente la invulnerabilidad de la fundación frente a intentos externos de toma de control, como es moneda corriente en el campo del Derecho de sociedades, y no solo en el caso de las sociedades abiertas, aunque dicho proceso sea de realización más sencilla.

Esa misma naturaleza, y el hecho de perseguir un fin de interés general, dota a la fundación, por otra parte, de un acusado relieve institucional, frente al carácter básicamente contractual de las sociedades, lo que resulta congruente con las razones que suelen motivar la creación de un grupo y que se termina reflejando en el contenido de su propio interés. No quiere decirse con ello, claro está, que el grupo de empresas solo pueda alcanzar sus particulares objetivos mediante la presencia en su vértice de una fundación, como entidad directora del mismo. Pero sí es posible sostener que esta circunstancia objetiva más nítidamente la estructura de la empresa de grupo, al tiempo que facilita su continuidad.

En tal sentido, es doctrina consolidada que el ejercicio de la actividad empresarial por una fundación, bien sea de manera directa, bien, como en nuestro caso, a través de su participación como entidad *holding* en diversas sociedades mercantiles, ayuda a *perpetuar* la explotación económica, de acuerdo, por otra parte, con el fin característico de la propia fundación⁶⁰. Ello es consecuencia, entre otras cosas, del amplio campo de disponibilidad que, sobre la base del Derecho vigente, corresponde al fundador y a la propia fundación para configurar su ámbito interno y, dentro de él, su particular sistema de gobierno corporativo, residenciado, como es bien sabido, en el Patronato⁶¹.

2.3. La empresa familiar y el grupo de empresas fundacional

2.3.1. Consideraciones introductorias

La sintética exposición llevada a cabo hasta el momento permite apreciar la idoneidad del grupo de empresas fundacional como estructura organizativa de la

⁶⁰ Así ya REUTER, D., *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen: ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen*, Frankfurt, Athenäum, 1973.

⁶¹ Cuyo régimen, aun estando sustancialmente influido por la regulación de los administradores en la normativa sobre sociedades de capital, permite un amplio margen de maniobra al servicio del fin de interés general. Sobre la influencia del Derecho de sociedades en la moderna regulación de las fundaciones, véase BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2006. Dentro de la doctrina española, analiza las principales entidades sin fin de lucro, VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

empresa familiar. De entrada, la naturaleza misma de la fundación, como persona jurídica de base institucional, concuerda bien con el propósito que anima la creación de una empresa familiar, y en el que cabe apreciar, como es sabido, un notorio propósito de conservación de la propia empresa, así como de su mantenimiento en manos del grupo familiar en cuyo ámbito se constituyó y bajo cuya dirección se lleva a cabo la actividad empresarial en el mercado⁶².

Puede afirmarse, en este sentido, que a toda empresa familiar le es inherente un propósito de perpetuación que, sin excluir de plano la entrada de intereses ajenos al ámbito familiar, requiere de manera imprescindible el diseño de mecanismos jurídicos propicios a tal fin. Es sabido que el Derecho de sociedades existen algunas técnicas susceptibles de cumplir dicho objetivo, sobre todo, en el marco de las sociedades cerradas, de las que constituye un ejemplo relevante la sociedad de responsabilidad limitada. Pero en el ámbito del grupo de empresas, la reseñada finalidad no puede conseguirse sin más con instrumentos de esta naturaleza, inevitablemente vinculados a cada una de las sociedades que lo formen. Hará falta un planteamiento de conjunto, no fácil de conseguir, por otra parte, en un ordenamiento como el español, carente de una disciplina básica de la empresa de grupo, y que, con sus indudables matices, puede ser cumplido por la fundación, en los términos que venimos señalando.

De este modo, y en defecto de una tal regulación, la fundación puede desempeñar en el grupo de empresas familiar un papel relevante como entidad *holding*; con ello, desde luego, se garantiza la unidad de dirección, y se propicia la estabilidad y la continuidad de la empresa en su conjunto, gracias a la función, si cabe el término, de “escudo protector” frente a intentos externos de toma del control que la propia fundación es susceptible de representar. No es un obstáculo a tal fin la necesaria ausencia de fin de lucro (art. 2 LF) que caracteriza a la persona jurídica en estudio; y no lo es, en primer lugar, por el carácter de entidad titular de la unidad de dirección que le correspondería en el grupo, sin actividad empresarial directa por su parte; pero no lo es tampoco, en segundo lugar, porque no nos encontramos ante una fundación familiar, en el sentido, ciertamente crítico, que corresponde a tal figura en nuestra tradición jurídica⁶³.

Y es que esa fundación, situada en el vértice de un grupo de empresas, no se ha constituido con el propósito de convertir en beneficiarios, con carácter exclusivo, del fin de interés general de dicha persona jurídica, a los miembros de una determinada familia; su objetivo, como ya se ha indicado, es el de dar estabilidad y continuidad a un conjunto empresarial heterogéneo que adquiere consistencia jurídica y organizativa, precisamente, por la unidad de dirección que sobre el mismo ejerce la fundación.

⁶² Véase *supra* I, 1.

⁶³ Por muchos, DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1984, p. 79.

2.3.2. La constitución del grupo y el protocolo familiar

A la hora de perfilar los caracteres del grupo de empresas familiar y hacer posible su efectiva constitución jurídica, puede jugar un papel trascendental el protocolo familiar, más allá de su tradicional vinculación con una determinada sociedad mercantil y extendido, por lo tanto, al conjunto empresarial cuya dirección corresponderá a la fundación. Sin perjuicio de la mayor complejidad de este supuesto, el protocolo familiar viene a representar aquí la función del contrato de grupo, es decir, un negocio jurídico, de naturaleza organizativa, como ya se ha dicho, al modo del contrato de sociedad, si bien en este caso de segundo grado, mediante el cual nace a la vida jurídica la empresa de grupo, sobre la base del acuerdo de las distintas entidades y sociedades que lo formen.

No se trata, por tanto, con ese contrato de hacer posible el intercambio de prestaciones entre los contratantes, sino, más bien, de dirigir sus voluntades hacia una finalidad común, susceptible de concretarse a través del llamado “interés del grupo”. En cuanto tal, el contrato de grupo carece de regulación entre nosotros, si bien su licitud es ampliamente aceptada por la doctrina y, de manera implícita, por la Jurisprudencia, como una consecuencia lógica de su expreso reconocimiento en muy distintas normas del Derecho español. Por tal motivo, si la institución a la que se vaya a referir el contrato es plenamente lícita, también habrá de serlo el instrumento, directamente derivado de la autonomía de la voluntad, mediante el cual se perfila y delimita desde el punto de vista jurídico.

Sobre la base de estas sucintas consideraciones, no parece dudoso que el protocolo familiar pueda cumplir, entre otras, las funciones propias del contrato de grupo. Como institución característica del Derecho de la empresa, resulta especialmente idóneo para ordenar y articular la estructura del grupo, así como las relaciones entre sus distintas entidades, otorgando la primacía, en todo caso y como consecuencia del modelo de grupo adoptado, a la propia fundación, como núcleo esencial de la empresa familiar⁶⁴. En tal sentido, podrán llevarse a su contenido diversas circunstancias relevantes para la organización y el funcionamiento del grupo de empresas familiar, desde la delimitación precisa de los poderes correspondientes a la fundación en su seno, con sus particulares límites, hasta los medios de resolución de los conflictos entre los miembros del grupo, con particular protagonismo de la mediación y, sobre todo, el arbitraje⁶⁵.

⁶⁴ Como es natural, la adopción de este modelo organizativo del grupo de empresas familiar no significa que con él se eviten las tensiones y conflictos personales, tan frecuentes, por otra parte, en el seno de estos operadores económicos. Y, del mismo modo, tampoco parece posible que el protocolo, entendido en este caso como una modalidad del contrato de grupo, pueda servir para dotar de estabilidad temporalmente ilimitada a lo que en él se pueda acordar. Frente a las vinculaciones permanentes, desde el punto de vista de la titularidad del capital de las sociedades integrantes del grupo de empresa familiar, entre otros extremos, que, en ocasiones, se plasman en los protocolos, reacciona la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 120/2020, de 20 de febrero, ya citada en varias ocasiones en este trabajo, y que se ha dictado a propósito precisamente de un característico grupo de empresas familiar.

⁶⁵ Sobre la cuestión, si bien desde una perspectiva preferentemente unisocietaria, véase MARTÍ MOYA, «La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario», en SÁNCHEZ RUIZ, M. (dir.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, cit., pp. 203 y ss.

Y si resulta sumamente conveniente fijar en el protocolo el relieve de cada una de las personas jurídicas, por regla general sociedades, integrantes del grupo, también lo será, con mayor razón, incluso, especificar el estatuto jurídico de los miembros de la familia en su seno, delimitando, por ejemplo, el alcance de su concreta posición jurídica en las respectivas sociedades (cuotas o partes de las mismas asignadas a cada uno, sin perjuicio de posibles derechos especiales). Habrá de evitarse, con todo, la no infrecuente tentación en la empresa familiar de establecer fórmulas de vinculación permanente entre dichos miembros, de licitud sumamente cuestionable, como se ha puesto de manifiesto en la reseñada sentencia 120/2020 del Tribunal Supremo.

2.3.3. El gobierno corporativo del grupo de empresas familiar

La anterior referencia a la posición de los miembros de la familia en el seno del grupo, a través de su ubicación en las distintas sociedades del mismo, nos lleva a aludir, por último, a la estructura orgánica del grupo de empresas familiar encabezado por una fundación, es decir, a lo que modernamente se denomina “gobierno corporativo”, cuyo tratamiento particular puede llevarse a cabo en el protocolo del grupo. En este apartado, también resulta propicio el hecho de adoptar la figura de la fundación como vértice o cabecera del grupo, gracias a la sencillez de su estructura orgánica, básicamente concretada en el Patronato, tal y como se contempla en nuestro Derecho positivo.

Resultará frecuente que el Patronato de la fundación esté ocupado de manera exclusiva o, cuando menos, ampliamente mayoritaria, por los miembros de la familia empresaria. Y aunque no parece posible objetar nada a la primera posibilidad, sin embargo, la necesidad de contar con una gestión del grupo progresivamente profesionalizada aconsejará la incorporación de expertos ajenos al núcleo familiar, sobre todo, en grupos de importante dimensión o de actividad empresarial muy tecnificada. Puede haber algún inconveniente, con todo, a dicha incorporación, por presumirse entre nosotros la gratuidad del cargo de patrono, aunque el art. 15, 4º *in fine* LF permite fijar una retribución adecuada para los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que son propios de dicho cargo.

Con todo, y sin perjuicio del relieve del Patronato, como órgano de gobierno y representación de la fundación, es posible en el Derecho español la creación de otros órganos, cuyo estatuto jurídico y particulares competencias quedan al criterio de la autonomía de la voluntad, bien la originaria del fundador o fundadores, bien la del propio Patronato, una vez constituida la persona jurídica. Esta posibilidad, expresamente contemplada en el art. 16, 2º LF, puede resultar provechosa para el grupo de empresas familiar, y también para alojar en el correspondiente órgano nuevo a expertos o directivos empresariales ajenos al núcleo de la familia empresaria; y ello, sin perjuicio de que su particular concreción habrá de ajustarse a las circunstancias de cada grupo, en el marco de lo que bien podría denominarse “tipología del grupo fundacional”, cuestión apenas estudiada entre nosotros.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A la hora de concluir el presente trabajo, parece necesario reiterar, desde la vertiente del Derecho de sociedades, la inespecificidad de la empresa familiar, lo que aconseja evitar, como criterio de política jurídica, la creación de una figura societaria *ad hoc*. Los tipos societarios existentes, en particular los de conformación capitalista, son idóneos *a priori* para servir de vestidura jurídica a la empresa familiar, eso sí, a condición de que se recurra con intensidad y en atención a las necesidades de la familia empresaria a la autonomía de la voluntad, tanto en lo que se refiere a la elaboración de los estatutos sociales, como a la conclusión de los inevitables pactos parasociales.

Sí parece conveniente, no obstante, avanzar en la simplificación del Derecho de sociedades, como criterio, desde luego, general, pero también para lograr un mejor acomodo jurídico y organizativo de la empresa familiar. La propuesta, que ahora se hace, de predisponer una forma capitalista de sociedad simplificada, no se debe, en principio, a que se corresponda plenamente con las circunstancias y exigencias de la empresa familiar en todas sus variedades; como es bien sabido, de acuerdo con la experiencia comparada, esa forma simplificada se concibe para ofrecer un adecuado encaje organizativo a las empresas de menor dimensión, gracias al amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad. Con todo, su introducción en el Derecho español resultaría de extraordinaria utilidad para la empresa familiar, sobre todo, en relación con las que derivan de la constitución exclusiva de una única sociedad mercantil.

También convendría avanzar en nuestro ordenamiento en la regulación de los grupos de empresas y de sociedades, cuyo relieve para la empresa familiar de mayor dimensión es hoy considerable. En ese marco, carente casi por completo de tratamiento positivo, la autonomía de la voluntad está llamada a jugar igualmente un papel destacado; y ello, tanto en lo que se refiere al modelo de grupo susceptible de acomodarse más adecuadamente a la empresa familiar (el grupo fundacional, aquí propuesto), como al modo de hacer posible su efectiva constitución jurídica.

A este respecto, debe destacarse, una vez más, el significado del protocolo familiar, como institución directamente creada en el marco de nuestra figura, según es notorio, y cuya adscripción básica al Derecho de la empresa parece hoy indiscutible. Su elaboración puede servir para dotar al grupo de empresas familiar de la organización pertinente, situando a la fundación en su vértice y estableciendo las reglas idóneas para la armonización de los distintos intereses en presencia, así como el cauce de desenvolvimiento de las múltiples relaciones entre las entidades integrantes del grupo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO SÁNCHEZ, R., *La integración cooperativa y sus técnicas de realización. La cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

- ALONSO LEDESMA, C., «La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios», *Revista de Derecho Mercantil*, 287 (2013), pp. 89-128.
- ARROYO, I. / EMBID, J. M. / GÓRRIZ, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- BERCOVITZ, A., «La revisión de la “Propuesta de Código Mercantil”», *Revista de Derecho Mercantil*, 310 (2018), pp. 9-30.
- BERROCAL LANZAROT, A., «Capítulo II: La organización de la empresa familiar: comunidad de bienes, sociedad civil y cuentas en participación», *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 53-188.
- BURGARD, U., *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht. Zur Einführung korporativer Strukturen bei der Stiftung*, Köln, Dr. Otto Schmidt, 2006.
- CAÑABATE POZO, R., «Cooperativa y empresa familiar», *CIRIEC*, 37 (2020), pp. 207-246.
- DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1984.
- DEL VAL TALENS, P./GIMENO RIBES, M., «Specific Financial Markets for Family Firms in Spain», *Revue Internationale des Services Financiers/International Journal for Financial Services*, 2 (2020), pp. 26-39.
- , «Setting the Scene. Family Firms and Closed Companies in Spain», en FLEISCHER, H. (dir.), *Family Firms and Closed Companies in Spain*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 22-63.
- DÍAZ GÓMEZ, E., «El protocolo como instrumento de buen gobierno y de “gobernanza de intereses”», en TORRES CARLOS, M.R./FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á. (dirs.), PÉREZ CARRILLO, E. (coord.), *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 447-477.
- DI GIULIA, R., *La direzione unitaria nel gruppo bancario cooperativo*, Torino, Giappichelli, 2021.
- EMBID IRUJO, J. M., «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*, 300 (2016), pp. 301-320.
- , «El significado de la tipología societaria en el Derecho de sociedades contemporáneo», en EMBID IRUJO, J. M./NAVARRO MATAMOROS, L./OVIEDO ALBÁN, J. (dirs.), *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2017, pp. 25-61.

- , «El Derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, 304 (2017), pp. 13-40.
- , *Actividad económica en el mercado e interés general. Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2019
- , «Aproximación al significado de los principios configuradores del tipo en el Derecho de sociedades de capital», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.^a ed., tomo VI Mercantil, vol. 3º, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 19-57.
- ESPINA, D., *Autonomía privada en las sociedades de capital. Principios configuradores y teoría general*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1982.
- FERNÁNDEZ CÁMARA, C., «Capítulo XV: El conflicto y los ADR en la empresa familiar», en *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 853-877.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977.
- FLEISCHER, H., «Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen», *Rabels Zeitschrift*, 82-2 (2018), pp. 239-266.
- , «An Introduction to Law and Management of Family Firms», en FLEISCHER, H. (dir.), *Family Firms and Closed Companies in Spain*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 1-22.
- FUENTES NAHARRO, M., «La teoría de las ventajas compensatorias y los grupos de sociedades», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, cit., pp. 243-293.
- GARCÍA VIDAL, Á., «Consecuencias societarias del incumplimiento de pactos parasociales», en EMPARANZA SOBEJANO, A. [dir.], *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 85-137.

- GARRIDO DE PALMA, V. M., «La empresa familiar. Su protocolo y el registro mercantil», *Revista Jurídica del Notariado*, 108-109 (2019), pp. 237-262.
- , «La separación y la exclusión de socios», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.^a ed., tomo VI Mercantil, vol. 3º, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp. 221-281.
- , «La familia empresaria en la Jurisprudencia. La reestructuración empresarial tras la pandemia», en GARRIDO DE PALMA, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2.^a ed., tomo VI Mercantil, vol. 3º, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 283-326.
- (dir.), *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- GIRGADO, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976.
- HERNANDO CEBRIÁ, L., «La mediación societaria en el marco de la ADR (*Alternative Dispute Resolution*)», en BOLDÓ RODA, C. (dir.), ANDREU MARTÍ, M.^a M. (coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 248 y ss.
- HIERRO ANIBARRO, S., «Sociedad nueva empresa (artículos 130 a 144 de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada)», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, XIV-6º, Madrid, Civitas, 2010.
- (dir.), *Simplificar el Derecho de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- (dir.), *Un nuevo estatuto para el empresario individual*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- HIRTE, H., «Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit», en LUTTER, M./WIEDEMANN, H. (eds.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (Sonderheft ZGR)*, Berlin, Walter de Gruyter, 1998, pp. 61-96.
- IRTI, N., *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- LIBERTINI, M., «Passato e presente del Diritto commerciale. A proposito di tre libri recenti», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 735-771.

- LLEONART CASTRO, J., «Capítulo I: El empresario individual y la búsqueda de la limitación de responsabilidad», en *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 17-51.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Á., *Protección del capital y principios configuradores: una aproximación*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P./OTERO COBOS, M.^a T./GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, B. (coord.), *El derecho de separación y la exclusión de socios de las sociedades de capital*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- MARTÍ MOYA, «La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario», en SÁNCHEZ RUIZ, M. (dir.), *Régimen jurídico de la empresa familiar*, cit., pp. 203 y ss.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MENÉNDEZ, A. (dir.), ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada? La cuestión tipológica, Madrid, Civitas, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J. L./ORTEGA LOZANO, P. G., *Los grupos de empresas en el Derecho del trabajo*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- NAVARRO MATAMOROS, L. *Libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Granada, Comares, 2009.
- , *Panorama del Derecho de sociedades contemporáneo: nuevas figuras y tendencias prácticas*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019.
- NIETO CAROL, U., *La Constitución económica de 1978*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Dykinson, 1998.
- NIETO CAROL, U. (dir.), *Estudios de Derecho de sociedades. Colegio Notarial de Valencia. Diez años de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- NIETO GARCÍA, A., «El positivismo jurídico y la constitución de 1978», *Revista española de Derecho constitucional*, 26 (1989), pp. 9-39.
- , *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000,
- , *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Sevilla, Global Law Press, 2017.

- NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.
- OLMEDO CASTAÑEDA, F. J., «Capítulo VIII: Hacia un estatuto de la empresa familiar: necesarias reformas legales», *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 369-441.
- ORTEGA BURGOS, E. (dir.), *Tratamiento jurídico y fiscal de la empresa familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- PEINADO GRACIA, J. I. (dir.), *Tratado de Derecho de sociedades cooperativas*, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- PETIT, C., *Historia del Derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- PETRIKOVSKI, M., *Satzungsstrenge contra Gestaltungsfreiheit im Recht der «deutschen» AG und SE*, Bielefeld, Diss., 2009.
- REUTER, D., *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen: ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht de Unternehmensformen*, Frankfurt, Athenäum, 1973.
- REVILLA FERNÁNDEZ, I. G., «Capítulo III: Fórmulas societarias existentes al servicio de la empresa familiar», en *Panorama actual de la empresa familiar* (Número extraordinario de *Cuadernos de Derecho y Comercio*), 2017, pp. 189-231.
- REYES VILLAMIZAR, F., *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, 3.^a ed., Bogotá, Legis, 2013.
- SÁNCHEZ RUIZ, M., *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.
- TENA ARREGUI, R., *Organización de la empresa familiar: perspectivas estática y dinámica*, Madrid Colegio Notarial de Madrid, , 2005.
- TRUBIANI, F., *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- VALERO AGÚNDEZ, U., *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1969.
- VALMAÑA CABANES, A., *El régimen jurídico del protocolo familiar*, Granada, Comares, 2015.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

VIÑUELAS SANZ, M., *Gobierno corporativo en personas jurídicas no mercantiles*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material* (trad. esp. de Felipe González Vicén), 2.^a ed., Madrid, Aguilar, 1971.

ZAGREBELSKY, G., *La virtud de la duda* (trad. esp. de José Manuel Revuelta), Madrid, Trotta, 2012.

(Trabajo recibido el 28/02/2022
y aceptado para su publicación el 24/04/2022)

GUÍA DEL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS NFTs (TOKENS NO FUNGIBLES) EN ESPAÑA (PARTE I)

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

*Asociado Senior del Área de Fiscal
del Despacho Cuatrecasas*

RESUMEN

En la era de la reproducción digital en la que vivimos, paradójicamente comienza a surgir la necesidad de replicar algunas de las propiedades de los artículos físicos como son la escasez, la singularidad y la prueba de propiedad.

En este contexto irrumpen los *Tokens No Fungibles* (*Non Fungible Tokens* o NFTs, por sus siglas en inglés), un tipo de criptoactivos basados en la tecnología *blockchain*, que han experimentado un auge sorprendente en los últimos años como consecuencia de su adopción de forma masiva por parte de la comunidad digital en sectores como el arte, los coleccionables, los videojuegos, el deporte o la música, (entre otros), hasta llegar a 2021, año en el que ha explotado el mercado de estos *tokens* (llegando a ser incluso seleccionada la palabra NFT como palabra del año 2021 en el diccionario Collins).

Como todo fenómeno con relevancia económica, los NFTs tienen su trascendencia en el ámbito tributario, por lo que el objeto principal de esta guía es analizar la fiscalidad en España de las operaciones con estos criptoactivos. En la medida en que para determinar correctamente la tributación de estos criptoactivos es imprescindible conocer previamente con precisión su concepto, características y el funcionamiento del mercado, se ha dividido el análisis en dos partes, centrándose esta primera en realizar una aproximación teórica y técnica a los NFTs, analizando su concepto, características, tipos de NFTs, así como su proceso de acuñación, para continuar con una descripción del ecosistema de estos *tokens*, sus casos de uso, los mercados y monederos que más frecuentemente se utilizan y su proceso de compra y venta.

La segunda parte de esta guía, que se publicará en el siguiente número de la revista, se centrará en analizar las implicaciones fiscales de las operaciones con NFTs tanto en el ámbito de la imposición directa (IRPF, IP, Obligaciones de declaración, IRNR) como indirecta (IVA e ITPAJD), así como las implicaciones fiscales para las plataformas, actores fundamentales de este mercado.

Palabras clave: Tokens No Fungibles (NFTs), criptoactivo, *blockchain*, plataformas, imposición directa, imposición indirecta, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre la Renta de No Residentes, Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), Transmisiones Patrimoniales Onerosas, Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (IDSDi).

GUIDE TO THE TAXATION OF NFTS (NON-FUNGIBLE TOKENS) IN SPAIN (PART I)

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

*Senior Associate in the Tax Department
of Cuatrecasas Law Firm*

ABSTRACT

In the age of digital reproduction in which we live, paradoxically, the need to replicate some of the properties of physical items such as scarcity, uniqueness and proof of ownership is beginning to emerge.

In this context, Non Fungible Tokens (NFTs), a type of cryptoassets based on blockchain technology, have burst onto the scene and have experienced a surprising boom in recent years as a result of their massive adoption by the digital community in sectors such as art, collectibles, video games, sports or music, (among others), until 2021, the year in which the market for these tokens has exploded (the word NFT has even been selected as the word of the year 2021 in the Collins dictionary).

As with any phenomenon with economic relevance, NFTs have their transcendence in the field of taxation so the main purpose of this guide is to analyse the taxation in Spain of transactions involving these cryptoassets. To the extent that in order to correctly determine the taxation of these cryptoassets it is essential to have a precise prior knowledge of their concept, characteristics and market functioning, the analysis has been divided into two parts, with the first part focusing on a theoretical and technical approach to NFTs, analysing their concept, characteristics, types of NFTs, as well as their minting process, to continue with a description of the ecosystem of these tokens, their use cases, the markets and wallets most frequently used and their purchase and sale process.

The second part of this guide, which will be published in the next issue of the magazine, will focus on analysing the tax implications of transactions with NFTs both in terms of direct taxation (IRPF, IP, tax obligations, IRNR) and indirect taxation (VAT and ITPAJD), as well as the tax implications for the platforms, which are key players in this market.

Keywords: Non Fungible Tokens (NFTs), cryptoasset, blockchain, platforms, marketplaces, direct taxation, indirect taxation, Personal Income Tax, Non Resident Income Tax, Wealth Tax, Value Added Tax, Digital Services Tax.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. NFTs: APROXIMACIÓN TEÓRICA Y TÉCNICA. 1. Concepto de los NFTs. 2. Características de los NFTs. 3. Tipos de NFTs. 4. Acuñación de los NFTs y elementos técnicos. 5. ¿Qué se compra cuanto se adquiere un NFT? Breve referencia a la problemática asociada de propiedad intelectual.— III. EL ECOSISTEMA DE LOS NFTs. 1. Historia de los NFTs, estado actual del mercado y perspectivas de futuro. 2. Ecosistema de los NFTs: casos de uso. 3. Mercados y carteras de NFT. 3.1. Principales mercados de NFT. 3.2. Principales carteras o wallets para almacenar NFTs. 4. Proceso de compra y venta de NFTs. 4.1. Compra de NFTs. 4.2. Venta de NFTs.— IV. CONSIDERACIONES FINALES.— V. BIBLIOGRAFÍA.— ANEXO I.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de la tecnología ha acelerado la rapidez, la eficacia y la fidelidad de las reproducciones de archivos digitales. Vivimos en una era de la reproducción digital, en la que prácticamente todo se puede repetir, compartir, guardar y copiar, es difícil saber quién es el autor original de un archivo o quien tiene los derechos sobre el mismo. Y, sin embargo, a medida que todo se vuelve más digital, paradójicamente comienza a surgir la necesidad de replicar algunas de las propiedades de los artículos físicos como son la escasez, la singularidad y la prueba de propiedad.

En este contexto irrumpen los *tokens* No Fungibles (*Non Fungible Tokens* en adelante, NFTs, por sus siglas en inglés), un tipo de criptoactivos con atributos y características que los hacen únicos y no intercambiables entre sí y que se registran en redes distribuidas o cadenas de bloques *blockchain*, permitiendo que su existencia, singularidad, propiedad e historial de transacciones se pueda verificar dentro de las mismas.

Los NFTs han experimentado un auge sorprendente en los últimos años como consecuencia de su adopción de forma masiva por parte de la comunidad digital en sectores como el arte digital (con artistas como Beepl); los coleccionables (con colecciones como los Cryptopunks, los Cryptokitties o Bored Ape Yatch Club); los videojuegos (con el notable éxito de Axie Infinity), el deporte (con plataformas destacables como NBA Top Shot o Sorare); la música (como la colección de NFTs del grupo Kings of Leon), y otros sectores (como las entradas y autorizaciones de acceso a conciertos, museos o eventos, la certificación de títulos educativos, o la moda) que progresivamente encuentran utilidad en este tipo de criptoactivos.

Y así hemos llegado al ejercicio 2021, año de la explosión del mercado de estos *tokens*. En este sentido, de acuerdo con la consultora Chainalysis¹, el mercado global de los NFT ha percibido ingresos por 26 000 millones de dólares en todo el año 2021, poniendo de manifiesto la magnitud y relevancia del mercado de estos activos virtuales. Tanto es así, que el diccionario británico Collins ha elegido «NFT» como la palabra del año 2021².

Esta popularidad de los NFTs no ha pasado desapercibida para los medios de comunicación, que han publicado de forma sistemática las transacciones más relevantes, como la venta de la obra de arte digital de Beeple «*Everydays: the First 5000 days*» por 69 millones de dólares en la casa de subastas Christie's³, o la transmisión del NFT vinculado al primer *tweet* de Jack Dorsey (cofundador de Twitter) por 2,9 millones en marzo de 2021⁴.

A la luz de estas cifras tan llamativas, no son pocos quienes consideran que estamos ante una burbuja especulativa que antes o después explotará, mientras que, por otro lado, los defensores ven en los NFTs una oportunidad única para transformar y mejorar diversos sectores a largo plazo, que, además, jugarán un papel esencial en el desarrollo de los metaversos y la llamada Web 3. Dicho esto, los usos de los NFTs deben ir más allá de comprar un activo virtual por un valor para mantenerlo en cartera y venderlo en el corto y medio plazo por un precio superior al de su adquisición, pudiendo encontrar proyectos de NFTs bien concebidos que aporten verdadero valor en el mundo empresarial.

En cualquier caso, como todo fenómeno con relevancia económica, tiene su trascendencia en el ámbito tributario. Así las cosas, el objeto principal de este trabajo es el análisis de la fiscalidad en España de las operaciones con estos criptoactivos, tanto su imposición directa como la indirecta. Como quiera que un correcto análisis tributario requiere de un previo conocimiento en profundidad del concepto, tecnología subyacente, y funcionamiento del mercado de estos critpoactivos, la presente guía se ha dividido en dos partes:

1. Una primera parte, en la que se comenzará realizando una aproximación teórica y técnica a los NFTs, tratando su concepto, características, tipos de NFTs y su proceso de acuñación y venta, para continuar con

¹ CHAINANALYSIS, «The 2021 NFT Market Report» [en línea], enero 2022. Disponible en: <https://go.chainalysis.com/nft-market-report.html>

² Tal y como puede verse en el siguiente enlace: <https://www.collinsdictionary.com/es/woty>

³ Para más información sobre esta transacción puede accederse aquí: <https://www.christies.com/features/Monumental-collage-by-Beeple-is-first-purely-digital-artwork-NFT-to-come-to-auction-11510-7.aspx>

⁴ Como informa PINEDO, E., «Termina la subasta: Jack Dorsey vende el primer tweet de la historia como NFT por 2,9 millones de dólares», *hipertextual.com* [en línea], de 22 de marzo de 2021. Disponible en: <https://hipertextual.com/2021/03/jack-dorsey-vende-el-primer-tweet-de-la-historia-como-nft>

Nótese la caída de valor que ha experimentado este NFT, como puede leerse aquí: <https://www.xataka.com/criptomonedas/comprador-nft-primer-tuit-intenta-venderlo-48-millones-dolares-maxima-oferta-que-recibe-280-dolares>

una descripción del ecosistema de estos *tokens*, sus casos de uso, los mercados y monederos (*wallets*) que más frecuentemente se utilizan y su proceso de compra y venta en la práctica.

2. Una segunda parte, que se publicará en el siguiente número de la revista, en la que se analizará de forma exhaustiva la tributación de los NFTs, identificando las operaciones relacionadas con estos activos digitales que generan rentas para los participantes en el mercado y analizando su tratamiento (i) en el ámbito de la imposición directa (con las implicaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), obligaciones de información y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR)) y (ii) en el ámbito de la imposición indirecta (repasando la tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD)). Finalmente se analizarán las implicaciones fiscales para las plataformas de intercambio o *marketplaces*, como participantes clave en el mercado de los NFTs.

II. NFTs: APROXIMACIÓN TEÓRICA Y TÉCNICA

1. Concepto de los NFTs

A pesar de su frecuente uso, no existe hoy en día una definición generalmente aceptada de lo que constituye un NFT. Con carácter general, los NFTs son criptoactivos, en concreto, un tipo especial de *tokens* registrados en una *blockchain* que representan un derecho o activo único del mundo físico o del mundo virtual y cuyas unidades no resultan intercambiables entre sí.

Tal y como su propio nombre indica, los NFTs tienen dos elementos fundamentales que los definen: (i) son *tokens* y (ii) son no fungibles.

1. *Son tokens*. Como expone BARRIO⁵, los *tokens* son criptoactivos, más particularmente, una categoría dentro de los mismos.

Un criptoactivo puede definirse en sentido amplio como «*activos digitales emitidos, desarrollados y registrados en tecnologías de registros distribuidos (Distributed Ledger Technology o DTL o tecnología blockchain), y que utilizan la criptografía para proporcionar seguridad al sistema digital que les da vida*»⁶.

⁵ BARRIO ANDRÉS, M. et al., *Criptoactivos, Retos y desafíos normativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, p. 53.

⁶ Esta definición la encontramos en EGEA, I., «Tratamiento Contable de las Criptodivisas y su Impacto en el Impuesto sobre Sociedades», *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º 74, 2020, pp. 89-158.

A nivel normativo, y de acuerdo con la Propuesta de Reglamento en Mercados de Criptoactivos (conocida como Propuesta MiCA)⁷, los criptoactivos pueden definirse como una «representación digital de valor o derechos, que puede ser transferida o almacenada electrónicamente a través de tecnologías de registro distribuido u otras tecnologías similares».

Como se puede observar en las definiciones anteriores, podemos identificar los siguientes rasgos característicos comunes presentes en todo criptoactivo:

- a) Son activos basados en el uso de la tecnología de cadena de bloques (blockchain) o tecnología de registros distribuidos (DLTs). Tal y como lo define GUADAMUZ⁸ una cadena de bloques (blockchain) es un libro de contabilidad criptográfico distribuido y descentralizado,

Con carácter adicional, y tal y como indica BARRIO ANDRÉS, M., *op. cit.*, interesa descartar las siguientes definiciones de criptoactivo adoptadas por parte de las autoridades reguladoras más relevantes:

- (i) «El Banco Central Europeo (BCE) ha definido el término de manera muy estricta como 'todo activo registrado en forma digital que no es ni representa un derecho ni una obligación financieros de ninguna persona física o jurídica, y que no incorpora un derecho de propiedad contra una entidad'».
- (ii) El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) los califica como «representaciones digitales de valor que pueden ser comercializados digitalmente».
- (iii) La Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV) lo ha configurado como 'un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y de la tecnología DLT o de una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente, y que puede representar un activo como una moneda, una mercancía o un valor, o ser un derivado de una mercancía o un título'».
- (iv) El Consejo de Estabilidad Financiera (CEF) y el Banco de Pagos Internacionales (BPI) han propuesto una definición similar, conceptuándolo como 'un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y del libro mayor distribuido o de una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente'».
- (v) De acuerdo con la definición anterior, la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) ha definido un criptoactivo como 'un tipo de activo privado que depende principalmente de la criptografía y de la tecnología DLT o similar como parte de su valor percibido o inherente'. La AEVM utiliza el término para referirse tanto a las denominadas monedas virtuales como a los tokens digitales (que define como 'toda representación digital de un interés, que puede tener un valor, un derecho a recibir un beneficio o a realizar funciones específicas o puede no tener un propósito o uso específico'). Según la AEVM, por criptoactivo se entiende además un activo que no ha sido emitido por un banco central.
- (vi) Por su parte, la Autoridad Bancaria Europea (ABE) (28) ha definido un criptoactivo de manera similar como 'un activo que: a) depende principalmente de la criptografía y de la DLT o de una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente, b) no está emitido ni garantizado por un banco central o una autoridad pública, y c) puede utilizarse como medio de intercambio y/o con fines de inversión y/o para acceder a un bien o servicio'».

BARRIO ANDRÉS, M. *et al.*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

⁷ Propuesta de Reglamento publicada el 24 de septiembre de 2020 que busca regular el mercado único de criptoactivos a nivel europeo, al cual se puede acceder mediante el siguiente enlace: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1600947409472&uri=COM:2020:593:FIN>

⁸ GUADAMUZ, A., «The treachery of images: non-fungible tokens and copyrights», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 16, Issue 12, December 2021, pp. 1367-1385. Disponible en: <https://academic.oup.com/jiplp/article/16/12/1367/6449489>

que mantiene un registro público y permanente de las transacciones añadiendo información en un registro inmutable⁹.

Blockchain es el ecosistema o soporte tecnológico en el que se crean y circulan este tipo de activos, los cuales, en último término, no dejan de ser registros en este tipo de libros de contabilidad digitales distribuidos y asegurados por criptografía.

No se puede entender, por tanto, la existencia y la circulación de los criptoactivos (entre los que se encuentran los NFTs) sin entender *blockchain*, siendo esta la tecnología subyacente en la que se basan y el ecosistema en el que nacen y circulan los criptoactivos. Es más, como bien explica GONZÁLEZ-MENESES¹⁰, precisamente una de las aportaciones jurídicas más disruptivas de *blockchain* es la posibilidad de «tokenizar» activos, esto es, la posibilidad de representar mediante *tokens* (referencias criptográficas registradas en una *blockchain*) cualquier clase de activos o derechos físicos o virtuales y facilitar su circulación directa y sin intermediarios a través de esta tecnología.

Sin perjuicio de la existencia de distintas *blockchains*, en este artículo nos centraremos en la *blockchain* de Ethereum, en la medida en que es la más popular hoy en día en lo que respecta a los NFTs, sin perjuicio de que puedan existir otras como Binance Smart Chain, Polygon o Flow¹¹.

- b) *Son activos que utilizan la criptografía*, esto es, usan técnicas y claves criptográficas como herramientas que proporcionan seguridad al ecosistema digital al que pertenecen.
- c) *En tercer lugar, los criptoactivos son activos digitales que representan un determinado valor o incorporan un determinado derecho*. En función del valor o derechos incorporados nos encontraremos ante un tipo de criptoactivo u otro¹².

A partir de la definición y características de criptoactivos, debemos recordar que, dentro de los mismos, una primera clasificación, gene-

⁹ En términos similares PREUKSCHAT, A., define *blockchain* como una «base de datos que se halla distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente». PRESUKCHAT, A. et al., *blockchain, la revolución industrial de internet* [en línea], Gestión, 2000, Barcelona, 2017. Disponible en: https://www.planetadelibros.com/libros_contenido_extra/36/35615_Blockchain.pdf

¹⁰ GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 140 y ss.

¹¹ De acuerdo con KYRIOS NFT Report, también podemos encontrar NFTs desplegados en otras *blockchains* como WAX, Binance Smart Chain, Polygon o Flow.

¹² Una clasificación generalmente aceptada distingue entre los *tokens* de pago (*payment tokens*), *tokens* de utilidad (*utility tokens*), *tokens* de activo (*asset tokens*), donde podemos encontrarnos *tokens* representativos de activos físicos y *tokens* representativos de valores negociables (llamados *security tokens*) y los *tokens* híbridos. Véase, en ese sentido, EGEA, I., «Tratamiento Contable de las Criptodivisas y su Impacto en el Impuesto (...)», *op. cit.*, pp. 97-99.

ralmente aceptada, distingue entre criptomonedas y *tokens* (siendo este último un concepto más amplio).

En concreto, los *tokens* son un tipo de criptoactivo que, siguiendo a BARRIO ANDRÉS, pueden ser definidos como «*unidades de valor que suponen la representación digital y protegida criptográficamente de productos, servicios, o derechos, sean físicos o virtuales*»¹³.

En esta misma línea GUADAMUZ¹⁴ hace referencia al concepto de *token* como una «*unidad digital de valor programable que se registra en la cadena de bloques*».

No debemos olvidar, por tanto, que, como veremos más adelante de forma detenida, los *tokens*, en su forma más básica, no dejan de ser códigos informáticos registrados en una *blockchain* cuya característica principal reside en su capacidad de representar algo (activos físicos, activos virtuales o derechos).

Como códigos inscritos en una *blockchain*, los *tokens* se crean o emiten a través del despliegue y ejecución de *smart contracts*¹⁵ en dicha cadena, los cuales siguen unos determinados estándares técnicos aceptados por la comunidad y aprobados previamente que regulan las características técnicas del *token*¹⁶. En el caso de la *blockchain* Ethereum, los estándares ERC (siglas que responden a *Ethereum Request for Comments*) son un conjunto de funcionalidades comunes acordadas

¹³ Otras definiciones alternativas a las que podemos acudir son las dos siguientes:

- Para la Autoridad Europea de Mercado de Valores (AEVM) define los *tokens* como: «*toda representación digital de un interés, que puede ser de valor, un derecho a recibir un beneficio o a desempeñar funciones específicas o puede no tener un propósito o uso específico*». ESMA «*Advice on Initial Coin Offerings and Crypto Assets*».
- Según en Banco Central Europeo (BCE), los *tokens* se conceptúan como «*meras representaciones digitales de activos existentes que permiten registrar esos activos mediante una tecnología diferente*».

¹⁴ ECB CRYPTOASSETS TASK FORCE, *Crypto-Assets: Implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures*.

¹⁵ HEREDIA define los *smart contracts* o contratos inteligentes como «*una herramienta que se usa para ejecutar X condiciones de un contrato normal haciendo uso de la lógica matemática, quedando registrado en la cadena de bloques y pasando a considerarse inmutable dependiendo su ejecución de si se cumplen las condiciones estipuladas en el código o no*». BARRIO ANDRÉS, M. et al., *op. cit.*, p. 75. Debe tenerse en cuenta que el concepto de Smart Contract, es un concepto equívoco que genera cierto debate en la doctrina científica. Esto es así dado que, en el entorno Ethereum no se utiliza el término *smart contract* en sentido técnico-jurídico, sino que se hace referencia a él como un programa o pieza de software susceptible de diferentes funcionalidades, como puede ser aportar automatización a alguna cláusula sobre un contrato jurídico. Para profundizar en la diferencia entre un *smart contract* y un *smart legal contract* se recomienda acudir a TUR FERNÁNDEZ, C., *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

¹⁶ Como expone GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain...*, *op. cit.*, p. 142, «*En concreto, mediante un específico smart contract que se despliega y se ejecuta en la blockchain Ethereum se pueden crear o emitir directamente tokens (...) registrables y transmisibles sobre la citada plataforma (sin tener que apoyarse en unidades preexistentes de criptomoneda alguna), y con el contenido simbólico y funcional que libremente fije su creador (...)*».

(...) Basta con acudir y desplegar en dicha plataforma *smart contracts* o programas de creación de *tokens* ya existentes que se pueden copiar y que permiten fijar, libremente, el número de unidades que se van a emitir, el nombre del token, su símbolo, el número de decimales posibles, y demás características que se les quiera otorgar a este criptoactivo».

por la comunidad Ethereum que permiten que los *tokens* definidos a través de los mismos tengan propiedades comunes y sean interoperables entre ellos. Estos estándares ofrecen a los desarrolladores la garantía de que los criptoactivos se comportarán de una manera específica y describen exactamente cómo interactuar con la funcionalidad básica de estos¹⁷.

Pues bien, dentro de dichos estándares empleados en la *blockchain* Ethereum cabe destacar dos tipos:

- a) *El estándar más habitual es el ERC-20*. El ERC-20 introduce un estándar para los *tokens* funcionales, es decir, tienen una propiedad que hace que cada *token* sea exactamente igual (en tipo y valor) que otro *token*. En otras palabras, este estándar se utiliza para crear *tokens* fungibles, esto es, *tokens* que por definición son intercambiables e indistinguibles de otros¹⁸.
- b) *Junto al estándar anterior cabe destacar otros estándares como el ERC-721*, que se utiliza para crear *tokens* no fungibles. Estos *tokens* son únicos y no pueden ser sustituidos por otro *token* idéntico debido a sus características propias y propiedades irrepetibles¹⁹.

Como vemos, la elección del estándar empleado para desplegar un *smart contract* y crear un determinado *token* en Ethereum ya nos pone de manifiesto la existencia de dos tipos de *tokens*: los fungibles y los no fungibles, dando lugar a la segunda característica de los NFTs que pasamos a analizar a continuación.

2. *Son no fungibles*. La Real Academia Española (RAE) de la lengua define bienes fungibles como aquellos «*bienes muebles de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos y aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual*

¹⁷ CABALLERO define coloquialmente estos estándares como «*un conjunto de funcionalidades comunes creadas y «grabadas a fuego» en un token que le otorgan características únicas permitiéndoles «hablar el mismo idioma»*». CABALLERO, M., *Bitcoin, blockchain y Tokenización para inquietos*, p. 132.

Otra definición ilustrativa sobre los ERC es la que encontramos en la Academia de Binance (accesible a través del siguiente enlace: <https://academy.binance.com/es/articles/an-introduction-to-erc-20-tokens#what-is-the-erc-20-standard>): «*Documentos técnicos que perfilan estándares para programar en Ethereum.(...). El objetivo de los ERCs es, en cambio, establecer convenciones que faciliten la interacción de aplicaciones y contratos*».

En cierto modo, el concepto de este tipo de estándares guarda un cierto parecido al formato de los archivos en un ordenador. En este sentido, los citados estándares no dejan de ser análogos a otros bloques de construcción del mundo digital, como el formato de archivo JPEG o PNG para las imágenes, HTTP para las peticiones entre ordenadores, y HTML / CSS para mostrar el contenido en la web.

¹⁸ Para más información puede consultarse el siguiente enlace: <https://ethereum.org/es/developers/docs/standards/tokens/erc-20/>

¹⁹ Para más información puede consultarse el siguiente enlace: <https://ethereum.org/es/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>

*calidad»*²⁰. En términos muy similares, desde el punto de vista legal, el artículo 337 del Código Civil define los bienes muebles fungibles como «*aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman.*»

Nótese que el término fungible viene del latín *fungi*, que significa «gastar. En este punto, resulta interesante reproducir las reflexiones al respecto de MIRAS MARÍN que establece lo siguiente: «*La definición de bienes fungibles se encuentra en el artículo 337 del Código Civil (en adelante, CC), que confunde, no obstante, la noción de fungible con consumible, al decir son bienes fungibles aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman. Sin embargo, en las aplicaciones concretas el CC parece corregir el error; v. gr.: arts. 1196.2° CC, 1452.2 y 3° CC y especialmente el art. 1470 CC, donde claramente distingue lo fungible de lo no fungible para dar consistencia a la diferenciación habida entre el contrato de comodato y el de préstamo o mutuo*»²¹.

Siguiendo dicha definición, podemos decir que un activo se considera fungible cuando las unidades son fácilmente intercambiables entre sí, o, en otras palabras, cuando no se pueden distinguir diferentes unidades de dicho activo por tener idénticas características (de forma que para el tenedor es indiferente poseer un activo u otro). De esta forma, cada unidad de bienes fungibles tiene un valor de mercado y una validez similares²² y, en la mayor parte de ocasiones, dichos bienes son divisibles. A título de ejemplo:

- (i) En el mundo físico, el bien fungible por excelencia es el dinero fiduciario. En este sentido, un billete de diez euros es igual a

²⁰ <https://dle.rae.es/bien#7xNS1X0>

²¹ MIRAS MARÍN, N., *El régimen tributario de los tokens no fungibles*, pp. 203-217, Capítulo VII de la obra dirigida por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. et al., *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional*, Madrid, Editorial Reus, 2022.

²² Debe tenerse en cuenta que, como expone FINZER, la fungibilidad es relativa y subjetiva. En concreto:

- El autor defiende de que la fungibilidad es relativa ya que, en realidad, solo se aplica cuando se comparan varias cosas. A estos efectos, pone como ejemplo los billetes de avión de clase *business*, clase económica y primera clase. Cada billete es más o menos fungible dentro de su clase, pero no se puede cambiar un billete de primera clase por otro de clase *business*. Incluso la silla en la que te sientas es prácticamente fungible con otra del mismo modelo, a menos que hayas desarrollado un apego especial a tu silla en particular.
- Por otra parte, también establece una interesante reflexión, al considerar que la fungibilidad también puede ser subjetiva. Volviendo al ejemplo del billete de avión, el autor pone como ejemplo que una persona a la que le importa sentarse en un asiento de ventanilla frente a uno de pasillo podría no considerar intercambiables dos billetes de clase turista. Del mismo modo, una moneda rara puede valer 1 céntimo para mí, pero mucho más para un coleccionista de monedas. FINZER, D., *op. cit.*

otro billete de diez euros en términos de valor y validez y, por lo tanto, se puede intercambiar un billete por otro²³.

- (ii) En el mundo virtual, la mayoría de las criptomonedas, como el *bitcoin*, pueden considerarse activos fungibles e intercambiables entre sí²⁴.

Por el contrario, los activos no fungibles tienen propiedades que los hacen únicos, irreemplazables y que los separan unos de otros, de forma que no son intercambiables entre sí. Un ejemplo muy representativo de bienes no fungibles en el mundo físico es una determinada obra de arte, como puede ser un cuadro (por ejemplo, *La Gioconda* de Leonardo da Vinci) o una escultura (cómo podría ser el *David* de Miguel Ángel).

Por lo tanto, los NFTs, como activos no fungibles son activos digitalmente únicos, que debido a su naturaleza irrepetible e irreemplazable no pueden ser sustituidos por otros bienes idénticos. Dicho de otra forma, no es posible encontrar dos NFT iguales. Esta característica otorga a los NFTs gran parte de su valor, ya que, como hemos anticipado, a medida que todo se vuelve más digital (y, por tanto, accesible y replicable) empieza a surgir la necesidad de imitar en el mundo digital las propiedades de algunos artículos físicos, como son la escasez o la singularidad²⁵.

De cara a conseguir este objetivo, como se ha anticipado, se suelen utilizar determinados estándares específicos de Ethereum²⁶. En concreto, los estándares que se utilizan de forma más habitual son los siguientes:

- a) *ERC-721*. Fue el primer estándar para representar activos digitales no fungibles, promovido por los Cryptokitties. Posee un diseño básico y sencillo, centrado en identificar al dueño del activo y permitir su movilización en la *blockchain*. Para ello, el estándar proporciona un mapeo de identificadores únicos en las direcciones, los cuales permiten rastrear la propiedad de dicho *token*. Asimismo, poseen un código para transferencias.

²³ También se puede intercambiar un billete de 10 euros por varias fracciones de valor equivalente como pueden ser dos billetes de 5 euros, o 10 monedas de 1 euro.

²⁴ En este sentido, es posible dividir libremente cada bitcoin en fragmentos más pequeños (conocidos como «*satoshis*») e intercambiarse entre ellos o por otras criptomonedas. No obstante, tengase en cuenta que la fungibilidad del Bitcoin es un aspecto discutido por un sector de la doctrina científica.

²⁵ Esta misma idea se pone de manifiesto en la propia página de Ethereum, la cual al definir el internet de los activos establece lo siguiente: «*NFTs and Ethereum solve some of the problems that exist in the internet today. As everything becomes more digital, there's a need to replicate the properties of physical items like scarcity, uniqueness, and proof of ownership*». Disponible en: <https://ethereum.org/en/nft/>

²⁶ Como hemos señalado, nos centraremos en la *blockchain* de Ethereum. Pero el resto de *blockchains* en las que nos podemos encontrar NFTs también tienen sus propios estándares, como el estándar BEP-721 de Binance Smart Chain, o el estándar TZIP-12 en la cadena de bloques de Tezos.

Cada ERC-721 es totalmente único y se asocia con un identificador único e irrepetible, pero también tiene sus limitaciones. Y es que, tal y como están configurados, para transmitir 10 NFTs con el estándar ERC 721, será necesario efectuar 10 transacciones distintas, con su cobro de comisión correspondiente, elevándose mucho el coste de esta operación y con la consiguiente congestión de la red.

- b) *ERC-1155*²⁷. El *token* ERC-1155 es un tipo de *token* estándar que tiene la capacidad de almacenar bajo su control y en un mismo *smart contract*, *tokens* que pueden actuar como si fueran un *token* ERC-20 o ERC-721, o ambos al mismo tiempo bajo una misma dirección. Como explica FINZER²⁸, este estándar «aporta la idea de la semifungibilidad al mundo de las NFT. Con ERC1155, los ID no representan activos individuales, sino clases de activos. Por ejemplo, un ID podría representar «espadas», y una cartera podría poseer 1.000 de estas espadas.»

Este estándar, además, contiene nuevas funcionalidades, como la posibilidad (i) de efectuar transferencias masivas de los *tokens* incluidos en un *smart contract* (con el ahorro en costes de transacción y el impacto en la red asociados); (ii) de describir la existencia y funcionamiento de múltiples *tokens* en un mismo contrato al mismo tiempo, o (iii) la detección de la interfaz del *token* y adaptación del comportamiento²⁹.

Uno de los casos de usos más generalizado de este estándar es para los NFTs utilizados en videojuegos, como ocurre con su reciente adopción por parte de la productora de juegos Enjin, conocida por la construcción del juego Minecraft.

- c) *ERC-2309*. El estándar ERC-2309, por otro lado, fue creado como una extensión del ERC-721. Este estándar permite crear múltiples ERC-721 de una vez, ahorrando muchísimos costes en gas en la acuñación, pero, como explica GRANADOS³⁰, siguen teniendo los mismos problemas al ser transferidos en el mercado secundario.
- d) *Otros*. Podemos mencionar otros estándares menos comunes, como el ERC-998, o extremadamente recientes a la fecha de emisión de este artículo, como el ERC-721R, diseñado para brindar la opción de reembolso a los NFT³¹.

²⁷ Puede obtenerse más información en el siguiente enlace: <https://ethereum.org/es/developers/docs/standards/tokens/erc-1155/>

²⁸ FINZER, D., *op. cit.*

²⁹ Para una mayor descripción del origen, funcionalidades y casos de uso recomendamos acceder al siguiente enlace: <https://academy.bit2me.com/que-es-token-erc-1155/>

³⁰ GRANADOS, A., «Estándares ERC de Ethereum: diferencias y usos», 16 de abril de 2021. Accesible online en el siguiente enlace: <https://www.nftesp.com/post/estandares-erc-721-1155-20-ethereum-diferencias-usos>

³¹ Se puede acceder a más información de estos estándares aquí: <https://es.cryptonews.com/noticias/dos-nuevos-estandares-erc-tienen-como-objetivo-normalizar-las-bovedas-tokenizadas->

Atendiendo a los dos rasgos definitorios anteriores, cabe concluir que los NFTs son criptoactivos (*tokens*) que constituyen la representación digital única e irremplazable en una *blockchain*:

- (i) De un activo físico (como pinturas, esculturas, entradas para un evento del mundo real, facturas «tokenizadas», documentos legales u otros activos tangibles)³².
- (ii) De un activo digital (como pueden ser memes³³, vídeos virales³⁴, momentos destacados del deporte³⁵, *tweets*³⁶, arte digital³⁷, avatares, *skins* o armas en un determinado videojuego, entre otros).
- (iii) De uno o varios derechos³⁸.

En términos muy similares, y siguiendo a BALLÓN OSSIO, CRANSTON y NIXON³⁹, podemos definir a los NFTs como criptoactivos (*tokens*) únicos cuya singularidad y propiedad pueden demostrarse y verificarse mediante tecnologías de registros distribuidos (DLT) o *blockchain* y que se utilizan para crear una prueba de titularidad «tokenizada» y representada en *blockchain* de un activo digital subyacente (como imágenes, vídeos u otros contenidos digitales), de un activo físico o de uno o varios derechos.

Finalmente, y dado el carácter eminentemente tributario de este artículo, no se puede dejar de mencionar la definición de NFT recientemente introducida por la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) en su consulta V0486-22⁴⁰, en la cual se definen estos criptoactivos de la siguiente forma:

«En este sentido, los NFT o ‘tokens’ no fungibles» son certificados digitales de autenticidad que, mediante la tecnología blockchain (la misma que se emplea en

y-agregar-la-opcion-de-reembolso-nft.htm o aquí: <https://news.bit2me.com/erc-721r-integra-reembolsos-sin-confianza-en-contratos-nft-en-ethereum>

³² Por ejemplo, las entradas a conciertos comercializadas en la plataforma Yellowheart <https://yh.io/>. Nótese que los NFTs referenciados a activos físicos son todavía, a día de hoy, mucho menos comunes que los referenciados a activos digitales.

³³ Como indica GUADAMUZ y a título de ejemplo: <https://foundation.app/@DisasterGirl/disaster-girl-25046>

³⁴ Por ejemplo en el caso del nuevo álbum del grupo estadounidense Kings of Leon: <https://opensea.io/assets/0x557430421f8f3ed0a92aca211f1c05ad7b606288/0>

³⁵ Un caso muy representativos son los NBA Top Shops: <https://nbatopshot.com>

³⁶ Como el NFT referenciado al primer Tweet de Jack Dorsey al que se ha hecho referencia.

³⁷ Como las obras de Beeple, por ejemplo, *Everydays: The First 5000 Days*: <https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000days/lots/2020>

³⁸ Un ejemplo son los NFTs que dan acceso a Flyfish Club (FFC), un exclusivo restaurante de Nueva York. Se pueden consultar los detalles aquí: <https://www.flyfishclub.com/>

³⁹ BALLÓN OSSIO, D., CRANSTON, J. y NIXON, L. (Clifford Chance), *Non-Fungible tokens. The Global Legal Impact*. Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/06/non-fungible-tokens--the-global-legal-impact.html>

⁴⁰ Consulta tributaria a la que se puede acceder por medio del siguiente enlace: https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas/?num_consulta=V0486-22

las criptomonedas) se asocia a un único archivo digital. Por tanto, los NFT actúan como activos digitales únicos que no se pueden cambiar entre sí, ya que no hay dos iguales y cuyo subyacente puede ser todo aquello que pueda representarse digitalmente tales como una imagen, un gráfico, un vídeo, música o cualquier otro contenido de carácter digital, incluso obras de arte (...)».

Como se puede observar, el uso de la tecnología *blockchain*, inherente a la existencia de los NFTs, permite garantizar (i) su autenticidad (en tanto que la clave pública del creador sirve como certificado de autenticidad al formar parte permanentemente de la historia del *token*, identificando en todo momento la dirección de su creador⁴¹); (ii) su pertenencia a un determinado usuario así como el historial de transacciones de desde su acuñación (la clave pública que figura como tenedora del NFT es la prueba de propiedad del *token*⁴²), y (iii) su inmutabilidad (característica de esta tecnología que evita manipulaciones y alteraciones del *token* en cuestión).

2. Características de los NFTs

Junto con los dos rasgos que definen a los NFTs y que acabamos de exponer, estos cryptoactivos tienen propiedades y características adicionales que han servido para fomentar su uso y que merecen ser analizadas. En particular, tal y como explica LICHTIGSTEIN⁴³, de entre estas propiedades y características adicionales de los NFTs cabe hacer especial mención a las siguientes:

1. *Singularidad*. Como hemos visto, cada NFT es único e irrepetible. En este sentido, los *smart contracts* permiten a los desarrolladores incorporar determinadas propiedades en el código de los NFTs que los hace únicos y diferenciables de cualquier otro NFT. Dichas propiedades además pueden configurarse como atributos persistentes e inalterables una vez acuñado el NFT, gracias a la inmutabilidad que garantiza la tecnología *blockchain*.
2. *Rareza y escasez demostrable*. Junto con el atributo de la singularidad, los NFTs son activos escasos, de creación limitada. Esta escasez mejora su atractivo, en tanto que permite limitar y controlar su oferta. Y

⁴¹ Es importante tener en cuenta que un NFT y su historial permiten asociar al cryptoactivo con la dirección pública de la cartera del creador del NFT. Sin embargo, el NFT por sí mismo no puede ayudar a relacionar la clave pública del creador o propietario de un NFT con una persona física o jurídica del mundo real ni tampoco valida que el creador del NFT tuviera en el momento de su acuñación los derechos sobre el elemento subyacente para vincular ese NFT con el mismo. Este aspecto, será analizado más adelante de forma detenida.

⁴² En este sentido, un NFT solo puede tener un propietario a la vez. La propiedad se gestiona a través del *Token ID*, la dirección del *smart contract* y los metadatos que ningún otro *token* puede replicar, tal y como veremos más adelante.

⁴³ LICHTIGSTEIN, A., «Non-Fungible tokens (NFTs) a definitive guide» [en línea], *101blockchains*, 2022. Disponible en: <https://101blockchains.com/ebooks/non-fungible-tokens-nfts-guide/>

es que el creador de una NFT puede programar la escasez del mismo teniendo en cuenta que los *smart contracts* utilizados en su acuñación, en función del estándar en el que se basen, permiten a los desarrolladores imponer que solo se pueda crear un único NFT (por ejemplo, si se utiliza el estándar ERC-721), o un número limitado de una clase específica de NFTs⁴⁴ (si utilizan el estándar ERC-1155). En cualquier caso, debemos recordar que toda esta información es pública dentro de la *blockchain*, y por lo tanto, demostrable.

3. *Trazabilidad*. Al encontrarnos con códigos inscritos en una *blockchain*, una consecuencia inmediata es su trazabilidad, en tanto que estos activos contienen información altamente confiable sobre el origen e historia del activo digital. Así, es posible seguir el historial de los NFTs desde su acuñación hasta el momento actual, pudiendo identificar, no solo los diferentes momentos en los que se ha transmitido el NFT, sino también su autenticidad (a través de la clave pública que permite identificar al creador, la cual forma parte indeleble de la historia del *token*⁴⁵).
4. *Indivisibilidad (con matices)*. Otro aspecto importante que observa en el mercado de los NFTs se refiere a su indivisibilidad. En su concepción original, los NFTs eran activos, en principio, indivisibles⁴⁶ (característica que a menudo se vincula con su carácter no fungible).

En este sentido, al igual que no se puede adquirir la mitad de un cuadro de Picasso, lo mismo se aplica a los NFTs, los cuales, en su mayor parte, no son susceptibles de dividirse ni adquirirse en fracciones más pequeñas.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que la interacción de los NFTs con las finanzas descentralizadas (en adelante, DeFi, por sus siglas en inglés, provenientes de *Decentralized Finance*)⁴⁷ ha pues-

⁴⁴ Por ejemplo, consideremos una entrada para un evento deportivo. Al igual que el organizador de un evento puede elegir cuántas entradas vender, el creador de una NFT puede decidir cuántas réplicas existen. A veces se trata de réplicas exactas, como 5000 entradas de admisión general. A veces se acuñan varias que son muy similares, pero cada una ligeramente diferente, como una entrada con un asiento asignado. En otro caso, el creador puede querer crear una NFT en la que solo se acuña una como objeto de colección especial y raro.

En estos casos, cada NFT seguiría teniendo un identificador único (como el número de serie de un «billete» tradicional), con un único propietario. La escasez prevista del NFT es importante, y depende del creador. Un creador puede intentar que cada NFT sea completamente único para crear escasez, o tener razones para producir varios miles de réplicas. Recuerde que toda esta información es pública.

⁴⁵ Todo ello sin perjuicio de la salvedad importante de que el NFT nos indicará la clave pública del creador, pero no nos permitirá asociar o enlazar dicha clave pública con la persona física o jurídica que pueda haber detrás. Nos remitimos en este punto a las explicaciones que se efectuarán más adelante al explicar qué se adquiere cuando se adquiere un NFT y la problemática asociada en materia de propiedad intelectual.

⁴⁶ Al contrario de lo que ocurría con los *tokens* fungibles, que, en su mayor parte, pueden dividirse, como hemos analizado anteriormente.

⁴⁷ Los cuales pueden compartir la misma infraestructura, como ocurre con el caso de Ethereum.

to a prueba esta característica. Y es que, aunque estemos en una fase incipiente, algunas plataformas DEFi ya permiten fraccionar ciertos activos digitales, sustituyendo el NFT inicial por un conjunto diferente de *tokens* que luego pueden negociarse en el mercado secundario.

En ese sentido, poco a poco se empieza a ofrecer la posibilidad de poseer una parte de un NFT sin tener que comprarlo todo, con las implicaciones que de ello se derivan en materia de liquidez y abriendo un mundo de posibilidades que abarcan desde compartir beneficios, hasta tener voz y voto en la gestión del NFT a través de una organización autónoma descentralizada (DAO)⁴⁸.

5. *Programabilidad*. Este es uno de los rasgos más atractivos de los NFTs que está impulsado, y, a buen seguro impulsará aún más en el futuro los casos de uso de los NFT que abordaremos más adelante. Como explica CARRASCOSA, parte de la importancia de los NFTs viene determinada porque se les puede asociar código para hacer con ellos todo lo que un programador sea capaz de imaginar⁴⁹.

Y es que, al fin y al cabo, las NFT son básicamente piezas de código inscritas en *blockchain*, y como tales, los creadores pueden añadir a dicho código cualquier característica o funcionalidad de acuerdo con sus preferencias⁵⁰.

Dentro de esta característica, merece destacar, tal y como señalan BALLÓN OSSIO, CRANSTON, y NIXON⁵¹, que la programabilidad de los NFTs permite que los mismos se puedan codificar para incorporar contratos inteligentes que determinen la asignación automática de una parte de la cantidad pagada por un comprador de NFT al propietario/emisor original de la NFT, dando así al propietario original la posibilidad de obtener los beneficios del mercado secundario mediante el pago de un determinado canon.

En otras palabras, es posible programar los NFT para que el creador reciba como comisión o regalía un determinado porcentaje cada vez que se produzca una transmisión de dicho NFT en el mercado secundario de forma que, en lugar de que las ventas secundarias beneficien únicamente al propietario actual de dicho criptoactivo (que lo transmite), una parte del precio de venta puede retornar como remuneración

⁴⁸ Se puede obtener más información sobre la propiedad fraccionaria de NFT en las siguientes bolsas:

- NIFTX: <https://www.dapp.com/app/niftx>
- NFTX: <https://nftx.io/>

⁴⁹ CARRASCOSA, C., «#75 Non-fungible *tokens* (NFTs)», [en línea], *Sumapositiva*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.sumapositiva.com/p/nfts?s=r>

⁵⁰ A modo de ejemplo, y como explica FINZER, CryptoKitties incorporó una mecánica de cría directamente en el contrato que representa a los gatos digitales. Del mismo modo, muchos de los NFT actuales tienen mecánicas más complejas, como la forja, la elaboración, el canje, o la generación aleatoria. FINZER, D., *op. cit.*

⁵¹ BALLÓN OSSIO, D., CRANSTON, J. y NIXON, L. (Clifford Chance), *Non-Fungible tokens. The Global Legal Impact* [en línea]. Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/06/non-fungible-tokens--the-global-legal-impact.html>

al creador original de mismo⁵². Como será objeto de análisis en el siguiente número, esta constituye una fuente de renta secundaria cuya tributación deberá ser analizada.

6. *Interoperabilidad, comercialización y liquidez*. Gracias a los estándares seguidos en la acuñación de los NFTs, estos pueden operar en diversos ecosistemas. Así, como explica FINZER⁵³ cuando un desarrollador lanza NFT, generalmente este aparece como visible dentro de docenas de proveedores de monederos diferentes, es negociable en mercados o *marketplaces* y, más recientemente, visibles dentro de mundos virtuales o metaversos.

Esta interoperabilidad impulsa su comercialización en mercados abiertos, lo que, a su vez, conduce a la posibilidad de obtener liquidez a través de los mismos (mediante su venta o a través de los *royalties* anteriormente mencionados).

A la vista de estas características, no es difícil imaginarse el abanico de posibilidades que ofrecen los NFTs en ámbitos muy diferentes, como puede ser en el sector del arte digital, pero también en muchos otros. Una vez repasados sus rasgos y particularidades, pasemos ahora a describir los distintos tipos de NFTs que podemos encontrarnos en la práctica.

3. Tipos de NFTs

Los NFTs pueden clasificarse de acuerdo con diversos criterios. En primer lugar, el criterio más intuitivo es clasificarlos atendiendo al elemento subyacente al que están vinculados, pudiendo diferenciar NFTs de activos físicos, NFTs de activos virtuales o digitales y NFTs referenciados a derechos. Junto a ellos, también podremos encontrarnos NFTs híbridos que compartan las características de alguno de los tres anteriores (esto es, NFTs vinculados a activos —físicos o virtuales— y que incorporen, adicionalmente, determinados derechos).

Otra forma de clasificar los NFTs es en función del sector en el que se utilizan, criterio en virtud del cual, siguiendo a Coinpayments⁵⁴, podemos encontrarnos NFTs de los sectores de los coleccionables, del arte, de entradas para eventos, de la

⁵² De esta forma, se vuelve a poner al creador en el centro permitiendo al mismo (por ejemplo, a artistas) monetizar su trabajo de una forma que nunca antes había sido posible en el ecosistema digital. En esta línea se ha pronunciado AST, F. en su blog *NFTs: el blockchain Sacude el Mundo del Arte*. Disponible en: <https://medium.com/astec/nfts-el-blockchain-sacude-el-mundo-del-arte-a2457fd3e2c1>

Un ejemplo representativo de esta posibilidad lo encontramos con el NFT titulado *Buying Myself Back: A model for Redistribution* de la modelo Emiliy Ratakkowski, el cual, cada vez que se transmite en el mercado secundario genera un pago para dicha modelo.

⁵³ FINZER, D., *op. cit.*

⁵⁴ Disponible en: https://media-exp1.licdn.com/dms/document/C4D1FAQF1_r-GUQIUgQ/feedshare-document-pdf-analyzed/0/1648048678797?e=2147483647&v=beta&t=TDdXxpss5-9Y1s5WIUg1QRliCZ89lIdJldWAuDP_i1g

música y medios de comunicación, de los videojuegos, o de elementos y mundos virtuales, entre otros⁵⁵.

Hay una tercera clasificación desde el punto de vista técnico que tiene una importancia fundamental para el análisis jurídico y tributario que realizaremos más adelante. Recordemos que, en esencia, como nos recuerdan GIANOPOULOU y QUINATIS⁵⁶, los NFTs, en su forma más básica constituyen códigos informáticos registrados en una *blockchain* cuya característica común es que se configuran como la representación digital (de algo) registrada en la cadena (*onchain*).

Pues bien, siguiendo a GUADAMUZ⁵⁷ y a GERONI⁵⁸, esta representación digital inscrita en *blockchain* puede ser (i) el activo digital en sí mismo (si el tamaño lo permite); (ii) los derechos de propiedad sobre dicho activo o derecho subyacente, o (iii) (lo más habitual) metadatos que describen el objeto que se encuentra físicamente en otro lugar, es decir fuera de la cadena (u «*offchain*»). En este contexto, resulta esencial diferenciar los tres tipos de NFTs que vemos a continuación:

1. *NFTs que constituyen el activo digital subyacente, documentado en una red blockchain o DLT*. En este primer tipo de NFT, el activo digital subyacente sí se sube y se registra íntegramente en la cadena de bloques. Se trata de NFTs (por ejemplo, obras de arte digitales) verdaderamente nativos de la *blockchain*, donde el activo digital subyacente forma parte del código, solo existe en la *blockchain* y únicamente puede ser intercambiado y transferido con otras personas a través de la misma.

En este sentido, los defensores de los NFT suelen responder a la crítica de que la mayoría de las NFT son solo metadatos (tercer tipo que veremos a continuación) señalando que, por ejemplo, en el caso del arte digital, algunos proyectos que usan este primer tipo de NFTs permiten a los artistas subir sus obras de arte directamente a la *blockchain*, de forma que lo que se vende es la obra digital subyacente.

Una clasificación bastante parecida la encontramos en GERONI, D., *Types of Non Fungible tokens: a definitive guide*. Disponible en: <https://101blockchains.com/types-of-non-fungible-tokens>

⁵⁵ Más adelante abordaremos con mayor detenimiento los casos de uso de los NFTs.

⁵⁶ En este sentido, GIANOPOULOU y QUINATIS se pronuncian en los siguientes términos: «*common feature of different types of tokens is that they are computer code that constitutes a digital representation (of something) registered on a distributed ledger. This digital representation can be —if size permits— the digital object itself, its digital fingerprint (or so-called hash); or some kind of metadata which describes the object that is located physically elsewhere, i.e., «off-chain»*», en GIANOPOULOU, A., QUINTAIS, J. P., MEZEL, P. y BODO, B., «The rise of Non-Fungible tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law —Part I» [en línea], *Kluwer Copyright Blog*, abril 2021 Wolters Kluwer. Disponible en: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2021/04/14/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-i/>

⁵⁷ GUADAMUZ, A., «What do you buy when you buy an NFT?» [en línea], *technollama.co.uk*, 28 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

⁵⁸ GERONI, D., *Types of Non Fungible tokens: a definitive guide*. Disponible en: <https://101blockchains.com/types-of-non-fungible-tokens>

Como acertadamente explica GUADAMUZ⁵⁹, siendo cierto que hay algunos proyectos de este tipo, también lo es que en la realidad rara vez nos encontraremos proyectos que suban la obra completa a la *blockchain* de esta manera, siendo este tipo de NFTs claramente residuales en la práctica.

El principal motivo es que el coste de escribir datos en la cadena de bloques es prohibitivo. Sin extendernos demasiado desde el punto de vista técnico, tengamos en cuenta que (i) por diseño, en la *blockchain* Ethereum el coste de subir un kilobyte de datos es de 640.000 gas⁶⁰, y (ii) que el coste del gas no solo fluctúa de un día para otro, sino que también se incrementa por diseño de forma exponencial en función del tamaño de los datos a almacenar en esta red.

De cara a tener un orden de magnitud, y siguiendo a PALAU⁶¹, subir un archivo de 1MB a Ethereum podría llegar a ascender a un precio de 32 ETH (al cambio al momento de redactar este artículo, aproximadamente 90.896,00€) coste que, como se puede imaginar, supone un elemento disuasorio muy relevante que reduce en la práctica a un número más bien anecdótico de supuestos este primer tipo de NFTs. Y no solo es el coste derivado de acuñar el NFT, sino también el coste asociado a las sucesivas transmisiones en el mercado secundario. Y es que, como explica AST, F.⁶²: «*La realidad es que las blockchains son excelentes como registros para rastrear transacciones pero son muy malas como sistema de almacenamiento o distribución de activos digitales. Los archivos digitales son demasiado pesados*».

Como ejemplo más representativo de este primer tipo de NFTs podemos señalar a los Cryptopunks, los cuales hoy en día constituyen verdaderos activos nativos de la cadena de *blockchain*⁶³.

NFT que contienen los derechos de propiedad del activo subyacente, los cuales se encuentran en la cadena de bloques y forman parte del propio NFT. Como apunta GERONI⁶⁴, un segundo tipo de NFTs es aquel en el que los derechos del activo subyacente forman parte del NFT o son el propio NFT, esto es, se encuentran incorporados en el propio código inscrito en la *blockchain*. En esta misma línea, GUADAMUZ⁶⁵ expone que este tipo de NFTs permiten transferir los derechos asociados

⁵⁹ GUADAMUZ, A., «What do you buy when (...)», *op. cit.* Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

⁶⁰ Como se explica en este documento: <http://gavwood.com/paper.pdf>

⁶¹ PALAU, A., *Storing on Ethereum. Analyzing the costs*. Disponible en: <https://medium.com/coinmonks/storing-on-ethereum-analyzing-the-costs-922d41d6b316>

⁶² AST, F., «Tokens No Fungibles (NTFs): Dilemas Legales sobre Activos Digitales» [en línea], *Astec*, 9 de mayo de 2021. Disponible en: <https://medium.com/astec/tokens-no-fungibles-ntfs-dilemas-leGales-sobre-activos-digitales-4e547ea47777>

⁶³ Tal y como puede observarse en el siguiente enlace: <https://www.larvalabs.com/blog/2021-8-18-18-0/on-chain-cryptopunks>

⁶⁴ GERONI, D., *Types of Non Fungible tokens: a definitive guide*. Disponible en: <https://101blockchains.com/types-of-non-fungible-tokens>

⁶⁵ GUADAMUZ, A., «What do you buy when (...)», *op. cit.* Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

del activo o derecho subyacente, es decir, cada transacción del NFT constituiría un verdadero contrato de venta en el que se transmitiría la titularidad de los derechos inherentes del activo subyacente.

Sin embargo, de nuevo, este tipo de NFTs vuelve a ser una clase muy minoritaria en el mercado. Y ello en la medida en que, siguiendo al propio GUADAMUZ⁶⁶, esta tipología de NFTs se encuentra con tres problemas de calado que reducen su utilización en la práctica:

- a) El primer problema que se plantea es que cabe cuestionarse si el *smart contract* en sí mismo puede ser considerado un contrato legalmente válido de acuerdo con el derecho sustantivo para transferir la titularidad del activo subyacente y los derechos de propiedad intelectual asociados⁶⁷. Y es que, puede ocurrir que un *smart contract* mal formulado no resista el escrutinio legal al no cumplir con los requisitos normativos establecidos para lograr transferir la titularidad y los derechos del activo subyacente al que está vinculado (aspecto que, como veremos más adelante, sí se puede garantizar con un contrato adicional *offchain*)⁶⁸.
- b) El segundo problema señalado por este autor es que el propio contrato inteligente no constituye en sí mismo una prueba de propiedad inicial del activo subyacente. Como veremos más adelante, los NFTs por sí mismos no puede ayudar a relacionar la clave pública del creador o propietario de un NFT con una persona física del mundo real, ni tampoco validan que el creador del NFT tuviera en el momento de su acuñación los derechos para vincular ese NFT al elemento subyacente. Así las cosas, por ejemplo, en elementos protegidos por derechos de autor puede ocurrir (i) que se acuñen NFTs referenciados a obras sobre las cuales la persona que acuña el NFT no tiene derechos; (ii) que el autor de la obra acuñe el *token* no fungible después de haber cedido los derechos patrimoniales de explotación sobre el elemento al que está vinculado, o (iii) que se acuñe un nuevo NFT sobre un mismo elemento subyacente, dando lugar a réplicas de NFTs (dos NFTs vinculados a un mismo elemento subyacente).

⁶⁶ GUADAMUZ, A., «What do you buy when (...)», *op. cit.* Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

⁶⁷ Insistamos en este punto entre la diferencia entre un *Smart contract* y un *Smart legal contract*. Para profundizar en esta diferenciación, se recomienda acudir a: TUR FERNÁNDEZ, C., *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

⁶⁸ Esta problemática es especialmente relevante en el ámbito del arte digital, donde los elementos están protegidos por derechos de autor. Aunque la mayoría de las NFTs no implican una transferencia de derechos de propiedad intelectual (como veremos más adelante), algunas plataformas ofrecen incluir elementos de derechos de autor en la venta, como la transferencia de derechos de autor.

GUADAMUZ, A., «What do you buy when (...)», *op. cit.* Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

- c) La tercera cuestión es económica. En la práctica, no hay muchos proyectos de este tipo de NFTs porque en su mayoría, los creadores prefieren mantener los derechos de propiedad sobre el activo subyacente. Por ejemplo, en el caso del arte digital, además de que hay ciertos derechos de autor que no son transferibles por disposición legal, hay otros (los derechos de explotación)⁶⁹, que en muchos casos son retenidos voluntariamente por el autor con el objetivo de poder obtener más ingresos.

A raíz de estos inconvenientes, encontrar un ejemplo práctico de este segundo tipo de NFTs resulta francamente complicado⁷⁰. En el ámbito del arte digital, hay algunas plataformas que ofrecen incluir elementos de derechos de autor en la venta, como la transferencia de derechos de autor. A título de ejemplo, GUADAMUZ⁷¹, señala (i) la plataforma Mintable (que incluye una casilla que permite a la persona que acuña una obra «*transferir los derechos de autor*», y esto se incluye en el contrato inteligente final) o (ii) *Hup Life*, un proyecto que finalmente no ha prosperado pero que proponía un mercado de NFT que incorpora en sus contratos una transferencia de derechos de autor «conforme a Berna⁷²».

Pues bien, como apunta este autor, la principal cuestión que se plantea es si una forma tan minimalista (marcar una casilla) puede actuar como una transferencia válida de derechos. Compartimos dicha inquietud, y probablemente esta sea una de las razones por las que han prevalecido en el mercado el tercer tipo de NFTs que vemos a continuación.

2. *NFTs que constituyen un archivo de metadatos vinculados criptográficamente con el activo o derecho subyacente*. Este tercer tipo de NFTs es el más común. En este caso, estos NFTs son archivos de metadatos que representan el activo o derecho subyacente y señalan su localización⁷³.

De esta forma, en este tercer supuesto, se debe diferenciar, por un lado, el NFT y el elemento subyacente por otro. Así, el NFT no es el activo o derecho subyacente en sí, sino un código inscrito en la *blockchain* con los metadatos que vinculan al NFT con dicho activo o derecho subyacente.

Este archivo de metadatos contiene la combinación única de *token ID* y la dirección del contrato que vinculan al NFT con el activo o derecho que representan, así como una descripción de dicho elemento

⁶⁹ Como se analizará de forma más detenida mas adelante.

⁷⁰ En estos casos, se plantea un interesante debate sobre si la representación de los derechos de propiedad de un subyacente a través de un NFT supone la única forma de transmisión del subyacente o si puede realizarse por las formas tradicionales además de con la transmisión del NFT.

⁷¹ GUADAMUZ, A., «What do you buy when (...)», *op. cit.* Dsponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

⁷² Tal y como puede verse en el siguiente enlace: <https://hup.life/>

⁷³ En palabras de GIANOPOULOU y QUINATIS «*As noted, an NFT is metadata that represents and points to where the digital object and any details about it really reside*». GIANOPOULOU, A., QUINTAIS, J. P., MEZEL, P. y BODO, B., *op. cit.*

subyacente, sus características, y, en algunos casos (si el activo subyacente es un activo digital almacenado en la red), su localización.

En definitiva, los metadatos se utilizan para proporcionar información descriptiva para un ID de *token* específico. Como veremos más adelante, al margen del *token* ID y la dirección del contrato (que son los dos elementos básicos de todo NFT), los metadatos adicionales a incluir son amplios y varían de un NFT a otro, siendo los más frecuentes (i) el nombre del NFT, (ii) los atributos (características) del elemento subyacente; (iii) un enlace al lugar donde está alojado el activo digital subyacente (por ejemplo, una obra en formato digital), (iv) identificación del autor, (v) una breve descripción, o (vi) cualquier otro dato que se desee⁷⁴.

La siguiente pregunta que cabe plantearse es dónde y cómo se almacenan estos datos, y, lo que es más importante, dónde se encuentra localizado el elemento subyacente al que señala el NFT (en caso de ser digital). Dadas las limitaciones económicas de almacenamiento en la cadena a las que hemos hecho referencia, la mayoría de los proyectos almacenan sus metadatos y los elementos digitales subyacentes fuera de la cadena.

Para ello, como explica FINZER⁷⁵, el estándar ERC721, incluye un método llamado *token URI* que los desarrolladores pueden utilizar para indicar dónde encontrar los metadatos de un NFT determinado y, con ello, la localización del activo subyacente.

Dicho método *Token Uri* devuelve una URL⁷⁶ pública por la que se accede al lugar de almacenamiento de los metadatos y, donde, a su vez, podemos encontrar, en la mayoría de los casos, un enlace donde

⁷⁴ En el caso de los CryptoKitties, por ejemplo, los metadatos son el nombre del gato, la foto del gato, una descripción y cualquier otro rasgo adicional (llamados «atributos»). A título de ejemplo, los metadatos de un determinado Cryptokittie con *Token ID* 1500718 serían los siguientes:

«name»: «Duke Khanplum»,
«image»: «https://storage.googleapis.com/ck-kitty-image/0x06012c8cf97bead5deac237070f9587f8e7a266d/1500718.png»,
«description»: «Heya. My name is Duke Khanplum, but I've always believed I'm King Henry VIII reincarnated.

⁷⁵ FINZER, D., lo explica del siguiente modo: «*The ERC721 standard, therefore, includes a method called tokenURI that developers can implement to tell applications where to find the metadata for a given item.*

function tokenURI(uint256 _tokenId) public view returns (string)
The tokenURI method returns a public URL. This, in turn, returns a JSON dictionary of data, something like the example dictionary for the CryptoKitty above. This metadata should conform to the official ERC721 metadata standard for it to be picked up by applications like OpenSea»

Nótese que este autor también señala la posibilidad de almacenar los metadatos en la cadena (*onchain*), siendo esta una opción que tiene determinadas ventajas, y el inconveniente principal del coste económico asociado.

FINZER, D., *op. cit.*

⁷⁶ URL significa Uniform Resource Locator y es la dirección única y específica que se asigna a cada uno de los recursos disponibles de la World Wide Web para que puedan ser localizados por el navegador y visitados por los usuarios. En términos coloquiales, es un enlace a un sitio web.

encontrar elemento subyacente⁷⁷. En este sentido, las soluciones de almacenamiento fuera de la cadena que más frecuentemente se utilizan son las dos siguientes:

- a) *Servidores centralizados*. La forma más sencilla de almacenar los metadatos es en un servidor centralizado en algún lugar, o en una solución de almacenamiento en la nube como las ofrecidas por Amazon Web Services (AWS). Incluso los propios *marketplaces* ofrecen almacenar los metadatos en sus propios servidores.
- b) *InterPlanetary File System (IPFS)*. De cara a evitar el problema anterior, un número cada vez mayor de desarrolladores, sobre todo en el espacio del arte digital, están utilizando el Sistema IPFS para almacenar metadatos fuera de la cadena. El IPFS es un sistema de almacenamiento de archivos entre pares que permite alojar contenidos en distintos ordenadores, de manera que el archivo se replica en muchas ubicaciones diferentes. Esto asegura que (i) que los metadatos son inmutables, ya que están dirigidos de forma única por el *hash* del archivo, y (ii) que, mientras haya nodos dispuestos a alojar los datos, estos persistirán en el tiempo.

Sin perjuicio de las alternativas de almacenamiento que se acaban de describir, insistamos en que, en esta tercera clase de NFTs, una cosa es el NFT en sí (código registrado en *blockchain*) y otra el elemento subyacente. Se puede crear un registro permanente y seguro del activo en una cadena de bloques, y ese registro puede estar «*atado*» criptográficamente al activo dondequiera que viva fuera de la cadena, pero, en este tercer tipo, el NFT y el elemento subyacente al que señala no residen juntos.

De todo lo que se acaba de exponer se desprende que como (i) es demasiado caro inscribir y transmitir datos en la *blockchain* (coste que supone un impedimento para registrar el activo digital subyacente en la *blockchain* y sus sucesivas transmisiones), (ii) y la adjudicación de derechos a través del propio código del NFT plantea determinadas cuestiones conflictivas, la mayor parte del mercado existente de NFTs está representado por NFTs del tercer y último tipo, esto es, por archivos de metadatos que se pueden registrar con costes más limitados y asumibles en la *blockchain* de Ethereum.

Así las cosas, en la gran mayoría de los casos, los NFTs no dejan de ser un archivo de metadatos que contiene información codificada que señala o hace referencia al activo subyacente (físico o digital) o derecho que se está «tokenizando».

⁷⁷ Resulta extremadamente útil la siguiente guía que permite entender cómo acceder, leer y entender un *Smart contract* de un NFT. En particular, cómo acceder a sus metadatos y, en su caso, al enlace donde se encuentra el activo digital subyacente: <https://www.rimonlaw.com/looking-under-the-hood-diligencing-non-fungible-tokens-nft-metadata-and-smart-contracts>

Por este motivo, en el presente trabajo (y, más particularmente, en la segunda parte de la guía) nos centraremos fundamentalmente en el análisis jurídico y tributario de este tercer tipo de NFTs por ser aquellos que nos encontraremos con casi total seguridad en la práctica⁷⁸. Y empezaremos para ello con explicar en detalle cómo funciona desde el punto de vista tecnológico el proceso de «tokenización» o acuñación de este último tipo de NFTs, ya que nos ayudará a comprender con exactitud qué representan y qué se adquiere exactamente cuando se compran los mismos.

4. Acuñación de los NFTs y elementos técnicos

Cuando alguien crea o acuña un NFT del último tipo de los analizados anteriormente, básicamente ejecuta un código almacenado en contratos inteligentes que se ajustan a diferentes estándares, añadiéndose la información resultante a la cadena de bloques donde se gestiona el NFT. Veamos a continuación algunas nociones técnicas básicas, los elementos integrantes en un NFT y los pasos a seguir junto con un ejemplo práctico de acuñación en un determinado *marketplace*.

Como explica GUADAMUZ⁷⁹, a nivel técnico, y utilizando como ejemplo la *blockchain* de Ethereum, acuñar una obra como NFT significa que el creador utiliza un archivo con el activo subyacente (por ejemplo, una obra digital en formato .jpg) para generar un número único (código con los elementos que veremos más adelante) que luego se escribe en la *blockchain* en forma de contrato inteligente, utilizando un estándar determinado previamente seleccionado, y empleando una firma digital única que solo pertenece a la persona que lo acuña⁸⁰. A muy grandes rasgos, ello implica:

- (i) Utilizar una implementación de un contrato inteligente en el estándar de la *blockchain* que se haya seleccionar (por ejemplo, lo más habitual es utilizar en la *blockchain* de Ethereum el estándar ERC-721).
- (ii) Disponer de un monedero criptográfico o *wallet* con las claves criptográficas asociadas que se utilizaran para «firmar» el *token*⁸¹.

⁷⁸ Sin perjuicio de que se realizarán determinados comentarios o reflexiones en relación con el resto de tipos.

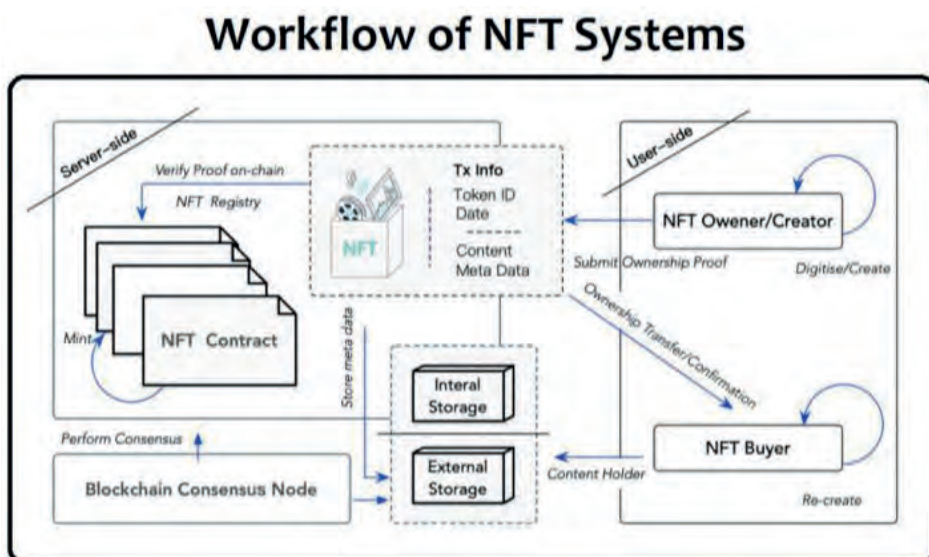
⁷⁹ GUADAMUZ, A., *The treachery of images: non-fungible tokens and...*, op. cit., p. 3.

⁸⁰ G. MAHMOOD lo explica de forma parecida en los siguientes términos: «*Thus, when someone makes—or «mints»—an NFT, they are writing the underlying smart contract code that governs the qualities of the NFT and adding those qualities to the relevant blockchain on which the NFT is managed.*».

⁸¹ Como expone GUADAMUZ, un monedero criptográfico tiene varios usos en el desarrollo de *blockchain*, puede utilizarse para «almacenar» *tokens*, esto puede incluir criptomonedas como el Ether, pero también puede utilizarse para almacenar fungibles y NFTs. Un monedero es una dirección criptográfica que existe en el *blockchain* y es pública. Lo más importante es que el monedero se genera utilizando una clave privada creada por su propietario, y esta clave también puede utilizarse para firmar *tokens*. Así, siempre que se acuña una obra, ya sea localmente o utilizando una plataforma, se utiliza la dirección del monedero y la firma para firmar el *token*.

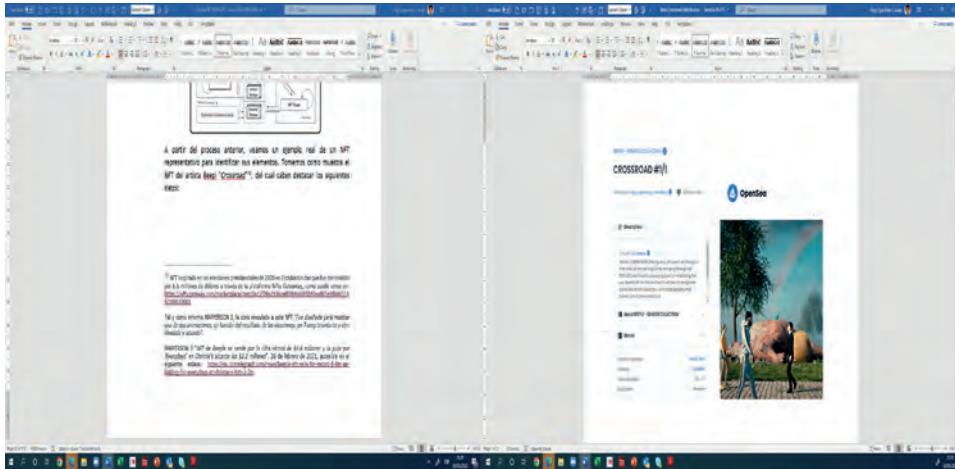
- (iii) Atendiendo al estándar seleccionado, utilizar el archivo con el elemento subyacente (siguiendo el ejemplo anterior, una obra digital en formato .jpg) para compilar un contrato inteligente que genera metadatos siguiendo el estándar elegido.
- (iv) Como estos metadatos han sido codificados a partir de un archivo con el activo subyacente, el *token* resultante es único y está intrínsecamente codificado y vinculado (atado criptográficamente) con el archivo original. Asimismo, la firma criptográfica empleada al acuñar el *token* mediante el *wallet*, sirve para identificar el NFT con la dirección pública de su creador.
- (v) De esta forma, a partir del archivo con la obra original, mediante el proceso de acuñación se genera un NFT resultante que constituye un determinado código que se registra en la cadena de bloques y que contiene varios bits de información.

Gráficamente, el proceso técnico puede verse representado en el siguiente esquema:



A partir del proceso anterior, veamos un ejemplo real de un NFT representativo para identificar sus elementos. Tomemos como muestra el NFT del artista Beepl «Crossroad»⁸², del cual caben destacar los siguientes datos:

⁸² NFT inspirado en las elecciones presidenciales de 2020 en Estados Unidos que fue transmitido por 6,6 millones de dólares a través de la plataforma Nifty Gateway, como puede verse en: <https://>



Si atendemos a la imagen anterior debemos destacar que, este NFT (como cualquier otro acuñado bajo el estándar ERC-721) está configurado por dos elementos básicos que siempre deben estar presentes:

- (i) El primer elemento básico del NFT es un número conocido como *token ID*, que se genera al crear el NFT. Básicamente, ese número identifica al *token* en sí (en este caso, el *Token ID* es «100010001»).
- (ii) El segundo es la dirección del contrato inteligente, que es una dirección de la cadena de bloques que puede verse en cualquier parte del mundo utilizando un escáner de la cadena de bloques⁸³. En este caso, la dirección del contrato es la siguiente: 0x12F28E2106CE8Fd-8464885B80EA865e98b465149.

La combinación de elementos que contiene el *token* lo hace único: solo puede haber un *token* en el mundo con la combinación de *token ID* y dirección del contrato de su propietario. Como ya hemos anticipado en multitud de ocasiones, en su esencia, el NFT es un código inscrito en una *blockchain* con estos dos identificadores.

niftygateway.com/marketplace/item/0x12f28e2106ce8fd8464885b80ea865e98b465149/100010001

Tal y como informa J. MAPPERSON, la obra vinculada a este NFT «Fue diseñada para mostrar una de dos animaciones, en función del resultado de las elecciones: un Trump triunfante y otro olvidado y abatido».

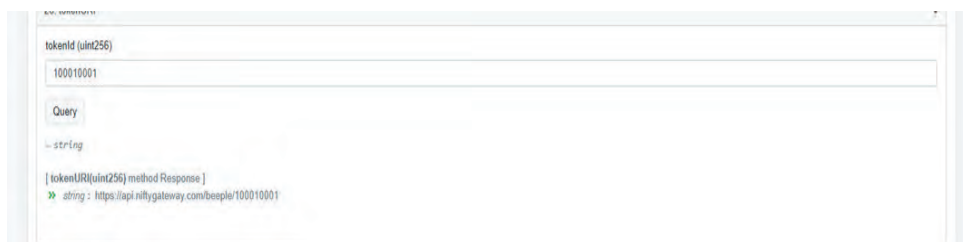
MAPPERSON, J., «NFT de Beeples se vende por la cifra récord de \$6.6 millones y la puja por «Everydays» en Christie's alcanza los \$2.2 millones» [en línea] *Cointelegraph*, febrero 2021. Disponible en: <https://es.cointelegraph.com/news/beeples-nft-sells-for-record-6-6m-as-bidding-for-everydays-at-christies-2-2m>

⁸³ Por ejemplo, Etherscan, accesible a través de este enlace: <https://etherscan.io/>

res que están vinculados específicamente tanto al activo subyacente original como a la firma utilizada para generar el *token*⁸⁴.

Junto con los dos elementos básicos anteriores, hay otros elementos importantes que pueden estar presentes en el contrato. Entre ellos, en el caso del NFT de Beepl Crossroads cabe destacar los siguientes:

- (i) La dirección de la cartera del creador, que ayuda a identificar la obra con su autor. En este caso, la dirección del creador es la siguiente: 0xc6b-0562605D35eE710138402B878ffe6F2E23807⁸⁵.
- (ii) Si leemos el *smart contract* en *Etherscan* y accedemos a la función *token* URI, con el *token* ID (100010001), obtenemos el enlace: (<https://api.niftygateway.com/beeple/100010001>) tal y como puede verse en la siguiente imagen:



En este enlace pueden encontrarse los metadatos con detalles adicionales sobre el NFT, que se encuentran almacenados de forma centralizada en un servidor⁸⁶. En particular, en este caso encontramos la siguiente información adicional:

- (a) Enlace a la imagen: https://res.cloudinary.com/nifty-gateway/video/upload/v1603975875/Beeple/BIDEN_WIN_iwkosh.png

⁸⁴ En este mismo sentido se pronuncia GARCÍA VIDAL, A., al establecer lo siguiente: «En realidad, un token no fungible no es más que un código informático (una sucesión de letras y números) que se crea conforme a un estándar técnico y se almacena en una cadena de bloques o blockchain (...). Según dicho estándar técnico, un token no fungible consta al menos de dos elementos que lo hacen único: de un número de identificación (el ID token) y de una dirección del contrato (contract address), que permite consultarlo en el registro de la cadena de bloques». GARCÍA VIDAL, A., «Metaverso, tokens no fungibles y propiedad intelectual», Tecnología, medios y telecomunicaciones (TMT)» [en línea], Gómez Acebo y Pombo, marzo 2022. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/metaverso-tokens-no-fungibles-y-propiedad-intelectual/>

⁸⁵ El cual también aparece al leer el *smart contract* en el apartado «Contract Owner».

⁸⁶ Alternativamente, como hemos visto, también es frecuente que se almacenen de forma descentralizada en IPFS.

- (b) A través de este enlace se puede acceder a la obra subyacente (la cual se puede guardar, o copiar, en cualquier ordenador).
- (c) Enlace a la animación: https://res.cloudinary.com/nifty-gateway/video/upload/v1603975875/Beeple/BIDEN_WIN_iwkosh.mp4
- (d) Nombre de la obra «*CROSSROAD #1/1*»
- (e) Descripción y mensaje del autor: «*PLEASE FUCKING NOTE: If trump wins, this token will change to that video of sexy boi king trump stomping through hell FOREVER. I don't want you coming back to me bitching that you spent \$2M* on this and now it's a video of orangeman going HAM and it's keeping u up at night popping mad boners. should have voted bruh.\r\n\r\n*and stfu that this isn't gonna be worth a fuckton more when I hit 30 years of everyday and have a permanent collection in the MOMA. smh*».
- (f) Otros detalles adicionales, como el enlace al Marketplace Nifty o referencia a los colores de fondo.

Tenemos, por tanto, elementos básicos que deben estar presentes en todo NFT (*Token ID* y dirección del *smart contract*) y otros adicionales que pueden variar de un NFT a otro⁸⁷. Vistos los elementos de un NFT con un ejemplo práctico, repasemos a continuación los pasos que deben darse para acuñar un NFT.

Así, sin perjuicio de la complejidad técnica que pueda haber detrás, la forma más práctica y habitual de acuñar un NFT es utilizando para ello una plataforma o un intermediario que ofrece este servicio. Siguiendo a LICHTIGSTEIN⁸⁸, los pasos genéricos para acuñar un NFT y subastarlos a través de una plataforma son los siguientes:

- (i) Elegir un mercado que permita al usuario crear NFTs y registrarse creando una cuenta.
- (ii) Conectar su cartera *blockchain* a la cuenta y comprar «gas» para financiarla.
- (iii) Seleccionar el contenido (generalmente un archivo digital) que se quiere convertir en NFT y subirlo a la interfaz facilitada por la plataforma.
- (iv) Pagar la tarifa mínima para crear el NFT (la tarifa varía de un mercado a otro)

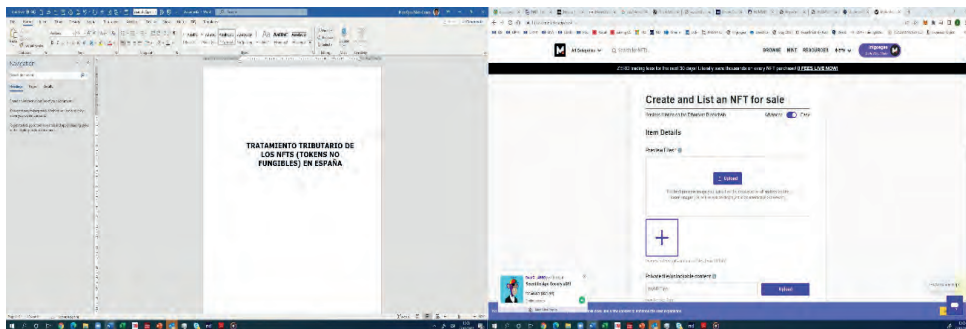
⁸⁷ Otros NFTs, pueden ser algo más sofisticados, incluyendo los *hashes* utilizados para crearlos. Por ejemplo, en relación con otro NFT del artista Beeple, llamado «*Everydays: The First 5000 Days*», resulta muy recomendable leer el siguiente artículo GRAHAM, R., «*Deconstructing that 69 million NFT*». Disponible en: <https://securityboulevard.com/2021/03/deconstructing-that-69million-nft/>

⁸⁸ LICHTIGSTEIN, A., *op. cit.*

- (v) Una vez acuñados los NFTs, seleccionar el que se desea subastar y establecer un precio fijo o un rango de puja. Una vez que un comprador adquiere dicho NFT (generalmente a través de una puja) el pago se almacena automáticamente en el monedero del creador.

Evidentemente, el proceso de acuñación y los pasos varían de una plataforma a otra, por lo que recomendamos acudir a la guía detallada para acuñar NFTs en OpenSea, Rarible o Superare efectuada por VASILE y BLANCO CRESPO⁸⁹

A partir de lo anterior, un ejercicio que resulta muy ilustrativo es llevar a cabo el proceso de acuñación anterior uno mismo y examinar el resultado. Para ello, he tomado como punto de partida la siguiente imagen de la pantalla de mi ordenador con el título del artículo y la interfaz de Mintable (foto en formato .jpg que he guardado en el ordenador):



Tras conectar el monedero *Metamask* con la plataforma Mintable⁹⁰, se debe cargar la imagen (el archivo en formato .jpg) e introducir los detalles requeridos por la interfaz en el proceso (descripción, título, subtítulo, categoría y tipo de venta —precio fijo o subasta—), para finalizar firmando criptográficamente el NFT con el monedero.

Los detalles del NFT resultante de este proceso de acuñación en Mintable se pueden ver a continuación:

⁸⁹ VASILE, L. y BLANCO CRESPO, L., *¿Cómo acuñar NFT? La guía definitiva*, 26 de enero de 2022, accesible por medio del siguiente enlace: <https://es.beincrypto.com/aprende/acunar-nft-guia-definitiva/#acuñacion>

⁹⁰ Plataforma que he seleccionado por permitir acuñar un NFTs sin la necesidad de pagar gas ni comisión alguna y a la que se puede acceder por medio del siguiente enlace: <https://mintable.app/>



Como se puede ver en la imagen anterior, y tal y como venimos reiterando, el NFT no es la imagen subyacente en sí: es el archivo de metadatos que contiene la combinación única de *token* ID (70759346804245257561650660960572025112314106424101946276179480977395942433155) y la dirección del contrato (0xC-23d925684919c1619f13427817D3FEe6C24debB)⁹¹.

De esta forma, la imagen real utilizada para acuñar el NFT no es dicho NFT, y no forma parte del mismo más que por la presencia de una URL que dirige a la imagen y a través de la cual cualquiera puede acceder para visualizar la misma, descargarla o copiarla⁹². GARCÍA VIDAL⁹³ lo resume muy bien en los siguientes términos:

«El proceso de creación de un *token* no fungible (o de ‘acuñación’, que es el término usado habitualmente) es relativamente sencillo e intuitivo, gracias a distintas aplicaciones específicamente diseñadas para ello. En esencia, se precisa de un archivo digital al que se le va a asociar dicho *token*. Ese archivo digital puede contener un texto, una imagen, un vídeo, un dibujo, etc. Todo lo que se pueda digitalizar puede ser usado para acuñar un *token* no fungible. Pero éste no es el propio archivo digital que sirve de base para su generación. El *token* no fungible es, simplemente, una serie de datos o metadatos sobre dicho archivo».

Sin perjuicio de que lo analizaremos con más detalle a continuación, cuando alguien adquiere un NFT, está comprando el archivo de metadatos registrado en *blockchain*, lo que, en palabras de GUADAMUZ, se corresponde más bien con un recibo firmado criptográficamente de un determinado elemento subyacente, pero la titularidad que se adquiere en la mayoría de los casos no es de dicho elemento subyacente en sí, sino del propio recibo.

En esta misma línea, un ejemplo muy esclarecedor es el que expone AST, F.⁹⁴, al identificar los NFTs con las fichas de una biblioteca en los siguientes términos:

«Pensemos en una biblioteca. Hay un catálogo de tarjetas que dicen dónde están los libros y cuándo han sido retirados. Pero los libros no residen en las tarjetas. Residen de manera separada en las estanterías de la biblioteca».

⁹¹ También se identifican otros aspectos como la dirección pública del creador (dirección de mi monedero criptográfico utilizada para crearla): 0x9c705efbd96c4718b00507a50da5f2c00a7c196e, la dirección del actual titular, la descripción (*First NFT attempt for educational purposes*), el nombre (*First NFT Attempt*), la localización del archivo con la imagen subyacente (con la correspondiente URL) y otros detalles de relevancia.

⁹² Disponible en: https://d1iczm3wxxz9zd.cloudfront.net/b585cbcd-6e8a-47d4-ae4f-9892feba473150825525944434/ITEM_PREVIEW1.jpg

⁹³ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

⁹⁴ AST, F., «Tokens No Fungibles (NTFs): Dilemas Legales sobre Activos Digitales», 9 de mayo de 2021, accesible mediante el siguiente enlace: <https://medium.com/astec/tokens-no-fungibles-ntfs-dilemas-legales-sobre-activos-digitales-4e547ea47777>

Siguiendo la analogía de este autor, el NFT sería la tarjeta de la biblioteca que describe el libro, señala dónde está, describe su autor y su actual tenedor, y permite acceder al mismo, pero el elemento subyacente (el libro al que señala la tarjeta) no se encuentra en la tarjeta⁹⁵, sino que se encuentra en otro lado (en la estantería correspondiente señalada por dicha tarjeta).

Sentado lo anterior, estamos en condiciones para abordar el siguiente apartado en el que nos centraremos en analizar qué se adquiere exactamente cuando se compra un NFT y la problemática asociada en materia de propiedad intelectual.

5. ¿Qué se compra cuando se adquiere un NFT? Breve referencia a la problemática asociada de propiedad intelectual

Debido a la confusión que existe en el mercado sobre lo que representan los NFTs, en parte como consecuencia de muchos titulares de prensa, y en parte debido a las cantidades astronómicas que a menudo se están pagando por estos criptoactivos, muchos todavía piensan que cuando se compran un NFT (por ejemplo, la representación de una obra digital), están adquiriendo los derechos de explotación del activo o derecho vinculado a dicho NFT⁹⁶.

Esto puede ser cierto en los dos primeros tipos de NFTs anteriormente expuestos (NFTs que constituyen el activo digital subyacente —activos nativos en *blockchain*— y NFTs que contienen los derechos del activo subyacente en el propio código). En estos dos casos, con la adquisición del NFT también se puede estar adquiriendo la propiedad del elemento subyacente y los derechos de explotación sobre el mismo, pero como hemos visto, son casos muy minoritarios y que rara vez nos encontraremos en el mercado hoy en día.

Sin embargo, para los NFTs del tercer tipo (archivos de metadatos que representan el activo o derecho subyacente y señalan su localización) que, como se ha indicado, son los más comunes en el mercado, esto no es así, o no necesariamente. Así, como se desprende de las explicaciones de los apartados anteriores, y tal y como nos recuerda POSTH⁹⁷, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- (i) En primer lugar, que el elemento subyacente, por un lado, y el *token*, por otro, son dos cosas diferentes. En el debate público, a menudo se ignora

⁹⁵ Recordemos, en este tercer tipo de NFTs.

⁹⁶ A esta problemática se refiere GARCÍA VIDAL, A., de la siguiente forma: «En un primer análisis podría creerse que quien adquiere un token no fungible, pagando en ocasiones una suma astronómica, será después libre para usar y explotar a su antojo la obra o prestación protegida por propiedad intelectual a la que aquél se vincula, por ejemplo, exponiendo una imagen digital de la obra en la pared del establecimiento comercial que gestiona en el metaverso. Pero esto no es así, o al menos no necesariamente».

GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

⁹⁷ POSTH, S., *Four Lessons Of Cryptoart*. 6 de junio de 2021. Disponible en: <https://posth.medium.com/four-lessons-of-cryptoart-efb7d7108791>

esta distinción. Pero el NFT no es el elemento subyacente en sí, sino solo —y cómo podría ser de otra manera— el *token* no fungible, un número de identificación en un contrato inteligente inscrito en la *blockchain*.

- (ii) De hecho, como se ha analizado anteriormente, el NFT y el elemento subyacente de este tipo de NFTs residen en lugares distintos. El NFT es un código registrado en la *blockchain* que señala al elemento subyacente, pero este puede encontrarse en el mundo físico, o en el caso más común de activos subyacentes digitales, almacenado en otro lugar de la red (servidor centralizado al que se accede por URL o de forma descentralizada a través de IPFS).
- (iii) Es más, como ya se ha anticipado, no hay garantía de que un NFT siempre apunte y enlace a ese objeto o archivo digital, con el consiguiente riesgo de rotura del enlace al que haremos referencia más adelante.
- (iv) De lo anterior se desprende que, en realidad, lo raro y exclusivo de poseer o coleccionar no es el elemento subyacente en sí (que, en el caso de un activo digital puede ser descargado y copiado por cualquier usuario), sino el NFT (su certificado equivalente en *blockchain*, que señala a dicho elemento subyacente).
- (v) Si seguimos con el ejemplo anteriormente mencionado de las tarjetas de la biblioteca, y en palabras de AST, F.⁹⁸:

«Así como la existencia de un catálogo con tarjetas no impide que otras personas lean el libro que está en la estantería (ni tampoco evita que alguien se robe el libro), la propiedad de un NFT no evita que un tercero haga una copia del archivo digital asociado al NFT si tiene acceso a él»⁹⁹.

- (vi) En otras palabras, en el mundo digital en el que vivimos, cualquiera puede tener la obra subyacente (susceptible de descarga y copia), pero quien es titular del NFT posee un recibo criptográficamente firmado sobre dicho elemento. En palabras de POSTH, S.¹⁰⁰, ello significa que, con el NFT, su poseedor adquiere en cierta forma una suerte de «derecho a presumir» de ser titular del citado recibo criptográficamente firmado vinculado a la obra subyacente¹⁰¹.

⁹⁸ AST, F., «Tokens No Fungibles (NTFs): Dilemas Legales sobre Activos Digitales», 9 de mayo de 2021. Disponible en: <https://medium.com/astec/tokens-no-fungibles-ntfs-dilemas-legales-sobre-activos-digitales-4e547ea47777>

⁹⁹ Técnicamente, esta posibilidad no se puede impedir. Y en tales casos, la realización de una copia de un archivo digital puede suponer el ejercicio de un derecho de reproducción de la obra, cuando esta vaya a utilizarse para fines comerciales.

¹⁰⁰ POSTH, S., *Four Lessons of Cryptoart*, 6 de junio de 2021 [en línea]. Disponible en: <https://posth.medium.com/four-lessons-of-cryptoart-efb7d7108791>

¹⁰¹ Para entendernos, sería algo así como tener un recibo firmado por Picasso del cuadro *Guernica*.

- (vii) Ahora bien, sin perjuicio de esta suerte de «*derecho a presumir*» al que se acaba de hacer referencia, la posesión del NFT no significa que con ello hayan adquirido los derechos de propiedad intelectual sobre el elemento subyacente ni mucho menos.

Atendiendo a estas cuatro consideraciones, y siguiendo a MAESTRE¹⁰², desde el punto de vista de propiedad intelectual «*es importante diferenciar, entre la propiedad del token y la propiedad del contenido o servicio «tokenizado», es decir, los derechos que se adquieren sobre el activo subyacente o servicio al que se accede con él*». En palabras de este autor «*desde un punto de vista estructural, estamos tratando con dos sistemas legales diferentes: uno técnico, que establece criptográficamente la posesión real del token, y otro de derechos sobre el subyacente, que deberá regularse de forma independiente*»¹⁰³.

Abundando en esta idea, y debido a la importancia de la misma, merece la pena reproducir las reflexiones al respecto de GARCÍA VIDAL¹⁰⁴, dada la claridad con la que explica esta problemática: «*En efecto, la transmisión de un token no fungible comporta un cambio en su titularidad que quedará reflejado en el registro de la cadena de bloques, y esa transmisión puede estar gobernada por un contrato inteligente en virtud del cual, cada vez que se produzca una transmisión del token, una parte del precio se destinará automáticamente al creador de dicho token.*

Pero la transmisión del token no fungible no implica la cesión de los derechos patrimoniales de explotación de la obra o prestación usada para acuñarlo y a la que está vinculada. Y esto es así incluso aunque el que haya acuñado el token haya sido el propio titular de los derechos. Dicho token, como queda dicho consiste simplemente en una serie de metadatos vinculados a un archivo digital. Por eso su transmisión solo implica la transmisión de la propiedad de esos metadatos».

Y es que no debemos olvidar que los NFTs, en la gran mayoría de ocasiones, se encuentran referenciados a elementos protegidos, desde una perspectiva legal, por la normativa sobre propiedad intelectual (como obras de arte, vídeos, música o elementos virtuales de videojuegos, como *skins*, armas o avatares). De nuevo, conviene acudir a lo manifestado por GARCÍA VIDAL¹⁰⁵ al respecto:

«*Como se acaba de indicar, se puede acuñar un token no fungible sobre la base de cualquier archivo digital (incluidos, por tanto, los que representan realidades del metaverso, como, por ejemplo, un coche para uso de un avatar). En consecuencia, es perfectamente posible que se genere un token no fungible para representar una obra o prestación sobre la que existen derechos propiedad intelectual, ya sea porque la obra o prestación es de tipo digital (piénsese, por ejemplo, en una obra*

¹⁰² MAESTRE, J., «¿Qué adquiero cuando compro un NFT?» [en línea], *Maestre Abogados*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.maestreabogados.com/que-adquiero-cuando-compro-un-nft/>

¹⁰³ Como veremos al finalizar este apartado.

¹⁰⁴ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

¹⁰⁵ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

fotográfica o en una mera fotografía digitales), ya sea porque la obra o prestación es analógica, pero es objeto de digitalización previa a la acuñación del token no fungible (como sucedería si se escanea el ejemplar en papel en el que el autor ha creado un dibujo).

En estos casos, el token será la representación digital de un archivo en el que conste una obra o prestación objeto de propiedad intelectual. Pero en sí mismo el token no fungible no es objeto del derecho de autor ni de ningún otro derecho afín¹⁰⁶».

Pues bien, en relación con los derechos de propiedad intelectual a los que puede estar sujeto el elemento subyacente al que se referencia el NFT debemos recordar que, en España, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en adelante, Ley de Propiedad Intelectual) atribuye al autor una serie de derechos para proteger las obras, distinguiendo entre dos tipos:

- (i) Los llamados derechos morales, derechos que son irrenunciables e inalienables¹⁰⁷.
- (ii) Los llamados derechos de explotación, que sí son susceptibles de ser transferidos. Estos derechos se encuentran regulados en los artículos 18 a 21 de la Ley de Propiedad Intelectual, y comprenden, entre otros, el derecho a reproducir la obra, a distribuirla, a comunicarla públicamente o a transformarla.

¹⁰⁶ Esta distinción es relevante. Si bien es cierto que a menudo los *tokens* se acuñan sobre la base de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual, cuestión distinta es que alguien pueda tener la propiedad intelectual del NFT en sí (y no del elemento subyacente). Como expone: «*El token no fungible es, simplemente, una serie de datos o metadatos sobre dicho archivo. Así las cosas, fácilmente se comprenden las dificultades para reconocer la propiedad intelectual sobre un token no fungible. Alguien podrá alegar la titularidad de ese token, pero no la propiedad intelectual, porque su creación es el resultado de un proceso automatizado en el que falta un proceso creador humano*».

¹⁰⁷ Estos derechos, regulados en los artículos 14 a 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, incluyen los siguientes:

1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.
7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Con respecto a estos derechos comprendidos en este segundo grupo, de carácter exclusivo, el autor sí puede decidir si quiere autorizar o prohibir su traspaso al comprador del NFT.

Por tanto, como punto de partida debe tenerse en cuenta que existen ciertos derechos que ya, *per se*, no son transferibles por disposición legal.

Partiendo de esa base, en cuanto al segundo grupo de derechos (derechos de explotación), y siguiendo a MAHMOOD¹⁰⁸, cabe destacar las tres cuestiones siguientes que se plantean con las transmisiones de NFTs¹⁰⁹:

1. *En primer lugar, que los NFTs regulan la titularidad del token, no los derechos de propiedad intelectual de los elementos vinculados al token.* Como acabamos de ver, la titularidad de un NFT como *token* único —frente a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido al que dicho NFT puede estar asociado— es una distinción muy relevante. En base a esta distinción, cuando alguien adquiere un NFT vinculado a un contenido protegido por derechos de autor, no ha comprado automáticamente los derechos de propiedad intelectual subyacentes de dicho contenido (algunos de los cuales, como se acaba de ver, son intransferibles).

De esta forma, para que la transmisión del NFT vaya acompañada de la transmisión de los derechos de propiedad intelectual del elemento subyacente (derechos de explotación), esta cesión de derechos debe encontrarse acordada expresamente de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual^{110, 111}. Dicho de otra forma, la cuestión de qué derechos sobre la obra a la que está referenciada al NFT se transmiten junto a este cryptoactivo, es algo que las partes idealmente deben regular de forma

¹⁰⁸ MAHMOOD, G., *NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?*, 28 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>

¹⁰⁹ Se hace una breve referencia a los problemas más habituales, y sin ánimo de ser exhaustivos: en tanto que este artículo tienen carácter eminentemente tributario.

¹¹⁰ En palabras de MAHMOOD «*In reality, the underlying copyright only transfers if the copyright's owner evidences in writing that they intend to transfer those rights alongside the copy of the work. Unless the NFT owner has received explicit permission from the seller, the NFT owner does not automatically acquire the legal right to take pictures of the creative work attached to the NFT and make T-shirts or postcards for sale. Absent further documentation, the purchaser of an NFT acquires through that purchase an implied non-exclusive license to display the related media in their token wallet for personal purposes only, but does not own the underlying copyright in the content the NFT is associated with or the right to display that media on third-party products, websites, or platforms*».

MAHMOOD, G., *NFTs: What Are You Buying and What Do You Actually Own?*, 28 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>

¹¹¹ El artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual especifican que se cederán las modalidades de explotación expresamente previstas. En la medida en que no especifica que deban cederse expresamente por escrito, se abre un interesante debate sobre si es necesario establecer la cesión de los derechos de explotación en un contrato tradicional o sería suficiente si se especifican por *smart contract* y las partes son conscientes de ello.

independiente, y preferiblemente mediante el correspondiente contrato paralelo¹¹².

A título de ejemplo, podemos destacar estos dos supuestos de regulación separada de la transmisión de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra vinculada a un NFT:

- a) *Dapper Labs*, que, como hemos visto, opera la popular plataforma NBA Top Shot, ha establecido un modelo de licencia o acuerdo que los vendedores de NFT pueden adoptar para describir los derechos que se conceden al comprador de NFT. La licencia de NFT distingue el *token* de NFT propiamente dicho del «arte» asociado al NFT (la imagen, la música, el sonido o la combinación de ambos). La licencia aclara que el comprador del NFT recibe (i) una licencia personal (licencia que expresamente se califica como no transferible) para utilizar y mostrar el arte asociado al NFT, así como (ii) una licencia comercial para fabricar mercancías que muestren ese arte asociado al NFT, una licencia sujeta a un límite de 100 000 dólares de ingresos brutos al año¹¹³.
- b) Por su parte, la plataforma YellowHeart, que como describiremos en los casos de uso, facilitó la transmisión de una colección de NFTs vinculados al nuevo álbum de Kings of Leon, incluye en sus condiciones de servicio algunos elementos de la licencia NFT, pero con modificaciones relevantes. En concreto, las condiciones de servicio de YellowHeart¹¹⁴ establecen que la compra del NFT otorga al comprador el derecho a exhibir el arte (definido como la obra de arte y las imágenes del álbum) y la mercancía incluida (definida como los archivos de música) asociados al NFT, durante todo el tiempo que el comprador sea propietario de dicho NFT y solo para fines personales. Al contrario que en NBA Top Shop, en este caso no se incluye el elemento de

Hoy en día, probablemente lo más sensato sea regularlos de forma expresa mediante un contrato paralelo.

¹¹² Nótese que estas reflexiones están referencias a los derechos de propiedad intelectual sobre el elemento subyacente atendiendo a lo dispuesto en el artículo 43 de la LPI. Cuestión distinta es si se puede considerar que se transmiten los derechos de propiedad sobre dicho elemento subyacente, teniendo en cuenta la teoría del título y el modo y lo dispuesto en el artículo 609 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Código Civil). Para profundizar sobre esta cuestión, recomendamos acudir a:

- (i) SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J., «Blockchain, «tokenización» de activos inmobiliarios y su protección registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 775, 2019, pp. 2277-2318.
- (ii) CEDIEL SERRA, A. y MOLINA BALAGUER, F., *Transmisión de los bienes tokenizados, análisis registral y tributario*, Cap. XXXIII de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. e HINOJOSA MARTÍNEZ, L., *blockchain, Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial*, Navarra, Thompson Reuters-Aranzadi, 2020.

¹¹³ Puede accederse a estos términos y condiciones de esta plataforma a través del siguiente enlace: <https://nbatopshot.com/terms>

¹¹⁴ Los términos y condiciones de esta plataforma pueden consultarse aquí: <https://static.yh.io/tos.pdf>

la licencia comercial, y las condiciones de YellowHeart incluyen una serie de cláusulas que específicamente limitan la actividad comercial relacionada con las obras creativas que hay detrás de la NFT, como la prohibición de utilizar el arte relacionado o la mercancía incluida en productos de terceros o en películas u otros medios.

2. *En segundo lugar, que los NFTs no autentifican intrínsecamente los derechos de propiedad intelectual.* A menudo se afirma de forma generalizada que los NFTs pueden utilizarse para demostrar la autenticidad de la obra subyacente. En este sentido, es cierto que los NFTs pueden autenticar la posesión de un *token* en sí mismo, así como la historia única de cómo se emitió dicho *token* y se vinculó a una obra creativa, y ello en tanto que con *blockchains* como Ethereum se puede acceder a la dirección pública de la cartera del creador y sus metadatos vinculados.

Sin embargo, como se anticipaba al analizar el segundo tipo de NFTs, existe un matiz muy relevante. Y es que un simple NFT por sí mismo no puede ayudar a relacionar la clave pública del creador o propietario de un NFT con una persona física del mundo real, ni tampoco valida que el creador del NFT tuviera en el momento de su acuñación los derechos subyacentes para vincular ese NFT a una obra creativa específica. GARCÍA VIDAL¹¹⁵ lo explica muy claramente de la siguiente forma:

«Es técnicamente posible acuñar un token no fungible sobre la base de una obra o prestación protegida ajena. Piénsese, por ejemplo, en el uso de una fotografía o de un diseño digital de un tercero o en el de una fotografía de una escultura ajena para acuñar dicho token. Conscientes de esta posibilidad, y a la vista de la presión que están ejerciendo los usuarios sobre las aplicaciones en las que se acuñan y comercializan tokens no fungibles, algunas de ellas han introducido medidas de control previo, por medio de los llamados oráculos, para intentar evitarlo. Pero, pese a ello, sigue siendo posible acuñar un token no fungible sobre una obra o prestación ajena».

Y no solo es eso. Como explica este autor, también puede ocurrir (i) que el autor de la obra acuñe el *token* no fungible después de haber cedido los derechos patrimoniales de explotación sobre el elemento al que está vinculado, o (ii) que se acuñe un nuevo NFT sobre un mismo elemento subyacente, dando lugar a la existencia de varios NFTs vinculados a un mismo archivo digital (lo que se conoce como réplicas de NFTs) que pueden haber sido acuñados por el propio autor del archivo digital, o por un tercero¹¹⁶.

Pues bien, en estos tres casos, podemos encontrarnos ante una eventual vulneración de los derechos de propiedad intelectual. En palabras del pro-

¹¹⁵ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

¹¹⁶ Aunque en realidad, no se replica el NFT, en tanto que cada *token* tendrá un ID *Token* y dirección de contrato distinto.

pio GARCÍA VIDAL¹¹⁷: «Si el token no fungible que se copia se basa en una obra o prestación sobre la que existen derechos de propiedad intelectual, en la medida en que la copia vaya acompañada de actos de reproducción¹¹⁸, comunicación pública¹¹⁹ o transformación¹²⁰ de dicha obra, podrá eventualmente existir infracción de la propiedad intelectual sobre tal obra o prestación».

3. *Dónde se almacena el elemento subyacente y quién tiene la obligación de velar por que se pueda acceder a él.* Como hemos visto, la mayoría de los NFTs no dejan de ser códigos registrados en una *blockchain* que señalan al elemento subyacente, el cual, cuando se trata de un archivo digital, se encuentra almacenado en otro lugar de la red (servidor centralizado o de forma descentralizada a través de IPFS). Para acceder a dicho archivo al que está referenciado el NFT, se incluye en los metadatos la URL (el enlace) que permite dirigirse a su localización.

En estos casos cabe plantearse sobre quién debe recaer la responsabilidad de que el elemento subyacente esté siempre accesible y disponible en el enlace incluido en los metadatos del NFT. Y es que, no es difícil imaginarse la frustración para un inversor de un NFT que adquiere el mismo por una elevada cifra para descubrir que, trascurrido un tiempo determinado, no puede ni acceder a visualizar la obra subyacente en la medida en que el enlace se ha roto o el servidor en el que se almacenaba dicho elemento ya no permite acceder al mismo.

Como expone MAHMOOD¹²¹, los contratos de venta de NFT o las condiciones de servicio de los mercados de NFT rara vez especifican si el vendedor tiene la obligación legal de alojar los datos de manera que el propietario pueda recuperar siempre un NFT específico. En ausencia de tales compromisos contractuales, el comprador no suele tener ninguna garantía de que la URL u otra dirección web no se cambie o se desconecte.

En consecuencia, este es un tercer aspecto que, idealmente, debería estar regulado de forma paralela contractualmente, de cara a otorgar un mayor nivel de seguridad jurídica al comprador.

De lo anteriormente expuesto se extrae como conclusión la recomendación de regular en un contrato fuera de la cadena (*offchain*), (i) tanto los términos de venta

¹¹⁷ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

¹¹⁸ Y ello dado que, para obtener los metadatos que componen el NFT es preciso subir el archivo digital a una determinada plataforma de NFTs.

¹¹⁹ En tanto que, el mero hecho de insertar el enlace a la obra protegida, podría llegar a ser considerado un acto de comunicación pública que viole la propiedad intelectual de la obra a la que remite el NFT.

¹²⁰ En aquellos casos en los que se lleven a cabo ligeras modificaciones de la obra subyacente para obtener como resultado creaciones muy similares sobre las que después se acuñarán los *tokens* no fungibles..

¹²¹ MAHMOOD, G., *NFTs: What Are You Buying and What Do You actually Own?*, 28 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>

como (ii) los derechos de propiedad intelectual sobre el elemento subyacente que, en su caso, se transfieren al comprador del NFT, y (iii) la obligación de garantizar el acceso al elemento subyacente a través del enlace facilitado en los metadatos. De nuevo, como explica GARCÍA VIDAL¹²²:

«(...) la eventual cesión de los derechos de propiedad intelectual y, en general, la determinación de lo que el titular del token podrá o no podrá hacer con la obra o prestación vinculada son cuestiones que deben estar reguladas, en caso de que las partes deseen concertarlo, en un contrato o licencia paralelo a la venta del token no fungible».

Esta regulación separada y paralela es la que nos va a permitir conocer con precisión y seguridad jurídica qué es exactamente lo que se está adquiriendo, y, en consecuencia, resulta esencial para el tráfico de estos criptoactivos. Y es que, como reitera MAESTRE¹²³: *«De esta forma, para saber qué se compra cuando se adquiere un NFT es preciso acudir a fuentes externas, es decir, un contrato donde el creador del NFT indique qué derechos sobre la obra son los que está transmitiendo o incorporando al NFT o a qué servicios concretos da acceso el token. Algunos de esos elementos contractuales pueden estar incorporados al código, como el referenciado derecho de participación en reventas en cuya virtud el creador del token recibe un porcentaje de las transmisiones posteriores a la primera venta, pero otros no son tan fácilmente codificables».*

Aun así, y con todo, la existencia de este contrato con una regulación paralela, siendo aconsejable, no resuelve todos los problemas. Esto es así toda vez que, si bien es cierto que este contrato otorga una mayor seguridad jurídica en la primera adquisición del NFT en el mercado primario, el NFT no va a recoger en sí mismo el contenido de estos eventuales contratos en las ulteriores transmisiones en el mercado secundario. Como explica VIDAL¹²⁴, ello significa que *«aunque el titular de la propiedad intelectual establezca las restricciones y ámbito de la cesión en el contrato que celebra con el primer adquirente del token, no queda garantizado que los ulteriores adquirentes vayan a tener conocimiento de ello».*

Frente a ello, y siguiendo a este último autor cabe plantearse como primera alternativa imponer una obligación contractual al primer adquirente de comunicar los términos regulados en el contrato inicial a los posteriores compradores del NFT, pero el seguimiento del cumplimiento de esta obligación en la práctica va a resultar francamente complicado.

Otra posible solución podría ser incorporar en el NFT un enlace a un sitio web almacenado en un sistema descentralizado e inalterable como el ya mencionado IPFS en el que (i) conste la autoría del elemento al que se refiere dicho *token*, así

¹²² GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

¹²³ MAESTRE, J., *op. cit.*

¹²⁴ GARCÍA VIDAL, A., *op. cit.*

como (ii) los derechos de que dispone el titular de un *token* no fungible sobre dicha obra o prestación.

Si bien esta última opción es una alternativa que está aún en una fase incipiente, ya tenemos casos de uso como puede ser (i) la alternativa planteada por parte Safe Creative¹²⁵, o (ii) la solución adoptada por parte del proyecto de Arte Regenerativo de Quantum Leap. En relación con este segundo proyecto, y como explica MILLER¹²⁶, si accedemos al NFT de una de sus obras, como puede ser Quantum Leap (Primordial Star 2), 2021¹²⁷ en el enlace con los metadatos del NFT encontramos una sección bajo la rúbrica «*rights values*» que nos facilita un enlace a IPFS (en concreto: <https://ipfs.io/ipfs/QmTjivtsQGFcCVamK5ya4MG1dVQDSbJVdMW-NiSkkN4EkMg>) en el que se localiza un verdadero acuerdo de reconocimiento y transferencia de derechos de autor, con los términos redactados tal y como incluimos en el Anexo I.

III. EL ECOSISTEMA DE LOS NFTs

Con el objetivo de tener una comprensión más completa del fenómeno de los NFTs con carácter previo a su análisis tributario, en este apartado abordaremos (i) su historia y las diferentes etapas hasta llegar al estado actual de mercado; (ii) sus casos de uso hoy en día; (iii) los principales mercados donde se comercializan los NFTs y los monederos criptográficos utilizados en estas transacciones, y (iv) una breve referencia práctica al proceso de compra y venta de estos criptoactivos.

1. Historia de los NFTs, estado actual del mercado y perspectivas de futuro

De acuerdo con lo señalado en la introducción, el 2021 puede considerarse como el año del auge de los NFTs. Sin embargo, los NFTs tienen su origen en años antes, en concreto en 2012. Así, dentro de la historia de los NFTs pueden identificarse las siguientes etapas:

1. *Origen (2012) con colored coins*. El antecedente más remoto generalmente reconocido de los NFTs son las monedas de colores (o *colored coins*) de la red Bitcoin que se propusieron a finales del 2012. En particular, un artículo de Meni ROSENFELD publicado «Overview of Colo-

¹²⁵ Se puede acceder a una buena explicación sobre la solución propuesta (basada en incorporar un enlace con detalle de los derechos de los que se es titular y los derechos que se transmiten) por esta plataforma aquí: <https://es.safecreative.net/2021/11/10/nfts-con-informacion-de-copyright/>

¹²⁶ MILLER, S., «Looking Under the Hood: Diligencing Non-Fungible *tokens*, NFT Metadata and Smart Contracts» [en línea], *Rimon Law*, diciembre 2021, Disponible en: <https://www.rimonlaw.com/blog/2021/12/29/looking-under-the-hood-diligencing-non-fungible-tokens-nft-metadata-and-smart-contracts/>

¹²⁷ *ContokenID2ydirecciónsmartcontract:0x8425633dbaf741db34bc35d5054e22a8ab4c9f31*

red Coins» en dicho año presentó el concepto de *colored coins* como una forma de «marcar» virtualmente los *bitcoins*, que de otro modo serían fungibles, con un código adicional (metafóricamente denominado color) para designarlos para fines o casos de usos concretos, promoviendo así su utilidad y reduciendo parcialmente su fungibilidad¹²⁸.

2. *Periodo comprendido entre 2014 y 2016*. La *blockchain* de Bitcoin seguía dominando la mayor parte del desarrollo de proyectos con NFTs. En esta etapa cabe destacar la plataforma financiera *peer to peer*, denominada *Counterparty* que incluía un amplio abanico de herramientas como monederos, una funcionalidad de agente de custodia y cámara de compensación y un sistema que permitía la creación de nuevos activos y su intercambio descentralizado (con su moneda virtual propia). Del mismo modo, cabe hacer referencia (i) a *Spells of Genesis*, identificado como el primer juego para móviles basado en una *blockchain* (de bitcoin), y (ii) a la experimentación con coleccionables como los llamados *Rare Pepes*, ilustraciones del personaje de la *Rana Pepe* construidas también sobre la *blockchain* de Bitcoin.

Debemos señalar que en 2015 Vitalik Buterin crea la *blockchain* de Ethereum, la cual adopta la tecnología subyacente de Bitcoin y expande su uso al funcionar como una plataforma para aplicaciones descentralizadas y colaborativas que permite desplegar y ejecutar contratos inteligentes sobre la misma. Pronto la flexibilidad de esta *blockchain* desplazaría a Bitcoin como el ecosistema favorito para desarrollar proyectos de NFT, empezándose a introducir sobre Ethereum una serie de estándares de *tokens* diseñados para el desarrollo de los NFTs, que permitían a los creadores de estos criptoactivos dictar métodos de desarrollo, emisión y despliegue de nuevos *tokens*, sobre la base de estos estándares.

De hecho, dos de los proyectos estrella que impulsarían a los NFTs se desarrollarían sobre esta *blockchain* como pasamos a ver.

3. *Los dos proyectos clave de 2017*. El 2017 marcó un hito en la historia de los NFTs, en tanto que en este ejercicio se desarrollarían dos de los

¹²⁸ Para una explicación más detallada de esta primera etapa, recomendamos acudir a la explicación realizada por EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM TEAM, *Demystifying NonFungible tokens (NFTs)*, 29 de noviembre de 2021, accesible a través del siguiente enlace: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf

En particular, en el apartado 1.2 se explica, en esencia, lo siguiente: «*In this paper, a mechanism to take advantage of Bitcoin's «fungibility» by segregating a certain number of coins from the rest for special purposes, was explained. It was mentioned that adding «specialty» to coins by segregating them from the rest could help form niche applications within the Bitcoin blockchain.*

Within closed circles (also known as permissioned environments), users began adding additional data to transactions to include messages or other custom information (for example, adding third-party application IDs and hashed documents in Merkle Trees). As a result, a coin that had been customised through the addition of metadata (the rights to a physical-world asset that has been digitised and layered on top of Bitcoins on the blockchain) could be used to represent a real-world asset».

dos proyectos más representativos de este ecosistema; Cryptopunks y Cryptokitties.

- a) *Cryptopunks*. Los tecnólogos John Watkinson y Matt Hall lanzaron al mercado un proyecto conocido como Cryptopunks¹²⁹, sentando dos de las bases de los NFTs desarrollados hoy en día; la escasez y la rareza. En esencia, los Cryptopunks son una tirada limitada de 10 000 punks coleccionables, siendo cada uno de ellos un personaje nativo de la *blockchain* de Ethereum con una serie de atributos o características atribuidas que los hace únicos, sin que puedan existir dos iguales¹³⁰.
 - b) *Cryptokitties*. Ese mismo año llegó Cryptokitties, el primer juego virtual basado en el estándar ERC721 de Ethereum que presentaba versiones de dibujos animados de gatos y permitía a los jugadores «adoptar», «criar», «reproducir» y comerciar virtualmente con ellos. El juego saltó a la fama tras su lanzamiento durante el mayor *hackathon*¹³¹ de Ethereum del mundo, y, posteriormente, los usuarios empezaron a obtener grandes beneficios comerciando con gatos virtuales, incluso en un momento dado la actividad y el número de transacciones de Cryptokitties, este proyecto llegó a atascar la red de Ethereum¹³².
4. *Periodo entre 2018 y 2020*. Tras el furor de los Cryptokitties, en 2018 se volvió a vivir un segundo ciclo de crecimiento o *hype*, marcado (i) por la proliferación de los juegos llamados «*hot potato*»¹³³, como el caso de CyptoCelebrities; (ii) el imparable crecimiento de juegos con NFTs bajo el modelo «*play to earn*» como Axie Infinity (cuyo uso se vio claramente potenciado por el COVID-19, como ocurrió en el caso de Filipinas) o los juegos del ecosistema Enjin, y (iii) el lanzamiento de la mayor parte de las plataformas de acuñación e intercambio de NFTs o *marketplaces* de NFTs como Opensea, Super Rare, Nifty (2018), sin duda, actores clave en el auge de este tipo de criptoactivos, entre otros, en el ámbito del arte digital.

¹²⁹ Nombre que hace clara alusión a los primeros días de los cypherpunks de Bitcoin.

¹³⁰ Como se explica en EU *blockchain* OBSERVATORY AND FORUM TEAM, *Demystifying NonFungible tokens (NFTs)*, 29 de noviembre de 2021, tras la popularidad de Cryptopunks, se crearon otros proyectos de NFTs, sin embargo, los mismos no adquirieron popularidad hasta que ese término NFT se introdujo finalmente con la creación del estándar de *tokens* ERC-721 en la *blockchain* de Ethereum, utilizado en primera instancia por los Cryptokitties.

¹³¹ *Hackathon*: término usado en las comunidades *hacker* para referirse a un encuentro de programadores.

¹³² Para una mayor descripción del nacimiento y evolución de los Cryptokitties recomendamos acudir a FINZER, D., *op. cit.*

¹³³ Para profundizar en el concepto y funcionamiento de este tipo de juegos puede accederse al siguiente enlace: <https://opensea.gitbook.io/hot-potato-games>

Y así llegamos a 2021, el que es considerado como el ejercicio de la gran explosión de los NFTs. Y es que, como hemos mencionado anteriormente, los NFTs experimentan un excepcional nivel de crecimiento en este ejercicio, tal y como muestran, entre otros, los siguientes indicadores:

- (i) Según el informe sobre NFTs elaborado por CHAINANALYSIS, en 2021 el mercado global de los NFTs ha alcanzado un importe de ingresos de 26 900 millones de dólares¹³⁴
- (ii) Por su parte, si acudimos al NFT Market Report de NonFungible¹³⁵, nos encontramos con cifras muy significativas, entre la que cabe destacar el volumen de ventas (llegando a un número de transmisiones de 27 millones de transacciones), el número de monederos activos (por encima de 2 millones y medio). Pero lo realmente llamativo son los incrementos con respecto al año anterior, con tasas de crecimiento de 21 350 % en cuanto al volumen de dólares del mercado, 1 836% con respecto al volumen de ventas y 4 440 % en lo que se refiere a la capitalización de mercado.
- (iii) Probablemente el indicador que más llama la atención son las compraventas de NFTs por cifras astronómicas que se han producido en 2021 y que han saltado a los titulares de prensa. Por poner algunos ejemplos, y siguiendo a MOLENAAR¹³⁶, cabe destacar (i) la venta en diciembre de 2021 del NFT titulada *The Merge* de Pak por 91,8 millones de dólares en la plataforma Nifty Gateway; (ii) la venta en marzo de 2021 de la obra *Everydays: The First 5000 Days* del artista Beeple por 69,3 millones de dólares, y (iii) la transmisión en ese mismo mes por 2,9 millones de dólares de un NFT referenciado al primer tuit que se publicó en la plataforma Twitter por parte de su cofundador y director ejecutivo de Twitter en aquel momento, Jack Dorsey, con el mensaje «Configurando mi cuenta Twitter» (*Just setting up my Twitter*).

Con un crecimiento tan explosivo, y a la luz de cifras tan relevantes como las de las transacciones anteriores, no es de extrañar que muchos comiencen a plantearse la existencia de una eventual burbuja especulativa en torno a estos activos virtuales. Tanto es así, que en 2022 se han empezado a ver signos de agotamiento del mercado¹³⁷.

¹³⁴ CHAINANALYSIS, «The 2021 NFT Market Report» [en línea], enero 2022. Disponible en: <https://go.chainalysis.com/nft-market-report.html>

¹³⁵ «Yearly NFT Market Report 2021», al que se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://nonfungible.com/reports/2021/en/yearly-nft-market-report>

¹³⁶ MOLENAAR, K., *NFTs Statistics-Sales, Trends, and More (2022)* [en línea], 20 de enero de 2022. Disponible en: <https://influencermarketinghub.com/nfts-statistics/#toc-1>

¹³⁷ De hecho, ya hay quien compra esta caída con la explosión de las burbujas de las ICOS en 2018.

En el artículo de KRUPPA, CRIDDLE y BRADSHAW¹³⁸, de 23 de marzo de 2022, se pone de manifiesto, en base a los datos extraídos de Nonfungible, (i) que el precio medio de venta de un NFT ha caído más de un 48 % en marzo de 2022 desde el máximo alcanzado en noviembre de 2021; (ii) que el volumen diario de operaciones en OpenSea, se ha desplomado un 80 % a unos 50 millones de dólares en marzo (después de alcanzar un máximo histórico de 248 millones de dólares en febrero), y (iii) que se ha producido un descenso en el número de ventas que compran y venden NFTs¹³⁹. Tal y como se reproduce en este artículo, Mark Chrystal (fundador de Bored Capital Club) ha declarado en relación con esta evolución del mercado que: «*No creo que estemos asistiendo al final del mercado de los NFT, pero quizá estemos viendo el final del principio*».

Hoy en día, está por ver si este estancamiento es coyuntural, responde a una estabilización del mercado tras la explosión del año pasado, o se consolida como una pérdida estructural de interés por estos criptoactivos. Y es que, en función de a quién consultamos podemos encontrarnos con dos corrientes de opinión. Como exponen, WANI y E. LEE¹⁴⁰, la corriente crítica considera que las elevadas cantidades que se pagan por algunos de los NFT son un primer indicio de una posible burbuja especulativa que antes o después explotará, mientras que los defensores ven en estos criptoactivos una oportunidad única para transformar y mejorar diversos sectores a largo plazo.

Vista y entendida la tecnología subyacente, sus propiedades, y atendiendo a los múltiples casos de uso que luego veremos, lo que es difícilmente discutible es que los NFTs van mucho más allá que comprar un activo virtual por un valor para mantenerlo en cartera y venderlo en el corto y medio plazo por un precio superior al de su adquisición. De hecho, proyectos de NFTs bien concebidos pueden aportar verdadero valor y transformar determinados sectores o mercados.

¹³⁸ KRUPPA, M., CRIDDLE, C., y BRADSHAW, T., «¿Ha tocado techo la fiebre de los NFT?» [en línea], *Expansion*, 23 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2022/03/23/623303d4468aebf90a8b457d.html>

¹³⁹ En este mismo sentido, bajo el título *Un tercio de los NFT ya no vale nada. El desplome de las ventas augura el principio del fin de la burbuja*, PÉREZ, E., también pone de manifiesto algunos indicadores preocupantes sobre la evolución de los mercados de los NFTs que corroboran esta tendencia bajista en 2022.

Entre ellos, este autor indica que «*las ventas de NFTs se desploman un 67 % en marzo de 2022*» y se remite al estudio efectuado por la consultora de *blockchain* Nansen para afirmar que «*un tercio de los NFTs no vale nada y otro tercio de ellos se está comercializando por debajo del coste de acuñar los propios tokens*».

PÉREZ, E., «Un tercio de los NFT ya no vale nada. El desplome de las ventas augura el principio del fin de la burbuja», 29 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.xataka.com/criptomonedas/tercio-nft-no-vale-nada-desplome-ventas-augura-principio-fin-burbuja>

En cuanto al informe de la firma NANSEN, puede consultarse en: <https://www.nansen.ai/research/nft-minting-behavior-data>

¹⁴⁰ WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): «Non-Fungible *tokens* (NFTs): Legal, tax and accounting considerations you need to know» [en línea], diciembre 2021. Disponible en: <https://www.pwchk.com/en/research-and-insights/fintech/nfts-legal-tax-accounting-considerations-dec2021.html>

En este contexto, y de cara a futuro, se considera que los NFTs constituyen una herramienta fundamental dentro del desarrollo de los metaversos y la denominada Web 3. Así, según los expertos, los NFTs están llamados a desempeñar un papel integral en la identidad, la comunidad y las experiencias sociales en los metaversos¹⁴¹ y, tal y como expone MALDONADO¹⁴², constituyen una herramienta clave en las economías de estos.

Por su parte, también se destaca el rol de los NFTs en el desarrollo de la Web 3, caracterizada por la desintermediación, la interoperabilidad de las plataformas, y la propiedad de los datos e información por parte de los usuarios. En palabras de JULIA, N.¹⁴³, los NFTs *«son una de las tecnologías que permitirán a los usuarios experimentar el potencial de la Web3. Y sin duda serán la herramienta que verdaderamente permitirá gestionar los intercambios económicos en una nueva realidad totalmente intangible. Y esto no es poca cosa»*.

2. Ecosistema de los NFTs: casos de uso

Sin perjuicio de que nos encontramos ante un ecosistema en constante evolución, algunos de los casos de uso más destacados que se han explorado hasta ahora con NFTs son los siguientes:

1. *Coleccionables*. La escasez es una propiedad deseada para cualquier objeto coleccionable. Asimismo, la inmutabilidad y la transparencia que ofrecen los NFTs constituyen complementos ideales para que uno de los casos de uso con mayor aceptación hayan sido los objetos de colección (físicos o virtuales).

Siguiendo a CALLEJO¹⁴⁴, como ejemplos representativos de este primer caso de uso podemos mencionar las colecciones de Cryptopunks, Cryptokitties, las colecciones de dibujos de monos Bored Ape Yatch Club, Meetbits, o Cool Cats.

2. *Videojuegos*. En el ámbito de los videojuegos, los NFT pueden servir como certificados digitales de logros o de propiedad de artículos en el

¹⁴¹ Como se exone en el Blog de Binance de 8 de diciembre de 2021, al que se puede acceder aquí: <https://www.binance.com/es/blog/nft/por-qu%C3%A9-los-nft-son-la-clave-para-acceder-al-metaverso-421499824684903085>

¹⁴² MALDONADO, J., *Te contamos el papel que desempeñan los NFT en la construcción de los metaversos* [en línea], 25 de enero de 2022. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/metaverso/te-contamos-el-papel-que-desempenan-los-nft-en-la-construccion-de-los-metaversos/>

¹⁴³ JULIA, N., *El papel de los NFT en la Web 3* [en línea], 21 de marzo de 2022. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/11678150/03/22/El-papel-de-los-NFT-en-la-Web3.html>

¹⁴⁴ CALLEJO, G., «Las 5 colecciones de NFT que más dinero han movido en la historia» [en línea], *observatorioblockchain.com*, 6 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/las-5-colecciones-de-nft-que-mas-dinero-han-movido-en-la-historia/>

mundo virtual y en el ecosistema del juego (personajes, *skins*, avatares, armas, etc.).

Hasta ahora, en los videojuegos tradicionales, se permitía adquirir todos estos objetos digitales para ser utilizados durante el desarrollo y la experiencia de juego dentro del mismo. Sin embargo, si se dejaba de utilizar ese videojuego, esa inversión dentro del juego se perdía y lo mismo podía ocurrir si se producía un cambio en las condiciones y servicios de ese juego o los desarrolladores decidían retirar el videojuego del mercado.

Los NFTs impulsan el potencial de estos videojuegos (i) al proporcionar registros de propiedad para los objetos del juego que pueden comercializarse fuera de este; (ii) al alimentar las economías del juego, y (iii) al aportar una serie de beneficios a jugadores y desarrolladores. Para los jugadores, los NFTs pueden permitir potencialmente el comercio de tales artículos a través de un mercado abierto, permitiéndoles recuperar el dinero invertido o que los NFTs sobrevivan a los propios juegos como objetos coleccionables con un valor intrínseco. Los desarrolladores de juegos, como emisores de NFT, podrían ganar un canon cada vez que un NFT se revenda en el mercado abierto, creando economías rentables y modelos de negocio en el que tanto los jugadores como los desarrolladores se vean beneficiados¹⁴⁵.

Es en este contexto en el que han aparecido el modelo de los juegos denominados *play to earn*¹⁴⁶, con Axie Infinity como máximo exponente, pero en el que se pueden destacar otros como God Unchained, Cryptominers, Arc 8, Alien Worlds, Splinterlands, Samurai Doge, Illuvium, Lost Relics, o Gold Fever¹⁴⁷.

3. *Música y arte digital*. Los artistas creadores de contenidos de distinta clase también se encuentran entre los que más pueden beneficiarse de estos nuevos criptoactivos. Así, siguiendo a WANI y E. LEE¹⁴⁸, gracias a los NFTs, artistas que en su día no tenían la posibilidad de llegar a un gran público podrían vender sus obras sin necesidad de formar parte de una exitosa exposición de arte o un famoso sello discográfico.

Por ejemplo, los músicos pueden vender como NFT álbumes tradicionales, *bonus tracks* o entradas únicas, en las que estos criptoactivos actúan como un certificado de propiedad que los creadores venden a su

¹⁴⁵ En este sentido, y para una mayor información, recomendamos acudir a la siguiente dirección: <https://ethereum.org/en/nft/>

¹⁴⁶ Se puede profundizar en el modelo de negocio de los juegos *play to earn*, sus características y ejemplos prácticos en el artículo de MOLINA, D., *10 increíbles juegos NFT con los que ganar dinero*, de 8 de marzo de 2022, accesible a través del siguiente enlace: <https://www.iebschool.com/blog/juegos-nft-tecnologia/>

¹⁴⁷ Algunos de estos juegos son mencionados por parte de MALDONADO, J., *Los 5 mejores juegos Play to Earn para ganar criptomonedas y NFT*, de 1 de noviembre de 2021 y al que se puede acceder en el siguiente link: <https://observatorioblockchain.com/nft/los-5-mejores-juegos-play-to-earn-para-ganar-criptomonedas-y-nft/>

¹⁴⁸ WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): *op. cit.*

público, fomentando su relación con este. Adicionalmente, la programabilidad de los NFTs permite que los fondos pagados (o una parte de ellos) por sucesivos compradores del mercado secundario pueden ir a parar al creador inicial en concepto de canon sin tener que repartir grandes partes de los beneficios con las discográficas, los agentes musicales u otros intermediarios. Además, dado que un NFT ofrece la posibilidad de rastrear el uso y la propiedad del NFT a lo largo de todo su ciclo de vida, da al creador la posibilidad de comprometerse continuamente con el propietario mediante el suministro de contenidos adicionales después de la venta.

Como ejemplos en el mercado, cabe destacar (i) la subasta por parte de la banda Kings of Leon de una colección de NFTs titulada *NFT yourself* como parte del paquete promocional de su nuevo álbum, la cual superó los 2 millones de euros en ventas¹⁴⁹, o (ii) la venta de una colección de NFTs por parte de Maroon 5¹⁵⁰. Asimismo, también encontramos *marketplaces* especializados en la industria musical como YellowHeart¹⁵¹, o plataformas de música de *streaming* descentralizadas como Audius, Sound o OneOf¹⁵².

Los creadores de obras de arte digital también pueden beneficiarse de las ventajas anteriormente señaladas, entre las que cabe destacar (i) la programación de cánones por reventas que representa para estos artistas una remuneración adicional por su trabajo creativo, y (ii) la posibilidad de acceder a distintos mercados y conectar directamente al artista con el comprador sin la necesidad intermediarios como galerías o casas de subastas. Tanto es así que las famosas casas de subastas Christie's y Sotheby's, entre otras, han comenzado a organizar subastas de NFTs. Entre los artistas digitales que emplean NFTs más reconocidos cabe destacar a Beeple, (formalmente conocido como Mike Winkelmann) SlimeSunday o Pak¹⁵³, y en el panorama nacional cabe señalar a Javier Arres.

4. *Arte físico*. Tal y como establecen WANI y E. LEE¹⁵⁴, el enfoque tradicional para la prueba de autenticidad de las obras de arte físicas implica la participación de varios expertos, lo que suele ser largo y costoso. La transparencia de *blockchain* tiene el potencial de permitir

¹⁴⁹ Tal y como expone VANCEI, M., «Colección de NFTs de Kings of Leon supera los USD 2 millones en ventas» [en línea], www.criptonoticias.com, 13 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/comunidad/entretenimiento/coleccion-nft-kings-of-leon-supera-2-millones-ventas/>

¹⁵⁰ Como se puede ver en el siguiente enlace: <https://yh.io/nft-collection/maroon-5-nft-collection/5>

¹⁵¹ Accesible a través del siguiente enlace: <https://yh.io/>

¹⁵² Tal y como expone MALDONADO, J., «Las 5 plataformas que están revolucionando la industria de la música con *blockchain* y NFT» [en línea], observatorioblockchain.com, 26 de abril de 2022. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/las-5-plataformas-que-estan-revolucionando-la-industria-de-la-musica-con-blockchain-y-nft/>

¹⁵³ Para una mayor información acudir a: <https://acrilicofluido.com/arte-digital-criptoarte-nft/artistas-nft-famosos/>

¹⁵⁴ WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): *op. cit.*

a los inversores rastrear las transacciones de NFTs, asociadas a una obra de arte específica, hasta el creador original¹⁵⁵ para verificar dicha autenticidad.

Aparte del beneficio que supone para los titulares de NFT la prueba de propiedad de una obra de arte auténtica, la «tokenización» de estos activos puede hacer evolucionar el funcionamiento del mercado. Por ejemplo, los contratos inteligentes vinculados a los NFTs pueden incluir cláusulas relativas al porcentaje que se abonará a la cuenta del creador original por cada transacción, garantizando que los artistas sean tratados y compensados de forma justa.

Por otro lado, como explican AGUSTINOY y RAMÍREZ¹⁵⁶ ante la pérdida de ingresos sufridas por parte de los museos, sus gestores se le han ido sumando iniciativas que pretenden monetizar sus fondos de obra a través de la comercialización de versiones «tokenizadas» de obras incluidas en sus respectivos fondos. En palabras de estos autores «*hace unos pocos meses la Galleria degli Uffizi de Florencia anunció que había vendido por 140.000 euros una reproducción digital de altísima resolución y única (autenticada por medio de un NFT) del cuadro «Tondo Doni» de Miguel Ángel. De un modo parecido, el museo Hermitage de San Petersburgo ingresó 440.000 dólares estadounidenses tras realizar el pasado 7 de septiembre una subasta de la versión digitalizada y autenticada en NFTs de cinco obras de sus fondos, de autores tan universales como el mismo Miguel Ángel, Leonardo da Vinci, Kandinsky, Monet o Van Gogh.*

5. *Deportes.* Cada vez resulta más frecuente que tanto marcas como equipos deportivos se asocien con empresas de criptografía para ofrecer a sus seguidores una nueva forma de reforzar su compromiso con sus atletas y equipos favoritos. Los elementos subyacentes a los que pueden estar referenciados estos NFTs van desde tarjetas de jugadores hasta videos o *gifs* de momentos destacados del deporte. Entre los proyectos más destacados cabe destacar los siguientes:

- a) *NBA Top Shots.* La NBA concedió en su día al desarrollador Dapper Labs la licencia para crear Top Shot, un contenido coleccionable con formato digital que permite a los aficionados comprar, coleccionar e intercambiar un número predefinido de videoclips con licencia oficial de jugadores de la NBA y otros momentos destacados¹⁵⁷. En menos de un año desde su lanzamiento, ya ha alcanzado más de 700 millones de dólares en ventas totales y más de un millón de usuarios.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de la ya comentado sobre la dificultad de vincular la dirección pública con la persona física que hay detrás.

¹⁵⁶ AGUSTINOY, A. y RAMÍREZ, P., «Cómo los NFTs cambiarán los museos y el arte en general» [en línea], www.cuatrecasas.com. Disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/como_nfts_cambiaran_museos_arte_general

¹⁵⁷ Accesible a través del siguiente enlace: <https://nbatopshot.com/>

- b) Este mismo camino ha sido seguido (i) por la Liga Nacional de Fútbol American (NFL) que también se ha asociado con Dapper Labs para emitir resúmenes virtuales como NFT que pueden ser un GIF o un vídeo en lugar de una foto fija¹⁵⁸, y (ii) por la *Major League de Baseball*, que se ha asociado con la empresa desarrolladora Candy Digital para emitir diferentes colecciones de NFTs¹⁵⁹.
- c) Siguiendo la referencia del mercado estadounidense, en el ámbito del fútbol, la competición británica de fútbol (*Premier League*) ha sacado a concurso la licencia oficial de sus NFTs¹⁶⁰, mientras que la *Bundesliga* ya ha acordado lanzar su colección de NFTs con la plataforma Sorare¹⁶¹.
- d) En España, la Liga ya ha lanzado una colección de NFTs de todos sus jugadores tras el acuerdo con Sorare¹⁶², la plataforma basada en tecnología *blockchain*, especializada en NFTs coleccionables del ámbito futbolístico¹⁶³. Del mismo modo, el Fútbol Club Barcelona tiene proyectado lanzar su propia colección de NFTs como fuente adicional de ingresos¹⁶⁴.

Nótese que, además de ser simples objetos de colección deportiva, se espera que algunos de los NFTs que se están empezando a desarrollar puedan utilizarse en juegos de ficción en el futuro, lo que proporciona a los coleccionistas una mayor utilidad. Además, empresas deportivas como Nike, también han comenzado a investigar los metaversos y los posibles usos de potenciales colecciones de sus productos en ellos como NFTs¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Accesible a través del siguiente enlace: <https://nflallday.com/>

¹⁵⁹ Tal y como puede leerse en: <https://ultcoin365.com/es/mlb-and-candy-digital-have-expanded-their-nft-cooperation/>

¹⁶⁰ Operación que ha sido recogida en prensa, entre otras, en la siguiente noticia: <https://www.palco23.com/competiciones/la-premier-league-se-abre-a-los-nft-saca-a-concurso-los-token-por-434-millones>

¹⁶¹ De acuerdo, entre otras con la siguiente noticia: <https://es.beincrypto.com/liga-futbol-alemana-bundesliga-sorare-lanzan-coleccion-nft/>

¹⁶² Lo mismo ha ocurrido con la *Bundesliga*, como puede leerse aquí: <https://es.beincrypto.com/liga-futbol-alemana-bundesliga-sorare-lanzan-coleccion-nft/>

¹⁶³ Para más información de este proyecto puede accederse aquí: <https://observatorioblockchain.com/nft/la-liga-lanzara-nfts-de-todos-sus-jugadores-de-la-mano-de-sorare/> o aquí: <https://www.xataka.com/criptomonedas/laliga-entra-mundo-nfts-primera-gran-competicion-futbol-ofrecer-cromos-virtuales-todos-sus-jugadores>

¹⁶⁴ Como puede verse en la siguiente noticia: <https://www.sport.es/es/noticias/barca/barca-entrara-mundo-nft-13313407>

¹⁶⁵ Por ejemplo, se ha informado de que Nike está planeando lanzar zapatillas digitales a través del metaverso. Para ello ha adquirido la entidad RTFK Studios, con el objetivo de expandir su línea de productos en el metaverso permitiendo a la gente coleccionar calzado digital para su avatar en este ecosistema digital. Para más información, recomendamos acceder a: <https://www.neo2.com/nike-compra-rtfkt-metaverso/>

6. *Entradas y autorización de acceso.* Los NFTs pueden desempeñar un papel fundamental para verificar la identidad de los invitados a eventos o lugares, como centros de trabajo, educativos, instituciones. Adicionalmente, el uso de NFT como entradas para eventos podría ayudar a prevenir la falsificación, atendiendo a las características inherentes de estos criptoactivos.

En realidad, cualquier forma de prueba que permita a los titulares acceder a determinados eventos, programas informáticos, billetes de avión, etc., puede acuñarse y crearse utilizando NFT únicos. Como explican WANI y E. LEE¹⁶⁶, la programabilidad de los NFTs ofrece un amplio abanico de posibilidades para incorporar diferentes funcionalidades en este tipo de NFT. Por ejemplo, sería posible programar el valor de las entradas para que su precio varíe en función de la demanda, garantizando que se utilice todo el aforo y que los organizadores de eventos o los proveedores de servicios maximicen sus ganancias.

Finalmente, como acertadamente señala WILSER¹⁶⁷, estas entradas en formato NFT también pueden convertirse en recuerdos coleccionables que podrían aumentar su valor con el tiempo y ser vendidos en un futuro en una plataforma.

Como ejemplo práctico, podemos destacar los NFTs asignados por la NFL a los asistentes de la *Super Bowl* como recuerdos digitales personalizados que indicaban la sección, fila y asiento¹⁶⁸. Asimismo, también se puede poner como ejemplo los NFTs que dan acceso al restaurante neoyorkino FlyFish Club, al que se ha hecho referencia antes.

7. «Tokenización» de bienes físicos. Con carácter general, la «tokenización» de objetos físicos aún no está tan desarrollada como la de sus homólogos digitales. Pero muchos proyectos ya comienzan a explorar la «tokenización» de bienes inmuebles, artículos de moda únicos, etc. Y es que, el concepto de prueba de propiedad a través de la creación de NFTs también puede aplicarse a activos con sustancia física, como terrenos, edificios y joyas.

Esto puede beneficiar potencialmente a la liquidez de varios activos e incluso habilitar el desarrollo de proyectos con propiedad fraccionaria¹⁶⁹. Además, no es descartable que la inmutabilidad de los registros propia de la tecnología *blockchain* pueda reemplazar en un futuro (que se anticipa lejano aún) el actual enfoque centralizado y burocrático utilizado para el registro de títulos de propiedad o cualquier otra forma de documentos de validación de la propiedad.

¹⁶⁶ WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): *op. cit.*

¹⁶⁷ WILSER, J., *15 NFT Use Cases That Could Go Mainstream* [en línea], 14 de octubre de 2021, Disponible en: <https://www.coindesk.com/business/2021/10/14/15-nft-use-cases-that-could-go-mainstream/>

¹⁶⁸ Para más información, puede consultarse CREIGHTON, J., *How NFTs Took Over the Super Bowl* [en línea], 13 de febrero de 2022. Disponible en: <https://nftnow.com/news/nfts-at-super-bowl-lvi/>

¹⁶⁹ Para mayor información puede acudir al siguiente enlace: <https://observatorioblockchain.com/nft/casos-de-uso-de-los-nft-en-el-sector-inmobiliario-prestamos-musica-o-logistica/>

Como supuesto práctico en este campo, cabe destacar a la plataforma Propy¹⁷⁰, que integrando la tecnología *blockchain* y los NFTs con el sector inmobiliario, subasto por primera vez una posición jurídica sobre un inmueble físico situado en Florida, por 650 000 dólares. Como bien puntualiza MUÑOZ GARCÍA¹⁷¹, *«el proceso consiste en transferir la propiedad de la casa a una LLC, la cual es objeto de subasta» de forma que, en palabras de este autor «(...) lo que se adquiere, en términos de derecho real, son los títulos representativos de la sociedad, cuyo activo es el inmueble, que no cambia de titularidad».*

8. *Medios de comunicación.* Tal y como explica FERNÁNDEZ¹⁷², no es descartable, que en un futuro no demasiado lejano, gran parte de los contenidos de los medios de comunicación se comercialicen en formato NFT. A día de hoy, algunos medios de comunicación han empezado a manifestar su interés por los NFTs, como como es el caso del semanario internacional *The Economist*, que el 25 de octubre de 2021 subastó su primer NFT referenciado al original digital de la Portada de 18 de septiembre de 2021 *Down the rabbit hole* dedicada a las finanzas descentralizadas¹⁷³, (ii) o la revista *Time* que subastó en marzo de 2021 en la plataforma Superrare, tres NFTs vinculados a las tres portadas más icónicas de la historia de esta publicación¹⁷⁴.

Siguiendo con esta tendencia, en España se comercializó por primera vez como un NFT la portada del suplemento de fin de semana *XL Semanal* del periódico *ABC*, publicada el 25 de octubre de 2021. Tal y como expone ESPÍN, I.¹⁷⁵, el NFT referenciado a esta portada (cuyo artista es el ya mencionado Javier Arrés) y fue vendido por el autor en un *marketplace* por casi 26 000 dólares.

Otros proyectos no relacionados con los medios de comunicación, como la plataforma Wenew de Bepple, pretenden colocar los momentos más célebres de la historia en *blockchain*, permitiendo a los coleccionistas

¹⁷⁰ Se puede acceder a esta plataforma en el siguiente enlace: <https://propy.com/browse/first-us-real-estate-nft/>

¹⁷¹ MUÑOZ GARCÍA explica que se pueden encontrar en el siguiente *post* de LinkedIn: https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6898875998864322560?updateEntityUrn=urn%3Ali%3Afs_feedUpdate%3A%28V2%2Curn%3Ali%3Aactivity%3A6898875998864322560%29

¹⁷² FERNÁNDEZ, C., «¿Por qué los medios de comunicación también venderán sus contenidos en formato NFT?» [en línea], *Observatorio blockchain*, diciembre 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/por-que-los-medios-de-comunicacion-venderan-en-formato-nft-sus-contenidos/#:~:text=Los%20NFTs%20tienen%20la%20capacidad,un%20contenido%20creado%20por%20un%20C3%A9>

¹⁷³ Tal y como explica FERNÁNDEZ en «The Economist subasta hoy como NFT una portada dedicada a las DeFi», *observatorioblockchain.com* [en línea], 25 de octubre de 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/the-economist-subasta-hoy-como-nft-una-portada-dedicada-a-las-defi/>

¹⁷⁴ Como puede verse en: <https://time.com/5948741/time-nft-covers/>

¹⁷⁵ ESPIN, I., *23.000 euros por esta imagen De XLSEMANAL* [en línea], 24 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.abc.es/xlsemanal/a-fondo/nft-javier-arres-primera-portada-espanola-javier-arres-arte-digital-subasta.html>

poseer y transmitir los NFT de los momentos más célebres de la música, la moda, los deportes y la política.

9. *Educación e investigación.* La autenticidad de los logros educativos y los títulos es de vital importancia no solo para la industria de la educación, sino también para el mundo empresarial y profesional en general.

Como exponen WANI y E. LEE¹⁷⁶, la «tokenización» de los certificados puede demostrar la autenticidad de los documentos a terceros sin necesidad de contactar con el emisor. La propiedad literaria también puede verse protegida a través de los NFTs, mejorando el valor de la actividad investigadora.

A título de ejemplo, en España, según Ibercampus¹⁷⁷, los títulos universitarios tardan hasta dos años en ser emitidos con el sello oficial. Ante este panorama, centros de formación superior universitarios como la Carlos III de Madrid (UC3M), la escuela de negocios ISDI, han comenzado a certificar sus titulaciones con la tecnología *blockchain*. En esta misma línea, la Universidad de Alicante, la Universidad Pontificia de Comillas, o la Universidad San Pablo CEU, ya disponen de sus propios nodos universitarios *blockchain* y empiezan a investigar la aplicación y posibilidades de esta tecnología.

10. *Moda.* El sector de la moda puede utilizar los NFT para facilitar la verificación de la procedencia de sus productos. Existe un problema persistente de imitación con los artículos de lujo, y muchos usuarios que compran a un vendedor externo no tienen forma de saber si el producto es auténtico o no. Los NFT pueden ayudar a reducir los problemas de falsificación ofreciendo una prueba sólida de autenticidad a los compradores. Las empresas de moda también pueden ofrecer *tokens* por los productos comprados que pueden venderse en los mercados de NFT.

Como ya se ha ido adelantando, estos casos de uso evolucionarán con toda seguridad en un futuro, incorporando nuevas utilidades de los NFTs, sin ir más lejos, en los metaversos y en el desarrollo de la llamada Web 3.

3. Mercados y carteras de NFT

Una de las claves del auge de los NFTs y de la rápida adopción de estos por parte del público generalizado es la proliferación y desarrollo de los mercados o plataformas de acuñación y negociación de NFTs, con interfaces sencillas e intuitivas que constituyen una verdadera puerta de entrada a los usuarios para comprar y vender los activos digitales.

¹⁷⁶ WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): *op. cit.*

¹⁷⁷ Según el *post* de Ibercampus, de 25 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.ibercampus.es/las-universidades-espanolas-implantan-blockchain-37707.htm>

Para operar en ellas, es necesario disponer de un monedero criptográfico o *wallet*, que almacenan las claves (público y privadas) que permiten acceder al saldo con el que intervenir en estas plataformas.

A continuación, expondremos los mercados y carteras de NFTs más relevantes.

3.1. Principales mercados de NFT

Como ya sabemos se puede «tokenizar» cualquier elemento digital, desde objetos de colección hasta documentos escritos, por lo tanto, según el tipo de activo que se quiera comprar, vender o crear se deberá acudir a un mercado o a otro.

Algunos mercados ofrecen soporte para una amplia gama de NFTs, mientras otros presentan entornos más restringidos.

Existen multitud de *marketplaces* para comprar y vender NFTs. Actualmente podemos destacar, OpenSea, Rarible, Foundation, SuperRare, AtomicMarket, Myth Market, BakerySwap, Knownorigin, Enjin Marketplace, Portion, Async Art, Nifty Gateway, Decentraland, Zora, Mintable, entre otros.

Sin embargo, de los anteriormente mencionados, hoy en día, los más representativos son:

1. *OpenSea*. Actualmente, es el líder de ventas y el *marketplace* más grande del mundo. Cuenta con un amplio abanico de activos digitales en la plataforma (34 millones de NFTs a la fecha de emisión de este artículo¹⁷⁸), y ofrece un servicio de registro gratuito.

La plataforma también apoya a los creadores y artistas con un proceso fácil para crear o acuñar NFTs. Además, crear un NFT en OpenSea es totalmente gratis ya que no requiere ningún tipo de comisión, sin perjuicio de que la plataforma posteriormente cobra un 2,5 % del precio de la venta si consigues vender tu NFT. Por otra parte, a la hora de poner el NFT a la venta debes pagar el *gas fee* para subirlo a la *blockchain*, pero únicamente se paga esta tarifa por la publicación del primer NFT, si se suben más, no será necesario volver a pagarlo¹⁷⁹.

Esta plataforma es compatible con las *blockchains* Ethereum, Polygon y Klaytn y admite gran variedad de formatos (imagen, vídeo, 3D y activos físicos y no físicos).

¹⁷⁸ RAHUL N., «¿Dónde comprar NFT? Los mejores marketplaces de *tokens* no fungibles» [en línea], *Be In Crypto*, enero 2022. Disponible en: <https://es.beincrypto.com/aprende/donde-comprar-nft-mejores-marketplaces/#opensea>

¹⁷⁹ CALLEJO, G., «Las 5 mejores plataformas para crear, vender y comprar NFTs», Observatorio *blockchain*, septiembre 2021, [en línea]. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/las-5-mejores-plataformas-para-crear-vender-y-comprar-nfts/>

2. *Nifty Gateway*. Se diferencia del resto de plataformas en que comprar NFTs es mucho más accesible para la gente de fuera del mundo cripto, ya que se puede hacer mediante tarjeta de débito o crédito. Sin embargo, no es tan accesible a la hora de entrar a vender en la plataforma, ya que para acceder a ella se debe solicitar la admisión a través de una invitación¹⁸⁰. De hecho, para poder vender en Nifty es necesario superar un cuestionario y una entrevista.

Esta plataforma cobra una comisión del 15 % por vender NFTs, siendo esta una de las tasas más altas de los *marketplaces*¹⁸¹.

Nifty Gateway no está completamente descentralizada teniendo en cuenta los activos digitales se almacenan en la plataforma en lugar de en la cadena *blockchain*. En este mercado, los usuarios pueden comprar y vender música, tarjetas deportivas, artículos de juego, entre otros y colabora con varios artistas de primera línea ofreciendo NFTs de edición limitada.

2. *Rarible*. Tiene una interfaz muy similar a OpenSea, ofrece un mercado masivo para diferentes tipos de NFTs y destaca por su fácil funcionamiento.

Rarible cobra una tarifa del 2,5 % cada vez que se realiza una venta. Sin embargo, esta plataforma también cobra un 2,5 % al comprador, por lo que cobra en total un 5 % en comisiones por cada venta¹⁸². Además, se debe pagar un gas *fee* por cada NFT que se quiera poner a la venta.

Una ventaja que ofrece Rarible es que cuenta con su propio *token*: RARI, creando un sistema de incentivos para usar este *marketplace*.

Es una plataforma que, como las anteriores, permite vender, comprar y acular NFTs referenciados a arte, objetos de colección, música y vídeos. Admite más de 20 criptomonedas, algunas de las cuales incluyen ETH, DAI, RARI y USDC. Además, Rarible ha colaborado con empresas famosas como Adobe y Tacobell, colaboraciones que han permitido impulsar este mercado de NFTs.

¹⁸⁰ GRANADOS, A., *Marketplaces de NFTs: la guía completa*, NFT esp, marzo 2021, [en línea]. Disponible en: <https://www.nftesp.com/post/marketplaces-nfts-guia-completa>

¹⁸¹ BANULESCU, E.: «Nifty Gateway Review: Everything you need to know», [en línea], *Be In Crypto*, febrero 2022. Disponible en: <https://beincrypto.com/learn/nifty-gateway-review/>

¹⁸² RAHUL, N., *op. cit.*

Tabla comparativa de los principales mercados de NFTs

Características/ Plataforma	OpenSea	Nifty Gateway	Rarible
Tipos de venta	• Subastas • Precio fijo • Mejor oferta	• Subastas • Precio fijo	• Subastas • Precio fijo
Tarifas (<i>Fees</i>)	Vendedor: 2,5% tarifa de servicio + gas fees	Vendedor: 5 % tarifa de servicio + 0,30 USD +10 % tarifa para el artista	Vendedor: 2,5% tarifa de servicio Comprador: 2,5% tarifa de servicio
Blockchain	Ethereum, Polygon y Klaytn	Ethereum	Ethereum
Cryptomonedas	\$ETH, \$WETH, \$DAI	\$ETH, Fiat vía Credit Card / Debit Card	\$ETH; \$WETH; \$DAI; \$ATRI; \$RARI
Formato de archivo compatible	• Imagen: JPEG, PNG, GIF, GLB/ GLTF • Audio: MP3, WAV • Video: MP4, WEBM	• Imagen: JPEG, PNG, GIF, WEBP • Audio: MP3 • Video: MP4, WMV	• Imagen: JPEG, PNG, GIF, WEBP • Audio: MP3 • Video: MP4, WMV
Tamaño máximo del archivo	100MB	N/A	30MB
Categorías dominantes	Arte, música, utilidades, coleccionables, tarjetas coleccionables, deportes, mundos virtuales, dominios	Cripto arte	Arte, coleccionismo de juegos, tarjetas coleccionables, deportes, música, fotografía, metaverso, dominios, memes
Nota	Mercado más grande	Invitación necesaria	<i>Token</i> nativo: RARI

Fuentes: Cuadro elaborado a partir de la información de las páginas webs de VisionaryArt.io y Nftartexhibition¹⁸³.

¹⁸³ VISIONARYART.IO NFT, *NFT Marketplace Comparison* [en línea]. Disponible en: <https://visionaryart.io/nft/marketplace-comparison/> y NFT CURATOR TEAM, *A Complete Comparison of major NFT Marketplaces –Fees, Features, Functions and Market Sizes*, Nftartexhibition, noviembre 2021, [en línea]. Disponible en: <https://nftartexhibition.net/wp-content/uploads/2021/06/chart.png>

3.2. Principales carteras o *wallets* para almacenar NFTs

Después de hacer una descripción de las plataformas, haremos una breve referencia a los monederos criptográficos o *wallets*. En términos simplificados, la palabra *wallet* hace referencia a una cartera, billetera o monedero virtual en el que podemos almacenar y gestionar nuestros criptoactivos (aunque en realidad, lo que se almacenan son claves criptográficas). En concreto, un *wallet* no deja de ser un *software* o *hardware* diseñado exclusivamente para almacenar y gestionar las claves públicas y claves privadas asociadas a estos criptoactivos.

El nivel de seguridad de un monedero dependerá del tipo de *wallet* que se utilice¹⁸⁴. Siguiendo a LICHTIGSTEIN¹⁸⁵, los monederos criptográficos o *wallets* más frecuentemente utilizados para almacenar y transferir NFTs son monederos en línea o *hot wallets*¹⁸⁶, entre los que destacan los siguientes:

1. *MetaMask*. Es el monedero más completo en todo lo relacionado con Ethereum. Permite almacenar los *tokens* ETH, ERC-721 y ERC-20. Su principal ventaja es la facilidad para interactuar con mercados como Rarible y OpenSea. También se puede adaptar a los *hardware wallets*.

¹⁸⁴ Dentro de los mismos, una clasificación generalmente aceptada distingue entre los siguientes tipos de *wallets*:

- (i) *Hardware wallet*. Son dispositivos físicos que permiten operar con criptomonedas, los podemos conectar a nuestros dispositivos por medio de conexión USB o NFC. Se considera la opción más segura, ya que las claves se almacenan en dicho dispositivo.
Suelen ofrecer soporte para múltiples criptomonedas, es decir, podrán ser adaptados para varios tipos de criptomonedas de forma sencilla. Entre los *hardware wallets* más conocidos están Trezor y Ledger.
- (ii) *Cold wallets* o monederos fríos. Son monederos *software* que tienen como finalidad mantener seguras las claves que contiene. El *software* se suele instalar en un ordenador aislado de Internet y genera dos monederos junto a un sistema de actualización de cuenta. El primer monedero, que contiene las claves privadas se mantiene desconectado de Internet, mientras que el segundo, que solo contiene la clave pública (que por sí sola no es suficiente para autorizar operaciones con los criptoactivos almacenados) está conectado a Internet con el fin de poder obtener toda la información y ver nuestro estado de cuenta.
La seguridad de estos monederos es relativamente alta, debido a que nuestras claves privadas nunca estarán en un dispositivo conectado a Internet, por lo que es mucho más complicado acceder a ellas.
- (iii) *Hot wallets* o monederos calientes. Son un tipo de monederos que almacenan las claves privadas en lugares que siempre están conectados a Internet. Es un tipo de *wallet* muy común, ampliamente utilizado para el almacenamiento y gestión de los criptoactivos, siendo su principal utilidad que ofrecen un rápido y cómodo acceso debido a su constante conexión a la red. Sin embargo, esto representa también un mayor riesgo comparadas con otros tipos de *wallets*, siendo menos seguros que los dos tipos anteriores.

Es por ello que no se recomienda almacenar grandes criptoactivos por una gran cantidad de valor en este tipo de *wallets*.

MALDONADO, J., «Qué son los wallets y cómo usarlos para iniciarte en las criptomonedas» [en línea], *Observatorio blockchain*, abril 2022. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/ciberseguridad/todo-lo-que-debes-saber-de-los-wallet-para-iniciarte-con-las-criptomonedas/>

¹⁸⁵ LICHTIGSTEIN, A., *op. cit.*

¹⁸⁶ Con los inconvenientes en materia de seguridad asociados a estos.

2. *Trust Wallet*. Es otro de los monederos criptográficos que ofrece comprar, almacenar, intercambiar y ganar criptomonedas. En este momento, es compatible con más de 40 plataformas de *blockchain* y más de 160 000 activos digitales. También soporta el almacenamiento de los *tokens* ERC-721 y ERC-1155 y se puede usar en los mercados Open-Sea y Rarible.
3. *Enjin Wallet*. Esta cartera es otra de las opciones de renombre. Es compatible con *tokens* ERC-1155. Su ventaja es un valor adicional en la compatibilidad ya que se puede adaptar a los *hardware wallets*. Tiene múltiples funcionalidades, como el comercio en los centros comerciales y el programa dApp, lo que la convierten en una opción competitiva de cartera de NFTs.

Tabla comparativa de los principales monederos para almacenar NFTs.

Características/Tipo	MetaMask*	Trust Wallet ¹⁸⁷	Enjin Wallet ¹⁸⁸
Tipos de monedero	De custodia propia	De custodia propia	De custodia propia
Tarifas (<i>Fees</i>)	Gratis	Gratis	Gratis
<i>Blockchain</i>	Ethereum	Ethereum + Binance Smart Chain	Ethereum
Principales características	• Accesible en el navegador, el móvil o la tablet • Puede conectarse con <i>hardware wallet</i>	• Auditoría periódica • Sección dedicada a almacenar y ver los NFT	• Tiene su propio <i>token</i> llamado \$ENJ • Puede conectarse con <i>hardware wallet</i>

Fuentes: Combinación de las páginas webs de Business 2 Community¹⁸⁷ y Adam Enfroy¹⁸⁸.

4. Proceso de compra y venta de NFTs

Una vez repasados los monederos y las plataformas o *marketplaces* que generalmente se utilizan en las operaciones con estos criptoactivos, veamos de forma algo más detenida para finalizar su proceso de compra y venta.

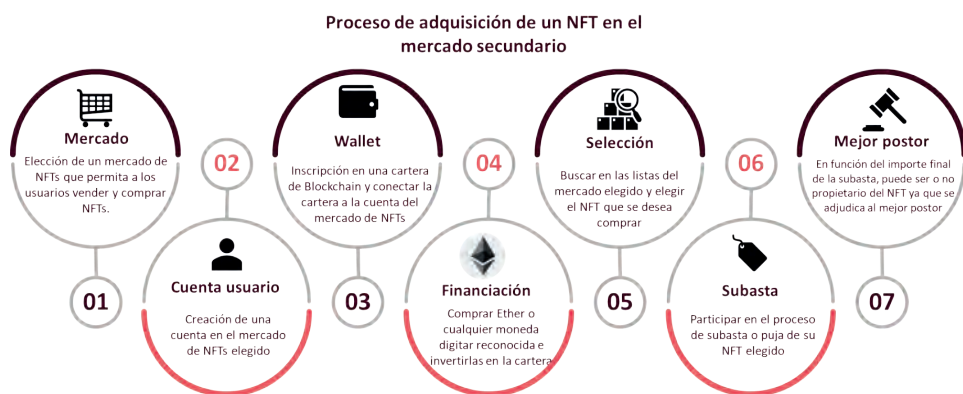
¹⁸⁷ Fuente: BROOKE, C., «Best NFT Wallet 2022 –Top NFT Accounts Compared» [en línea], Business 2 Community, abril 2022. Disponible en: <https://www.business2community.com/nft/best-nft-wallets>

¹⁸⁸ Fuente: EFROY, A., «7 best NFT Wallets of 2022 (reviewed and compared)» [en línea], Business 2 Community, mayo 2022. Disponible en: <https://www.business2community.com/nft/best-nft-wallets>

4.1. Compra de NFTs

Los NFTs se pueden comprar en los mercados con criptomonedas, otros *tokens* o moneda fiduciaria, mediante subastas u ofertas a precio fijo.

Siguiendo a LICHTIGSTEIN¹⁸⁹, el proceso de adquisición de un NFT puede diferenciarse los 7 pasos que se muestran en la siguiente infografía:



4.2. Venta de NFTs

Para la venta del NFT, lo primero que deberá realizarse es seleccionar el mercado donde se desea transmitir el mismo, y disponer de una cuenta abierta en éste. A partir de ahí, se conecta el monedero criptográfico donde se tenga almacenado el NFT que se pretende vender y se opta por poner a la venta el mismo, anunciándolo en la plataforma en la que cotizará dicho NFT.

En el marco de dicho proceso, se deberán establecer los términos de la venta, con opciones a elegir entre una subasta o ventas a precio fijo. Tal y como indica FINZER¹⁹⁰ las subastas holandesas¹⁹¹ y las ventas a precio fijo se utilizan con frecuencia para vender artículos de bajo precio, mientras que las subastas inglesas¹⁹² son una opción frecuente para artículos de mayor precio, como las cartas de *Gods Unchained* o los artículos de juegos legendarios. Otro mecanismo de ventas popular es la venta mediante paquetes.

¹⁸⁹ LICHTIGSTEIN, A., *op. cit.*

¹⁹⁰ FINZER, D., *op. cit.*

¹⁹¹ En las que el subastador va anunciando precios cada vez más bajos hasta que algún licitante decide aceptar el último precio anunciado.

¹⁹² Subastas caracterizadas porque las pujas van aumentando hasta que queda un único comprador, quien se adjudica el bien al precio final.

Por otra parte, resulta una práctica relativamente habitual que la venta del NFT se promocióne en las redes sociales para llegar a potenciales compradores.

Una vez el comprador adquiere el NFT el pago automáticamente aparece en la cartera del vendedor. Por lo que respecta a la contraprestación, lo más frecuente es recibir criptomonedas a cambio en el *wallet* del vendedor (y, dentro de las mismas Ether), pero no es descartable que se reciban otras criptodivisas, o, por ejemplo, dinero fiduciario¹⁹³ si bien esta es una opción claramente minoritaria.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como como hemos visto en los apartados anteriores, en la medida en que existen muchos tipos diferentes de NFTs y los casos de uso de estos criptoactivos pueden ser muy variados, incrementándose dicha variedad y sofisticación en un futuro. En consecuencia, el análisis tributario deberá efectuarse caso a caso, atendiendo a las particularidades y atributos propios de cada NFT.

Dicho lo anterior, tomando en consideración algunos rasgos que comparten muchos de estos NFTs a día de hoy, en la segunda parte de este trabajo (que se publicará en el siguiente número de la revista) se tratará de sistematizar una serie de criterios genéricos que puedan servir de guía para determinar su tratamiento fiscal en España. Con este objetivo en mente, dicho análisis se estructurará en los tres siguientes apartados:

1. *Tributación directa para los creadores e inversores en NFT.* En este apartado, se expondrá la tributación en sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas (IRPF), en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), las obligaciones de información asociadas a la tenencia de NFTs y tributación local y obligaciones censales.
2. *Tributación indirecta de los creadores de NFTs e inversores en estos criptoactivos.* En este apartado, se analizará la tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD).
3. *Tributación de la plataforma o marketplace.*

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINOY, A. y RAMÍREZ, P., «Cómo los NFTs cambiarán los museos y el arte en general» [en línea], *Blog de propiedad intelectual y tecnologías, Cuatrecasas*,

¹⁹³ Como se ha expuesto, alguna plataforma, como por ejemplo NIFTY, permite el pago con dinero fiduciario a través de tarjeta de crédito o débito.

octubre 2021. Disponible en: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/articulo/como_nfts_cambiaran_museos_arte_general

AST, F., «Tokens No Fungibles (NFTs): Dilemas Legales sobre Activos Digitales» [en línea], *Astec*, mayo 2021. Disponible en: <https://medium.com/astec/tokens-no-fungibles-ntfs-dilemas-legales-sobre-activos-digitales-4e547ea47777>

BALLÓN OSSIO, D., CRANSTON, J. y NIXON, L., «Non-Fungible tokens: The global legal impact —thought leadership» [en línea], *Clifford Chance*, junio 2021. Disponible en: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/06/non-fungible-tokens--the-global-legal-impact.html>

BANULESCU, E., «Nifty Gateway Review: Everything you need to know» [en línea], *Be In Crypto*, febrero 2022. Disponible en: <https://beincrypto.com/learn/nifty-gateway-review/>

BARRIO ANDRÉS, M. *et al.*, *Criptoactivos, Retos y desafíos normativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.

BROOKE, C., «Best NFT Wallet 2022 —Top NFT Accounts Compared» [en línea], *Business 2 Community*, abril 2022, Disponible en: <https://www.business2community.com/nft/best-nft-wallets>

CALLEJO, G., «Las 5 colecciones de NFT que más dinero han movido en la historia» [en línea], *Observatorio blockchain*, noviembre 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/las-5-colecciones-de-nft-que-mas-dinero-han-movido-en-la-historia/>

—, «Las 5 mejores plataformas para crear, vender y comprar NFTs» [en línea], *Observatorio blockchain*, septiembre 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/las-5-mejores-plataformas-para-crear-vender-y-comprar-nfts/>

CARRASCOSA, C., «#75 Non-fungible tokens (NFTs)», [en línea], *Sumapositiva*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.sumapositiva.com/p/nfts?s=r>

CREIGHTON, J., «How NFTs Took Over the Super Bowl» [en línea], *NFT Now*, febrero 2022. Disponible en: <https://nftnow.com/news/nfts-at-super-bowl-lvi/>

CHAINANALYSIS, «The 2021 NFT Market Report» [en línea], enero 2022. Disponible en: <https://go.chainalysis.com/nft-market-report.html>

EFROY, A., «7 best NFT Wallets of 2022 (reviewed and compared)» [en línea], *Business 2 Community*, mayo 2022. Disponible en: <https://www.business2community.com/nft/best-nft-wallets>

EGEA PÉREZ-CARASA, Í., «Tratamiento Contable de las Criptodivisas y su Impacto en el Impuesto sobre Sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 74, 2020.

—, «Tratamiento tributario del “bitcoin” y demás criptomonedas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 70, 2018.

ESPIN, I., «23.000 euros por esta imagen de XLsemanal», [en línea], *XLsemanal ABC*, octubre 2021. Disponible en: <https://www.abc.es/xlsemanal/a-fondo/nft-javier-arres-primera-portada-espanola-javier-arres-arte-digital-subasta.html>

EUROPEAN FINANCIAL REPORTING ADVISORY GROUP (EFRAG), «Accounting for crypto-assets (liabilities): holder and issuer perspective», *EFRAG*, Bruselas, julio 2020.

FERNÁNDEZ, C., «¿Por qué los medios de comunicación también venderán sus contenidos en formato NFT?» [en línea], *Observatorio blockchain*, diciembre 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/por-que-los-medios-de-comunicacion-venderan-en-formato-nft-sus-contenidos/#:~:text=Los%20NFTs%20tienen%20la%20capacidad,un%20contenido%20creado%20por%20%C3%A9l>

—, «The Economist subasta hoy como NFT una portada dedicada a las DeFi» [en línea], *Observatorio blockchain*, octubre 2021. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/nft/the-economist-subasta-hoy-como-nft-una-portada-dedicada-a-las-defi/>

FINZER, D., «The Non-Fungible *Token* Bible: Everything you need to know about NFTs» [en línea], *OpenSea*, enero 2020. Disponible en: https://opensea.io/blog/guides/non-fungible-tokens/#Non-fungible_token_metadata

GARCÍA VIDAL, A., «Metaverso, *tokens* no fungibles y propiedad intelectual», Tecnología, medios y telecomunicaciones (TMT)» [en línea], *Gómez Acebo y Pombo*, marzo 2022. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/metaverso-tokens-no-fungibles-y-propiedad-intelectual/>

GERONI, D., «Types of Non-Fungible *tokens*: a definitive guide» [en línea], *101Blockchains*, agosto 2021. Disponible en: <https://101blockchains.com/types-of-non-fungible-tokens>

GIANNOPOULOU, A., QUINTAIS, J. P., MEZEL, P. y BODO, B., «The rise of Non-Fungible *tokens* (NFTs) and the Role of Copyright Law —Part I» [en línea], *Kluwer Copyright Blog*, abril 2021 Wolters Kluwer. Disponible en: <http://copyright-blog.kluweriplaw.com/2021/04/14/the-rise-of-non-fungible-tokens-nfts-and-the-role-of-copyright-law-part-i/>

GONZÁLEZ-MENESES, M., *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

GRAHAM, R., «Deconstructing that \$69 million NFT» [en línea], *Security Bloggers Network, Security Boulevard*, marzo 2021. Disponible en: <https://securityboulevard.com/2021/03/deconstructing-that-69million-nft/>

GRANADOS, A., «Estándares ERC de Ethereum: diferencias y usos» [en línea], abril 2021. Disponible en: <https://www.nftesp.com/post/estandares-erc-721-1155-20-ethereum-diferencias-usos>

—, «Marketplaces de NFTs: la guía completa» [en línea], *NFT esp*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.nftesp.com/post/marketplaces-nfts-guia-completa>

GUADAMUZ, A., «The treachery of images: non-fungible *tokens* and copyright», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Issue 12, December 2021, pp. 1367-1385.

—, «What do you buy when you buy an NFT?» [en línea], *TechnoLlama*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.technollama.co.uk/what-do-you-buy-when-you-buy-an-nft>

HAZARA, J., SHUTT, D. y RUFFEL, A., «Non-Fungible *tokens* (NFTs): what next for 2021's word of the year» [en línea], *Lexology*, marzo 2022. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5162ec3c-928b-4774-a09a-16e1e69e83ef&filterId=1f8c996e-81bb-4dc5-a0f8-ed1e8eca0339>

JULIA, N., «El papel de los NFT en la Web 3» [en línea], *El Economista*, marzo de 2022. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/11678150/03/22/El-papel-de-los-NFT-en-la-Web3.html>

KINGSLEY, B., HINE V., VELLING, T., y BRADLEY, E., «NFTs: Digging deeper. A regulatory and tax perspective», *ICLG Fintech guide*, Slaughter and May, marzo 2022.

KOSTOPOULOS, N. *et al.*, «Demystifying Non-Fungible *tokens* (NFTs)», *EU blockchain Observatory and Forum*, Comisión Europea, 2021.

KRUPPA, M., CRIDDLE, C. y BRADSHAW, T., «¿Ha tocado techo la fiebre de los NFT?» [en línea], *Expansión*, marzo 2022. Disponible en: <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2022/03/23/623303d4468aebf90a8b457d.html>

LICHTIGSTEIN, A., «Non-Fungible *tokens* (NFTs) a definitive guide» [en línea], *101blockchains*, 2022. Disponible en: <https://101blockchains.com/ebooks/non-fungible-tokens-nfts-guide/>

- MAESTRE, J., «¿Qué adquiero cuando compro un NFT?» [en línea], *Maestre Abogados*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.maestreabogados.com/que-adquiero-cuando-compro-un-nft/>
- MAHMOOD, G., «NFTs: What are you buying and what do you actually own?» [en línea], *The Fashion Law*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.thefashionlaw.com/nfts-what-are-you-buying-and-what-do-you-actually-own/>
- MALDONADO, J., «Qué son los wallets y cómo usarlos para iniciarte en las criptomonedas» [en línea], *Observatorio blockchain*, abril 2022. Disponible en: <https://observatorioblockchain.com/ciberseguridad/todo-lo-que-debes-saber-de-los-wallet-para-iniciarte-con-las-criptomonedas/>
- , «Te contamos el papel que desempeñan los NFT en la construcción de los metaversos», *Observatorio blockchain*, enero 2022, [en línea] disponible en: <https://observatorioblockchain.com/metaverso/te-contamos-el-papel-que-desempenan-los-nft-en-la-construccion-de-los-metaversos/>
- MAPPERSON, J., «NFT de Beeples se vende por la cifra récord de \$6.6 millones y la puja por «Everydays» en Christie's alcanza los \$2.2 millones» [en línea] *Cointelegraph*, febrero 2021. Disponible en: <https://es.cointelegraph.com/news/beeples-nft-sells-for-record-6-6m-as-bidding-for-everydays-at-christies-hits-2-2m>
- MILLER, S., «Looking Under the Hood: Diligencing Non-Fungible tokens, NFT Metadata and Smart Contracts» [en línea], *Rimon Law*, diciembre 2021, Disponible en: <https://www.rimonlaw.com/blog/2021/12/29/looking-under-the-hood-diligencing-non-fungible-tokens-nft-metadata-and-smart-contracts/>
- MIRAS MARÍN, N., «El régimen tributario de los tokens no fungibles», en ÁLVAREZ MARTÍNEZ, J. et al., *Retos de la sociedad digital: Regulación y fiscalidad en un contexto internacional*, Madrid, Editorial Reus, 2022, pp. 203-217.
- MOLENAAR, K., «NFTs Statistics-Sales, Trends, and More (2022)» [en línea], *Influencer MarketingHub*, enero 2022. Disponible en: <https://influencermarketinghub.com/nfts-statistics/#toc-1>
- MOLINA, D., «10 increíbles juegos NFT con los que ganar dinero», IEBS, marzo 2022 [en línea]. Disponible en: <https://www.iebschool.com/blog/juegos-nft-tecnologia/>
- PALAU, A., «Storing on Ethereum. Analyzing the costs» [en línea], *Coinmonks*, julio 2018. Disponible en: <https://medium.com/coinmonks/storing-on-ethereum-analyzing-the-costs-922d41d6b316>
- PÉREZ, E., «Un tercio de los NFT ya no vale nada. El desplome de las ventas augura el principio del fin de la burbuja», 29 de marzo de 2022. Disponible en: <https://>

www.xataka.com/criptomonedas/tercio-nft-no-vale-nada-desplome-ventas-augura-principio-fin-burbuja

PINEDO, E., «Termina la subasta: Jack Dorsey vende el primer tweet de la historia como NFT por 2,9 millones de dólares» [en línea], *Hipertextual*, marzo 2021. Disponible en: <https://hipertextual.com/2021/03/jack-dorsey-vende-el-primer-tweet-de-la-historia-como-nft>

POSTH, S., «Four Lessons of Cryptoart» [en línea], *Medium*, junio de 2021. Disponible en: <https://posth.medium.com/four-lessons-of-cryptoart-efb7d7108791>

—, «The digital sovereign in the age of cryptography» [en línea], *Posth Werk*, junio 2021. Disponible en: <https://posth.medium.com/four-lessons-of-cryptoart-efb7d7108791>

PRESUKCHAT, A. *et al.*, «Blockchain, la revolución industrial de internet» [en línea], *Gestión 2000*, Barcelona, 2017. Disponible en: https://www.planetadelibros.com/libros_contenido_extra/36/35615_Blockchain.pdf

RAHUL N., «¿Dónde comprar NFT? Los mejores marketplaces de *tokens* no fungibles» [en línea], *Be In Crypto*, enero 2022. Disponible en: <https://es.beincrypto.com/aprende/donde-comprar-nft-mejores-marketplaces/#opensea>

TUR FERNÁNDEZ, C., *Smart Contracts. Análisis jurídico*, Madrid, Editorial Reus, 2018.

VANCI, M., «Colección de NFTs de Kings of Leon supera los USD 2 millones en ventas» [en línea], *Criptonoticias*, marzo 2021. Disponible en: <https://www.criptonoticias.com/comunidad/entretenimiento/coleccion-nft-kings-of-leon-supera-2-millones-ventas/>

VASILE, L. y BLANCO CRESPO, L., «¿Cómo acuñar NFT? La guía definitiva» [en línea], *Be In Crypto*, enero 2022. Disponible en: <https://es.beincrypto.com/aprende/acunar-nft-guia-definitiva/#acunacion>

WANI, M., y E. LEE, R. (PWC Report): «Non-Fungible *tokens* (NFTs): Legal, tax and accounting considerations you need to know» [en línea], diciembre 2021. Disponible en: <https://www.pwchk.com/en/research-and-insights/fintech/nfts-legal-tax-accounting-considerations-dec2021.html>

WILSER, J., «15 NFT Use Cases That Could Go Mainstream», *Coindesk*, octubre 2021. Disponible en: <https://www.coindesk.com/business/2021/10/14/15-nft-use-cases-that-could-go-mainstream/>

ANEXO I. ACUERDO DE DERECHOS QUANTUM LEAP (PRIMORDIAL STAR 2)

1.0 Declaration

1.1 Jennifer and Kevin McCoy are the artist who created this artwork, which they affirms does not infringe or violate the rights of any person or entity.

1.2 They declares that the following statements are essential and inseparable elements of this artwork.

1.3 These statements constitute a contract between Monegraph, Inc., Jennifer and Kevin McCoy and any \$OWNER (defined below) of this artwork.

1.4 Ongoing ownership and possession of this artwork indicates the \$OWNER's acceptance of these terms.

2.0 Definition

2.1 This artwork is the data that returns a value of 38c4d85fc335bdec661664a5505a-8da568cf3a2d7dd2aae3718f2d8c68bb279f from a SHA256 hash function.

2.2 Such data can be found at the URL <https://ipfs.io/ipfs/QmSMAL9G6WJR3bn-NpThPSTK4HjbBsPz9YKYDG1lMkpKXxu> but may not always be at that URL; provided that upon sale of this artwork, Kevin McCoy shall no longer be responsible for maintaining access to the artwork at the above-referenced URL or paying any fees associated therewith. Any such fees or maintenance shall be the responsibility of \$OWNER.

2.3 Any data that reproduces the above value through a SHA256 hash function is the authentic and original artwork and supersedes any changes at the specified url.

2.4 There are no other existing or authorized versions of this artwork besides the one that reproduces the above SHA256 hash value.

3.0 Ownership and Provenance

3.1 Control over on-going provenance, ownership of and rights corresponding to this artwork is hereby assigned to this contract and this *blockchain* entry.

3.2 Ownership of this artwork rests with whomever controls this *blockchain* entry (the \$OWNER).

3.3 Ownership of this artwork is singular, unique and noneditioned.

3.4 No other ownership of this artwork exists beyond this ownership nor is any other ownership recognized or authorized in a manner that conflicts with the rights granted herein.

3.5 Ownership of this artwork is in AS IS condition, and Jennifer and Kevin McCoy and Monegraph, Inc. will not be responsible in any way for any loss of data or other risk associated with the purchase or ownership of the artwork.

4.0 Rights

4.1 Jennifer and Kevin McCoy retain all legal right, title, and interest in all intellectual property rights underlying the artwork, including, but not limited to, copy-rights and trademarks.

4.2 The \$OWNER shall have a non-exclusive, world-wide, assignable, perpetual, and royalty-free license to display the artwork solely for non-commercial purposes, provided that such display right may only be assigned to a subsequent \$OWNER of the artwork simultaneously with the transfer of ownership of the artwork and this agreement.

4.3 Any exhibition of this artwork shall include the following attributions: Quantum Leap and Jennifer and Kevin McCoy and 2021.

4.4 A resale royalty of 10 % of the sale price of this artwork is owed to Jennifer and Kevin McCoy or their estate, designee, or transferee by any \$OWNER who sells this artwork.

4.5 Resale royalties are payable in ETH to the address 0xA57fB5A5aD51beb-3854D801ea3Ad6AC2845CD082

4.6 Upon sale of this artwork, the \$OWNER has the right to demand delivery from the seller of data that reproduces the above hash value by any agreed means.

4.7 Jennifer and Kevin McCoy's rights and conditions contained in this declaration are not ended through any transfer, sale or change in ownership of the artwork, and these rights and conditions will be binding on any subsequent \$OWNER.

4.8 Jennifer and Kevin McCoy's resale royalty and copyrights may be transferred to other parties at the sole discretion of them or their estate or agents.

5.0 Miscellaneous

5.1 Monegraph, Inc. shall not be responsible for (i) any damages or losses, including any special, consequential, exemplary, incidental, punitive or indirect damages; or (ii) the performance of the artwork in the marketplace or the value of any NFTs.

5.2 \$OWNER and Jennifer and Kevin McCoy, respectively, shall defend, indemnify and hold harmless Monegraph, Inc. from and against any actions or claims related to, arising from or in connection with any breach or alleged breach of \$OWNER's or Kevin McCoy's respective statements or agreements hereunder.

5.3 SOWNER and Kevin McCoy acknowledge the uncertainties with the sale of NFTs and the technologies through which they are created, assume all risks associated therewith, including with respect to the characterization of NFTs and other digital assets under applicable law, and further acknowledge that they have obtained sufficient information to make an informed decision with respect to the foregoing risks and uncertainties, and are engaging Monegraph, Inc. in acceptance of same.

5.4 Any claims arising hereunder or relating hereto shall be governed by New York law (except with respect to its conflicts of laws) and shall exclusively be brought in the state or federal courts located in New York County, NY.

This document Copyright 2021 Monegraph, Inc.

Used under license \$LICENSE, Patent No. US 10,380,702.

*(Trabajo recibido el 20/05/2022
y aceptado para su publicación el 25/06/2022)*

BENEFICIOS E INCENTIVOS FISCALES DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS. ESPECIAL ESTUDIO DE LA ZONA ESPECIAL CANARIA Y LA RESERVA PARA INVERSIONES EN CANARIAS

JUAN ENRIQUE COSTA NINOT

Notario de Gáldar

RESUMEN

Las singularidades geográficas, demográficas y económicas de las islas Canarias, así como las desventajas que ello pueda causar a las empresas y naturales del archipiélago canario, han hecho que desde el primer momento de su incorporación a la Corona de Castilla, recibiese un tratamiento fiscal diferenciado y más ventajoso. El conjunto de medidas económicas y fiscales que tienen por finalidad potenciar el crecimiento y consolidación de las islas Canarias como una sociedad y una economía fuertes, han ido evolucionando con el tiempo. Esta evolución ha culminado con un reconocimiento expreso como zona ultraperiférica a nivel del Derecho Comunitario, y con ello en la creación a nivel nacional de lo que se conoce como Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Este régimen especial tiene una visión finalista, compensando las desventajas que la insularidad y lejanía puedan ocasionar en estas islas por medio de incentivos y beneficios fiscales que incrementen y consoliden la actuación empresarial de calidad. Así pues, el objeto del presente trabajo reside en el estudio de estas distintas medidas fiscales, y en más concretamente la creación de la Zona Especial Canaria y el funcionamiento de la Reserva para Inversiones en Canarias.

Palabras clave: Islas Canarias, Régimen Económico y Fiscal de Canarias, Zona Especial Canaria, reserva para inversiones canarias, incentivos fiscales, materialización de inversiones.

BENEFITS AND TAX INCENTIVES OF THE ECONOMIC AND TAX REGIME OF THE CANARY ISLANDS. SPECIAL STUDY OF THE CANARY ISLANDS SPECIAL ZONE AND THE RESERVE FOR INVESTMENTS IN THE CANARY ISLANDS

JUAN ENRIQUE COSTA NINOT

Notary Public in Gáldar

ABSTRACT

The geographical, demographic and economic peculiarities of the Canary Islands, as well as the disadvantages that this may cause to companies and natives of the Canary archipelago, have meant that from the first moment of its incorporation into the Crown of Castile, it received a differentiated tax treatment. The set of economic and fiscal measures that are intended to promote the growth and consolidation of the Canary Islands as a strong society and economy have evolved over time. This evolution has culminated in an express recognition as an outermost area at the level of Community Law, and with it the creation at a national level of what is known as the Economic and Fiscal Regime of the Canary Islands. This special regime has a finalist vision, compensating for the disadvantages that insularity and remoteness may cause in these islands through incentives and tax benefits that increase and consolidate quality business performance. The purpose of this paper lies in the study of these different fiscal measures, and more specifically the creation of the Canary Islands Special Zone and the Reserve for Investments in the Canary Islands.

Keywords: Canary Islands, Economic and Fiscal Regime of the Canary Islands, Canary Islands Special Zone, Reserve for Canary Investments, fiscal incentives, materialization of investments.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA Y LEGISLATIVA.— III. UN REPASO A LAS MEDIDAS QUE ACTUALMENTE CONSTITUYEN EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS.— IV. LA ZONA ESPECIAL CANARIA. 1. Ámbito geográfico y subjetivo. 2. Estructura y funcionamiento orgánico de la Zona Especial Canaria. 3. Medidas e incentivos fiscales de la Zona Especial Canaria. 3.1. Impuesto Sobre Sociedades. 3.2. Impuesto sobre la Renta de los No Residentes. 3.3. Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 3.4. Impuesto General Indirecto Canario.— V. LA RESERVA PARA INVERSIONES EN CANARIAS. 1. Elementos definitorios de la Reserva para Inversiones en Canarias. 1.1. Origen de las dotaciones destinadas a la Reserva para Inversiones en Canarias. 1.2. Límites cuantitativos, temporales y cualitativos de la Reserva para Inversiones en Canarias. 1.3. Objeto de las inversiones materializadas como consecuencia de Reserva para Inversiones en Canarias. 1.3.1. Adquisición de elementos patrimoniales nuevos de inmovilizado material o intangible. 1.3.2. La creación de puestos de trabajo. 1.3.3. Adquisiciones de elementos patrimoniales del inmovilizado material o intangible que no puedan considerarse iniciales por no reunir los requisitos previstos para el primer grupo de inversiones. 1.3.4. La suscripción de determinados títulos valores, así como la contratación de ciertos instrumentos financieros. 2. Infracciones tributarias y sus respectivas sanciones.— VI. CONCLUSIÓN.— VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

España, en la actualidad, queda constituida por un territorio, peninsular e insular, que abarca y aglutina una gran variedad de realidades geográficas, demográficas, culturales y, por supuesto, económicas. Pese a ello, y la gran riqueza que nos pueda aportar esta diversidad, existen territorios que, por causas incontrolables por las personas, en especial las de carácter geográfico, se encuentran en una situación de mayor dificultad a la hora de afrontar los retos económicos y de la globalización, así como para ofrecer a sus naturales la calidad y nivel de vida propios de los estándares que se desean para todo el territorio nacional y que son propios del ámbito europeo. Es este el caso de las islas Canarias.

Así, el presente estudio pretende hacer un repaso a las distintas medidas económicas, pero sobre todo a las de índole fiscal, que componen lo que actualmente se conoce como Régimen Económico y Fiscal de Canarias, identificado por sus siglas como REF.

La lejanía del archipiélago canario respecto del territorio español peninsular, unido a las particularidades de su orografía, distribución de la población entre distintas islas, la existencia de dificultades en el acceso a fuentes de energía, así como la limitación de su desarrollo económico a unos pocos productos y actividades, hacen que sea necesaria la adopción de una serie de medidas económicas y fiscales que incentiven el comercio y la actividad económica con el fin de revertir las referidas desventajas. Todo ello con la finalidad de obtener una mejor calidad de vida para sus habitantes.

En una primera etapa, los incentivos para potenciar la economía canaria pasaban por una gran flexibilización y liberalización del comercio de mercancías, tanto en la importación como en la exportación. Pero a lo largo del tiempo el legislador se ha ido dando cuenta de las particularidades y necesidades de este territorio, de manera que con los distintos desarrollos legislativos en la materia se ha ido intro-

duciendo una importante amalgama de medidas que constituyen todo un régimen económico y fiscal propio de un territorio ultraperiférico, y que nada tiene que ver con el régimen aplicable al resto del territorio nacional.

Dentro de estas medidas encontramos importantes incentivos a las actividades que facilitan el transporte tanto de mercancías como de pasajeros entre las islas, incentivos a las actividades de producción, mejora y desarrollo energético, investigación y desarrollo, producciones audiovisuales o el sector turístico, entre otras. Estas medidas son de distinta índole. Hablamos de deducciones y bonificaciones en ciertos impuestos, no aplicabilidad de algunos y reducción de otros, además de importantes incentivos de baja tributación para potenciar la inversión interna y atraer la externa. Pero todas estas medidas tienen la misma finalidad, potenciar la economía canaria, haciéndola competitiva y equiparándola a la del resto del estado español, consiguiendo con ello una mejora en las condiciones y calidad de vida de sus habitantes.

En este estudio, pese a mencionar y hacer referencia a todas estas medidas, integradas en lo que ya hemos identificado como el REF, nos centraremos en especial en dos de ellas, relacionadas directamente con la fiscalidad aplicable a las sociedades y a los profesionales. Concretamente me refiero a la creación de la Zona Especial Canaria (ZEC) y a la Reserva para Inversiones Canarias (RIC).

Tal y como se verá, la creación de la Zona Especial Canaria tiene como finalidad potenciar la creación de empresas, la fijación y consolidación de sucursales y establecimientos permanentes con domicilio en el archipiélago canario que cumplan ciertos requisitos y que permitan, tanto el crecimiento y desarrollo económico de las islas, como la creación de puestos de trabajo de calidad y estables en el tiempo.

Por su parte, la Reserva para Inversiones Canarias, constituye una medida encaminada a permitir que los sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades que cumplan con ciertos requisitos, así como algunos contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, puedan destinar parte de sus beneficios anuales a la inversión en ciertos sectores o ámbitos que tienen su razón de ser en Canarias y que tienen una importancia estratégica para estas islas.

Estas dos medidas tienen como eje central los incentivos fiscales, que unidos a las conocidas como DIC (o deducciones por inversión en Canarias) constituyen un marco idóneo para la inversión empresarial y el desarrollo de este territorio de ultramar.

Las medidas que se repasan en el presente estudio se han erigido como necesarias desde el primer momento de la incorporación del archipiélago canario a la Corona de Castilla. De vital importancia se han considerado a lo largo de los años y hasta la actualidad. Ello es así porque la realidad exige que nos demos cuenta de las dificultades a las que hace frente esta zona del territorio español. Pero en la actualidad, donde la globalización todo lo invade y una pandemia mundial nos ha obligado a mover el mundo desde nuestras casas, hemos de ver este especial régi-

men canario como una oportunidad enorme. Una oportunidad para sacar todo el partido posible a las Canarias, asumiendo el reto de que las mismas puedan convertirse en un eje, no solo turístico, sino empresarial en distintos sectores, aportando un valor más que añadido a la economía nacional.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA Y LEGISLATIVA

Todas las medidas que son objeto de estudio en el presente trabajo, para poder ser entendidas y puestas en el contexto correcto, requieren de una breve pero necesaria aproximación histórica y legislativa en la materia. Así pues, debe tenerse en cuenta que el archipiélago canario fue durante muchos años la obsesión de grandes imperios como el portugués, el francés o el español. Las islas Canarias eran consideradas, y lo continúan estando, como un enclave geográfico estratégico en la travesía marítima entre Europa y América, además de tener una importancia más que evidente por su cercanía con el continente africano. Por esta razón, pero también por su clara lejanía respecto del territorio europeo y los inconvenientes que ello originaba para el desarrollo de las islas, desde la conquista del archipiélago por la Corona de Castilla, proceso que finalizó a finales del siglo XV, se ha tratado de dar a las islas un tratamiento diferenciado respecto del resto del territorio español.

Con el paso de los años, el primer desarrollo legislativo en este sentido tiene lugar por medio de la entrada en vigor del Real Decreto de Puertos Francos de Canarias, promulgado por el ministro Juan Bravo Murillo el 11 de julio de 1852. Con esta norma se adoptaban medidas que implicaban la liberalización de las importaciones y exportaciones de mercancías, la creación de franquicias aduaneras, impuestos locales e importantes incentivos fiscales que promoviesen la inversión nacional y atrajesen la extranjera¹. Esta norma fue de vital importancia para adaptar las especialidades de la economía canaria al contexto tanto nacional como internacional, ya que la aplicación de las mismas reglas al territorio español peninsular y al canario era nefasto para este último, dado que sus realidades y necesidades eran totalmente distintas.

La siguiente norma de importancia en la materia, sin perjuicio de ciertos pronunciamientos legislativos intermedios, tuvo lugar durante la dictadura franquista, con la entrada en vigor en 1972 de la Ley del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Esta norma comportaba una renovación intensa del régimen anterior pero remaba en la misma dirección.

Con el fin de la dictadura franquista y la llegada de la democracia, es la Constitución Española de 1978 la que pasa a reconocer en su propio cuerpo la especialidad que implica el territorio canario en el contexto nacional. En sintonía con la regulación que se venía aplicando, prevé en su Disposición Adicional Tercera el re-

¹ PINEDA RAMOS, E., «El Régimen económico y fiscal de Canarias: Antecedentes y situación actual», *Revista Atlántid*, n.º 7, 2016, p. 187.

conocimiento expreso de lo que venimos identificando como el régimen económico y fiscal de Canarias. Así nuestro texto constitucional reconoce de forma clara la existencia de un régimen económico y fiscal especial para Canarias, pero al prever la posibilidad de su modificación por parte del legislativo nacional, previo informe de la Comunidad Autónoma de Canarias, está reconociendo al mismo tiempo su carácter finalista. De esta manera una vez gracias a este régimen especial, las islas Canarias y sus habitantes alcancen los niveles de riqueza y desarrollo del resto del territorio nacional, dichas especialidades podrían desaparecer².

El siguiente paso o etapa de reconocimiento y evolución de este estatus de las islas Canarias, tiene lugar en el momento en el que España pasa a formar parte de lo que hoy conocemos como Unión Europea, el 1 de enero de 1986. Así pues, la regulación de la materia pasa a desarrollarse en dos planos normativos que al mismo tiempo se armonizan en uno solo, el nacional y el europeo.

Pero debe tenerse en cuenta que con la entrada de España en la Unión Europea, nuestro ordenamiento jurídico pasa a incardinarse en el comunitario, y por ello nuestras normas debían tener cabida y no contradecir el derecho de la Unión, que como sabemos goza de primacía. Por ello no podía continuar aplicándose el REF tal y como se venía haciendo, pero se previó un régimen especial y acorde con la normativa comunitaria. Dicho régimen venía recogido en el artículo 25 del Acta de Adhesión del Reino de España a la Comunidad Económica Europea³. Se produce, por tanto, y de forma paulatina, un mayor reconocimiento de medidas fiscales y económicas favorables para Canarias, todo ello impulsado desde la propia Comunidad Autónoma que exigía una mayor integración europea y mayores reconocimientos de su singularidad. Estas exigencias ligadas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno al ordenamiento comunitario dieron lugar a la entrada en vigor de la Ley 20/1991, en la que se armonizaron los aspectos fiscales con la UE.

En este contexto, el verdadero reto pasaba por conseguir una regulación europea destinada a regular las especialidades de territorios como las islas Canarias, lo que podemos identificar como regiones ultraperiféricas, conocidas como RUP. En este camino no ponía únicamente sus esfuerzos el estado español, sino también el francés y el portugués, que disponían, y disponen, de zonas identificadas como RUP. Así, fue por medio del Tratado de Maastricht (1992) por el que se introdujo la Declaración XXVI sobre las RUP. Con esta Declaración se reconocía por primera vez a nivel del Derecho Comunitario, la existencia de las RUP, sus dificultades y problemas, así como la necesidad de adopción de medidas especiales para estos territorios que les permitiesen su correcto desarrollo y crecimiento. Pero como puede adivinarse, este trato diferenciado para ciertas zonas chocaba de lleno con el Derecho Comunitario Primario, y concretamente con sus principios de libre mercado y libre competencia⁴.

² PINEDA RAMOS, E., «El Régimen económico y fiscal...», *op. cit.*, p. 187.

³ PINEDA RAMOS, E., «El Régimen económico y fiscal...», *op. cit.*, p. 187.

⁴ EXPÓSITO SUAREZ, I., «El artículo 349 TFUE como base jurídica de las medidas especiales de las RUP. A propósito de la Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2015», *Hacienda Canaria*, n.º 45, 2016, pp. 436-437.

En este contexto tiene lugar la entrada en vigor en nuestro país de la ley que pasaría a regular el régimen económico y fiscal de Canarias, ley que tras sucesivas modificaciones se ha mantenido hasta nuestros días, la conocida como Ley 19/1994 de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

El siguiente paso para abordar desde el punto de vista comunitario el problema de las RUP se dio por medio del Tratado de Ámsterdam (1997), por el cual quedaron modificados el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea. De esta manera pasó a recogerse en el Derecho Comunitario Primario, concretamente en el artículo 299.2 TCE⁵, un reconocimiento unitario de las RUP, así como el establecimiento de un régimen o modelo de integración de aquellas zonas que por el momento se consideraban tales⁶.

Finalmente, el reconocimiento de un régimen especial para las RUP y su regulación íntegra a nivel del Derecho Comunitario Primario llegó con el Tratado de Lisboa (2007) por el cual se modificó el Tratado de la Unión Europea (TUE), y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pasó a conocerse como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Fue en el TFUE en el que se previó expresamente un concreto régimen de integración para las RUP por medio de su artículo 349⁷.

En cuanto a la cuestión de los problemas que podría plantear un especial régimen para las RUP y los principios comunitarios, parece que la materia se resuelve en el artículo 107.3.a del TFUE, al establecer:

⁵ EXPÓSITO SUAREZ, I., «El artículo 349 TFUE como base jurídica...», *op. cit.*, p. 438.

⁶ Concretamente, eran consideradas como Regiones Ultraperiféricas, ciertas zonas de España, Francia y Portugal, concretamente:

⁷ Artículo 349 TFUE: *Teniendo en cuenta la situación estructural social y económica de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, la Reunión, San Bartolomé, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias, caracterizada por su gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos, factores cuya persistencia y combinación perjudican gravemente a su desarrollo, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones, incluidas las políticas comunes. Cuando el Consejo adopte dichas medidas específicas con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo.*

Las medidas contempladas en el párrafo primero se referirán, en particular, a las políticas aduanera y comercial, la política fiscal, las zonas francas, las políticas agrícola y pesquera, las condiciones de abastecimiento de materias primas y de bienes de consumo esenciales, las ayudas públicas y las condiciones de acceso a los fondos estructurales y a los programas horizontales de la Unión.

El Consejo adoptará las medidas contempladas en el párrafo primero teniendo en cuenta las características y exigencias especiales de las regiones ultraperiféricas, sin poner en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, incluido el mercado interior y las políticas comunes.

«3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social»;*

Todo ello teniendo en cuenta además que el artículo 349 TFUE prevé:

«... el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones, incluidas las políticas comunes. Cuando el Consejo adopte dichas medidas específicas con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo».

De esta manera podemos observar cómo se ha hecho definitivo el reconocimiento a nivel comunitario de las regiones ultraperiféricas, así como la fijación de un régimen homogéneo de las mismas. En este sentido, debe saberse que Canarias actualmente está considerada como región ultraperiférica.

Con todo lo anterior, ya sabemos cuál es el encuadre normativo a nivel comunitario de la consideración de las islas Canarias como una región ultraperiférica, así como la justificación y normativa europea que existe al respecto.

Para finalizar con esta aproximación histórica y legislativa del presente estudio, solo cabe señalar que, actualmente, como ya ha quedado expuesto con anterioridad, la regulación vigente en nuestro país sobre esta materia se encuentra contenida en la Ley 19/1994, de 6 julio, sobre modificación del régimen económico y fiscal de Canarias. Esta ley ha ido sufriendo frecuentes modificaciones hasta nuestros días, la última de este mismo año. Pero una de las modificaciones más importantes que ha sufrido y que cabe señalar es la que tuvo lugar por medio de la Ley 8/2018 de 5 de noviembre, que pasaba a regular las medidas económicas, las especialidades en imposición directa y la Zona Especial Canaria⁸.

III. UN REPASO A LAS MEDIDAS QUE ACTUALMENTE CONSTITUYEN EL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS

Una vez somos conocedores de por qué las islas Canarias gozan de un régimen económico y fiscal diferenciado dentro del marco nacional y su encaje en el ámbito

⁸ CONSEJERÍA DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ASUNTOS EUROPEOS DEL GOBIERNO DE CANARIAS, «Régimen económico y Fiscal», en www.gobiernodecanarias.org [en línea], fecha de consulta: 25/04/2022. Disponible en: https://www.gobiernodecanarias.org/asuntoseuropeos/ref/informacion_general/

de la Unión Europea, debemos pasar a conocer cuáles son las medidas concretas que constituyen ese régimen. Las medidas que se repasarán a continuación encuentran su regulación, en la ya mencionada Ley 19/1994 de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, la cual, tras sus respectivas modificaciones, ha ido armonizándose cada vez más con el Derecho Comunitario.

En el presente epígrafe no se pretende un análisis exhaustivo de todas y cada una de las medidas que componen el denominado como REF, sino más bien hacer una mención sucinta de cada uno de los incentivos y promociones específicas que constituyen este régimen. Todo ello con la finalidad de que podamos componer un esquema o estructura general del REF. Teniendo en cuenta que el objeto central del presente estudio se basa en el análisis de dos medidas específicas, la creación de la Zona Especial Canaria y la Reserva para Inversiones en Canarias, que pasarán a detallarse más adelante.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Régimen Económico y Fiscal de Canarias pretende su actuación en un doble ámbito, el REF económico y el REF fiscal. El primero de ellos, el económico, pretende la adopción de una serie de medidas destinadas a impulsar ciertas actividades económicas, compensando las dificultades que la insularidad les pueda ocasionar, con el fin de promover el desarrollo económico de Canarias. Más concretamente, el REF económico se centra en actividades como el transporte (tanto de mercancías como de pasajeros, y en especial entre las islas del archipiélago), las telecomunicaciones, el crecimiento y renovación del sector turístico, energía, agua, renovables, gestión de residuos, empleo y formación profesional, entre otras⁹.

Por su parte, el REF fiscal, que constituye el objeto del presente estudio, está compuesto por una serie de medidas fiscales beneficiosas, caracterizadas por la baja tributación y los incentivos a la reinversión, que tienen como objetivo la consolidación y crecimiento del parque empresarial de Canarias. Estas medidas no «solo» pretenden potenciar la inversión interna y atraer la externa, sino que las empresas acogidas a este régimen y que operen en las islas diversifiquen sus actividades, de manera que no se centren tan solo en las ya existentes o típicas, como el turismo, sino que se expandan hacia otras nuevas que puedan ser necesarias para Canarias, como el transporte y la energía, y otras centradas en la investigación, el desarrollo y las nuevas tecnologías. Por tanto, no se trata tan solo de potenciar la inversión, sino de diversificarla, consiguiendo, por un lado, que se abastezca a las islas de aquello que necesitan y, por otro, hacer al archipiélago competitivo en ámbitos en los que tradicionalmente no lo ha sido.

Las dos medidas de mayor calado que, a mi parecer, constituyen el Régimen Fiscal de Canarias, en cuanto que son transversales y de ellas pueden beneficiarse

⁹ CONSEJERÍA DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ASUNTOS EUROPEOS DEL GOBIERNO DE CANARIAS, «Régimen económico y Fiscal», en www.gobiernodecanarias.org [en línea], fecha de consulta: 30/04/2022. Disponible en: https://www.gobiernodecanarias.org/asuntoseuropeos/ref/informacion_general/

empresas que desarrollen su objeto social en un amplio abanico de actividades, son la Reserva para Inversiones en Canarias (RIC) y la creación de la Zona Especial Canaria (ZEC).

Puesto que ambas medidas serán analizadas en detalle en otros epígrafes del presente trabajo, simplemente cabe anotar ahora, de forma sencilla, en qué consisten. La **Reserva para Inversiones en Canarias** es un incentivo fiscal consistente en la obtención de una reducción de la base imponible del Impuesto de Sociedades, o una deducción en la cuota íntegra del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, según los casos. Estas reducciones o deducciones proceden de los beneficios obtenidos por los sujetos pasivos de dichos impuestos y que han sido generados por medio de sus establecimientos situados en las islas Canarias y que se destinan a la constitución de una reserva para inversiones. A estas reservas, y por tanto a estas reducciones o deducciones, puede destinarse como máximo una cantidad que no exceda del noventa por ciento (límite que será del ochenta por ciento de la cuota íntegra correspondiente a los rendimientos netos de explotación que provengan de establecimientos situados en Canarias para el caso de contribuyentes al IRPF) de los beneficios no distribuidos obtenidos con su actividad en las islas a lo largo de un ejercicio fiscal. Una vez creada esta reserva, el importe destinado a la misma debe materializarse, hacerse efectivo, en el plazo máximo de tres años, debiendo mantenerse dicha inversión durante un mínimo de cinco años desde la materialización. Tal y como se expone, las inversiones derivadas de la realización de la RIC deben estar destinadas a empresas, actividades, creación de empleo o adquisición de ciertos activos radicados en Canarias; o incluso a la adquisición de deuda pública de esta Comunidad Autónoma.

Por su parte, la **Zona Especial Canaria** debe entenderse como la creación de un marco territorial que geográficamente se corresponde con las islas comprendidas en el Archipiélago Canario, dentro del cual las empresas y establecimientos asentados en el mismo y que cumplan ciertos requisitos (entre los cuáles destaca su inscripción en un registro especial) pasan a beneficiarse de un tratamiento fiscal muy beneficioso. En definitiva, se trata de la creación de una zona de baja tributación, en la cual existe un tipo de gravamen del Impuesto de Sociedades al 4 %, exenciones fiscales sobre dividendos, algunas exenciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como ciertas exenciones al Impuesto General Indirecto Canario (que se sitúa actualmente en el 7 % y que es el equivalente al IVA).

Otra de las importantes medidas que integra el REF fiscal son las **deducciones por inversiones canarias (DIC)**, su regulación se encuentra contenida en el artículo 94 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, así como en la Disposición Adicional cuarta de la ya mencionada Ley 19/1994. Esta medida fiscal tiene por objetivo incrementar los porcentajes de las deducciones aplicables a la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades, respecto a las deducciones que como incentivos fiscales son aplicables a los sujetos pasivos del impuesto en el territorio peninsular. Concretamente, permite deducir sobre la cuota del impuesto (el de sociedades o de la

Renta de las Personas Físicas, según el caso) un tanto por ciento de las cantidades invertidas en activos fijos nuevos¹⁰.

Los porcentajes de estas deducciones han de ser superiores en un 80 % a los del Régimen General, con un diferencial mínimo del 20 %. Pero, ¿cuál es el límite de estas deducciones? El límite máximo de las deducciones por inversiones en Canarias en activos fijos nuevos es superior en un 80 % al que para cada deducción por inversiones se prevé en el Régimen General con un diferencial mínimo de 35 puntos porcentuales. Para el caso de las islas de La Palma, El Hierro y La Gomera, el tope del 80 % aumenta hasta el 100 % y el diferencial mínimo pasa al 45 %.

También es posible disfrutar de estas deducciones en casos en los que la inversión no se destina a la adquisición de activos fijos nuevos, sino usados. Esta posibilidad se contempla siempre y cuando dichos activos fijos usados no hayan disfrutado con anterioridad de la deducción por inversión en el resto del territorio español, y además impliquen una mejora tecnológica significativa para la empresa.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la deducción será aplicable en el ejercicio en el que se haya puesto a disposición el activo en el que se materializa la inversión, o en los quince años posteriores. Es requisito indispensable que los activos en los que se haya realizado la inversión objeto de deducción quede afecto a la actividad económica, empresarial o profesional del sujeto pasivo y se encuentre en funcionamiento por un mínimo de 5 años, o durante toda su vida útil si este período es inferior¹¹.

Se pueden beneficiar de estas mayores deducciones las sociedades y demás entes sujetos al Impuesto de Sociedades con domicilio fiscal en el archipiélago canario. También podrán beneficiarse los sujetos pasivos de dicho impuesto, que no tengan su domicilio fiscal en Canarias, respecto de los establecimientos permanentes que desarrollen su actividad económica en las islas, siempre y cuando las inversiones que estos realicen y por los cuales se consiguen las mencionadas deducciones permanezcan en el archipiélago. Resulta muy interesante señalar que también podrán aprovecharse de estas deducciones las sociedades domiciliadas en las islas Canarias, respecto de sus establecimientos que desarrollan su objeto social en el territorio peninsular o de las islas Baleares, pero sólo respecto de las inversiones y proyectos que se realicen y permanezcan en Canarias. Por último, señalar que también pueden beneficiarse las personas físicas que desarrollen actividades empresariales o profesionales en Canarias y sean sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, eso sí, con las mismas restricciones que establezca la Ley

¹⁰ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, «Deducción por inversión en Canarias», en www.camaratenerife.com [en línea], fecha de consulta: 31/04/2022. Disponible en <https://www.camaratenerife.com/servicios/emprendimiento/creacion-empresas/consolida/informacion-de-interes/obligaciones-e-incentivos-fiscales/1313-creacion-empresas/incentivos/incentivos-fiscales-del-ref-canario/22090-deducccion-por-inversion-en-canarias>

¹¹ FIMAX ASESORES. LEGAL & TRIBUTARIO, «Deducciones por inversiones en Canarias (DIC)», en www.fimax.es [en línea], fecha de consulta: 31/04/2022. Disponible en <https://www.fimax.es/wp-content/uploads/2020/10/DIC.pdf>

de dicho impuesto para la aplicación a los sujetos pasivos de los incentivos y estímulos que para la inversión prevé la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹².

Dentro de las deducciones aplicables a la cuota del Impuesto de Sociedades, cabe mencionar la **deducción por inversiones en largometrajes cinematográficos y series audiovisuales de ficción, animación o documental**; y por otro lado la **deducción por inversiones en territorios de África Occidental y por gastos de propaganda y publicidad**.

En la primera de estas deducciones se permite una deducción en la cuota del Impuesto de Sociedades con un límite máximo de 5 400 000 euros para el caso de producciones nacionales y las internacionales rodadas en el archipiélago canario; frente a los 3 000 000 de límite absoluto aplicable al Régimen General nacional.

Otras medidas de gran importancia por tener un carácter transversal son las relacionadas con incentivos fiscales, me refiero a **supuestos de exención, relacionados con la imposición indirecta**, y más concretamente al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y en Impuesto General Indirecto Canario (IGIC). Los distintos supuestos de exención se regulan en el artículo 25 de la Ley 19/1994 de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Estas exenciones son de aplicación a los sujetos pasivos de los mencionados impuestos que tengan domicilio fiscal en Canarias, así como aquellos que actúen en Canarias por medio de establecimientos permanentes.

Estas entidades quedan exentas del ITPOAJD, por la adquisición de bienes de inversión y de elementos de inmovilizado material. En caso de tratarse de la adquisición de elementos del inmovilizado material, esta exención tan sólo será aplicable como máximo hasta el cincuenta por ciento de la base imponible, salvo para entidades adquirentes en las que concurren las condiciones del art. 108 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Así, en la modalidad de Operaciones Societarias, quedan exentas la constitución de sociedades y las ampliaciones de capital en la parte en que dichos aumentos consistan en la aportación de bienes de inversión o de inmovilizado material; o bien que, en el caso de ampliaciones dinerarias, el importe de la ampliación se destine a la adquisición de dichos bienes.

En cuanto al IGIC, las entidades mencionadas estarán exentas de este impuesto en las entregas e importaciones de bienes de inversión, siempre que estas entidades sean adquirentes o importadoras. También quedan exentas (con el límite del 50 % salvo que se trate de entidades que cumplan ciertos requisitos) del IGIC las prestaciones de servicios consistentes en cesión de elementos del inmovilizado material cuando las entidades en cuestión sean cesionarias de los mismos.

¹² CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO. Dirección General de Promoción Económica del Gobierno de Canarias, «Régimen económico y fiscal. Deducciones por Inversiones», en www.emprenderencanarias.es [en línea], fecha de consulta: 31/04/2022. Disponible en <https://www.emprenderencanarias.es/ref-2/deduccion-por-inversiones-en-canarias/>

Dada la importancia del sector marítimo en las islas, se establecen incentivos fiscales, consistentes en exenciones y algunas bonificaciones, aplicables a los buques (salvo los de pesca) y las empresas inscritas en el **Registro Especial de Buques y Empresas Navieras**. Estarán exentas del Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados los hechos imponible del impuesto realizados sobre buques inscritos en el mencionado registro especial. Para los tripulantes de buques inscritos que tributen por IRPF, se consideran exentos el 50 % de los rendimientos del trabajo que procedan del desarrollo de trabajo personal en dichas naves. En cuanto al Impuesto sobre Sociedades, les será de aplicación una bonificación del 90 % de su base imponible procedente de la explotación de buques inscritos. Existe incluso una bonificación del 90 % en la cuota empresarial de cotización de la Seguridad Social¹³.

Se establece también un **régimen especial para las empresas productoras de bienes corporales**. Régimen que consiste, principalmente, en una bonificación del 50 % de la cuota íntegra del Impuesto Sobre Sociedades, siempre que proceda de rendimientos derivados de la venta de bienes corporales producidos en Canarias. Se trata de bienes corporales propios de actividades agrícolas, ganaderas, industriales y pesqueras. Una vez más podrán beneficiarse tanto las empresas con domicilio fiscal en Canarias como aquellas que sin tenerlo produzcan los mencionados bienes en las islas por medio de sucursales o establecimientos permanentes, y en este caso solo respecto de los que provengan de los bienes producidos en dichas sucursales o establecimientos permanentes. Esta bonificación también será de aplicación para contribuyentes al IRPF.

Para completar el abanico de medidas que constituyen lo que se ha identificado como REF fiscal, debe hacerse una mención breve pero necesaria a impuestos o arbitrios de naturaleza indirecta. Téngase en cuenta que en todo el territorio del archipiélago canario no resulta de aplicación el Impuesto sobre el Valor Añadido, sino que este y con una regulación muy similar al mismo pero con particularidades, queda sustituido por el conocido como **Impuesto General Indirecto Canario** (IGIC). El IGIC, al igual que el IVA, grava el consumo final, si bien el primero se sitúa actualmente en el 7 % frente al 21 % del segundo.

Dentro del marco de la imposición indirecta, cabe señalar la existencia de lo que se conoce como el **Arbitrio sobre Importaciones y Entrega de Mercancías en las islas Canarias** (AIEM). Queda regulado en la Ley 4/2014, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las islas Canarias. Este arbitrio grava de forma indirecta las entregas onerosas de bienes corporales comprendidos en el Anexo I de su norma reguladora, efectuadas por empresarios cuando ellos mismos han producido dichos bienes¹⁴. Todo ello con

¹³ MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA. Gobierno de España, «Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias», en www.mitma.gob.es [en línea], fecha de consulta: 01/05/2022. Disponible en <https://www.mitma.gob.es/marina-mercante/seguridad-maritima-y-contaminacion/registro-especial-de-buques-y-empresas-navieras-de-canarias>

¹⁴ IBERLEY, «Arbitrio sobre Importaciones y entregas de Mercancías en Canarias», en www.iberley.es [en línea], fecha de consulta: 02/05/2022. Disponible en <https://www.iberley.es/temas/arbitrio-sobre-importaciones-entregas-mercancias-canarias-22711>

independencia del origen de los mismos. El beneficio para las islas viene en forma de exenciones de este arbitrio que resulta de aplicación para el caso de la entrega de determinadas mercancías que hayan sido producidas en Canarias, otorgando de esta manera una ventaja fiscal a los empresarios productores autóctonos.

Hecho este apunte acerca de un arbitrio especial para importaciones y entregas de bienes, cabe señalar que las islas Canarias, actualmente, se encuentran integradas dentro del régimen aduanero común, si bien es cierto que con particularidades que tratan, al igual que el resto de medidas que se han ido detallando, de amortiguar los problemas de lejanía e insularidad que en el ámbito del comercio nacional e internacional pudiesen existir.

IV. LA ZONA ESPECIAL CANARIA

En el epígrafe anterior ya se ha efectuado una primera aproximación a lo qué es la Zona Especial Canaria (en adelante, ZEC), pero en esta parte del estudio se pretende efectuar un análisis más exhaustivo de esta medida.

Concretamente, podríamos definir la ZEC como una zona de baja tributación que coincide geográficamente con el territorio de las islas Canarias y que tiene por finalidad favorecer e incrementar el desarrollo económico y empresarial del archipiélago. Con los incentivos fiscales que componen la ZEC se pretende, por un lado, corregir o atenuar los problemas de lejanía y desarrollo que pueda sufrir Canarias, y por otro, potenciar este territorio como ayuda a las empresas locales y atracción de las extranjeras.

Los objetivos de la ZEC y su razón de ser vienen recogidos en el artículo 28 de la Ley 19/1994, por el cual se establece como finalidad la creación de empleo de calidad, el desarrollo económico y social, así como la diversificación de la estructura productiva.

Como bien se vio al inicio de este trabajo, para poder aprovecharse del régimen especial que para las regiones ultraperiféricas se prevé a nivel comunitario, se requería, según el artículo 349 TFUE, que *el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación de los Tratados en dichas regiones, incluidas las políticas comunes*. Exigiéndose, además, que una vez adoptadas estas medidas por parte del Consejo, se pronuncie a propuesta de la Comisión y del Parlamento Europeo.

De acuerdo con este precepto, la ZEC fue autorizada por la Comisión Europea en el mes de enero del año 2000, y fue por medio del Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, por el cual se crea la ZEC y se especifica su regulación en España. Originariamente se preveía la vigencia de la ZEC hasta el 31 de diciembre de 2008, pero con sujeción a posibles

prórrogas previa autorización de la Comisión Europea. Esta prórroga se ha producido en diversas ocasiones, más concretamente en los años 2006, 2014 y 2020. De esta manera, en la actualidad, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 19/1994, la ZEC tiene prolongada su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2027. No obstante, resulta importante destacar, que el punto tercero del mencionado precepto, sujeta la vigencia de esta medida al resultado de las revisiones periódicas que al efecto lleve a cabo la Comisión Europea. Este último matiz hace destacar algo a lo que ya se ha hecho mención con anterioridad, y es la visión finalista, y con ello temporal, del especial régimen del que gozan las regiones consideradas ultraperiféricas. Una vez gracias a esta regulación excepcional, que supone ciertas tensiones con los principios de libre mercado y competencia imperantes en la Unión Europea, se consiga paliar los efectos negativos de los que adolecen las regiones ultraperiféricas debido a factores inherentes a las mismas y se consiga equipararlas a los «niveles europeos deseados», este régimen especial debería decaer para quedar estas zonas sujetas a la regulación común y a la que queda sujeta el resto del territorio comunitario.

1. Ámbito geográfico y subjetivo

Uno de los principios básicos y estructurales de la ZEC es el **principio de estanqueidad respecto del ámbito geográfico**. En este sentido el artículo 30 de la Ley 19/1994 es claro:

«El ámbito geográfico de la Zona Especial Canaria se extenderá a todo el territorio de las islas Canarias».

Este precepto no deja lugar a confusión, si bien es cierto que debe ser entendido y puesto en contexto teniendo en cuenta el ámbito subjetivo de la ZEC, es decir, qué personas o entidades pueden beneficiarse de esta medida. Y es que, como se detallará, no solo pueden aprovecharse de este régimen las entidades o personas físicas con domicilio fiscal en Canarias, sino que al igual que ocurre con otras de las medidas ya expuestas, podrán beneficiarse establecimientos permanentes y sucursales radicadas en las islas Canarias, a pesar de que lo sean de empresas con domicilio fiscal en otro lugar. Eso sí, en este último caso tan solo podrán beneficiarse respecto del resultado que proceda directamente del desarrollo de su actividad efectuado por dichos establecimientos permanentes o sucursales radicados en el archipiélago.

Con todo ello pasamos a analizar lo previsto en el artículo 31 de la Ley 19/1994 con relación al ámbito subjetivo. De acuerdo con este precepto, se consideran como entidades de la ZEC aquellas personas jurídicas y sucursales de nueva creación que se encuentren debidamente inscritas en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria. La inscripción en este registro es, por tanto, condición indispensable para poder beneficiarse de las ventajas fiscales que supone formar parte de la ZEC. Al mismo tiempo, para lograr la inscripción en este registro especial es necesario cumplir ciertos requisitos, a saber:

- Que la persona jurídica o sucursal de nueva creación tenga en las islas Canarias tanto su domicilio fiscal como su sede de dirección efectiva. Respecto de este requisito cabe resaltar que tanto el domicilio fiscal como la sede de dirección efectiva deben encontrarse situadas geográficamente en el archipiélago, son requisitos que han de cumplirse cumulativamente, no son alternativos entre ellos.

Adviértase también que en la ZEC pueden formar parte tanto las personas jurídicas (entendiéndose principalmente por sociedades mercantiles) como las sucursales, lo que implica una flexibilización del requisito anterior, ampliándose las entidades que pueden inscribirse en el mencionado registro especial. A estos efectos cabe recordar que en nuestro Derecho Positivo no existe como tal una definición de sucursal, sino que la misma ha sido construida doctrinal y jurisprudencialmente. Así las cosas, la sucursal se entiende como un establecimiento secundario que permite ampliar geográficamente el desarrollo del objeto social de una sociedad matriz, cuya personalidad jurídica no es propia e independiente, sino que coincide con la de su sociedad matriz. Uno de los rasgos más característicos de las sucursales, y que la diferencia de un mero establecimiento permanente, es que goza de una gestión o autonomía propia y operativa¹⁵.

En conclusión, cumple este requisito la sucursal que lo es de una sociedad mercantil domiciliada en territorio que no sea de la ZEC, siempre y cuando dicha sucursal se encuentre enclavada físicamente en el ámbito geográfico de Canarias y ejerza su dirección efectiva y desarrollo del objeto social de la sociedad matriz en el archipiélago canario.

- Que al menos uno de los administradores de la sociedad, o al menos uno de los representantes legales en el caso de las sucursales, resida en Canarias. Esta medida, a mi forma de ver, pretende por un lado, incentivar la creación de empleo en las islas, pero, ante todo, intentar que personas residentes en Canarias puedan intervenir de alguna manera en la gestión y dirección de las actividades desarrolladas por las entidades que formen parte de la ZEC.
- Las actividades que constituyan el objeto social deberán ser alguna de las incluidas en el Anexo de la Ley 19/1994. Se permite aun así que las entidades ZEC, además de desarrollar alguna de las actividades previstas en dicho Anexo, desarrollen actividades no incluidas en el mismo siempre y cuando lo hagan por medio de sucursales y llevando una contabilidad separada. Estas sucursales que llevan a cabo actividades no comprendidas en el Anexo no podrán beneficiarse de las ventajas de la ZEC.

Lo cierto es que dicho Anexo comprende un abanico muy extenso de actividades, pero en concreto se centra en aquellas que puedan resultar de

¹⁵ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil. Volumen I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, 22.ª edición, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 149-151.

interés estratégico para las islas, así como aquellas que pueden tener un mayor aprovechamiento en las mismas.

Se requiere que en los dos años siguientes a su inscripción se realicen una serie de inversiones que queden concretadas en elementos del inmovilizado material o intangible, situados o recibidos en el ámbito geográfico de la ZEC. Al mismo tiempo, se requiere que los activos adquiridos con dichas inversiones queden afectos y sean necesarios para el desarrollo de las actividades propias del contribuyente y que deben ser de las contenidas en el Anexo al que se ha hecho referencia con anterioridad.

Estas inversiones deben cumplir también con unos requisitos cuantitativos, así pues, para el caso en que se materialicen en las islas de Gran Canaria o Tenerife, la inversión mínima ha de ser de 100 000 euros. Mientras que si la inversión se efectúa en las islas de El Hierro, Fuerteventura, La Gomera, Lanzarote o La Palma, la inversión mínima ha de ser de 50 000 euros.

Pero estas inversiones, además de los requisitos cuantitativos expuestos, deben cumplir con otros añadidos, así: los activos en los que se hayan concretado las inversiones deben permanecer en el ámbito territorial de la ZEC durante todo el tiempo en que el contribuyente esté disfrutando de este régimen, sin que puedan ser transmitidos. Tampoco podrán ser arrendados o cedido su uso a terceros, salvo que este sea el objeto del contribuyente y no exista vinculación directa o indirecta entre el cedente y el cesionario. La no transmisión tiene una excepción, de manera que estará permitida cuando el importe obtenido con ella se reinvierta en nuevos elementos del inmovilizado en idénticas condiciones y en el plazo de un año.

Las inversiones pueden materializarse en activos que no sean nuevos, siempre y cuando no se hubiesen beneficiado con anterioridad de este mismo régimen.

- Las entidades ZEC deberán crear un número mínimo de puestos de trabajo dentro de las islas Canarias, dentro del plazo de los seis meses siguientes a su inscripción en el registro especial y mantengan el mismo promedio de plantilla durante todo el tiempo que estén disfrutando del régimen de la ZEC.

Para el caso de las islas de Gran Canaria y Tenerife estaríamos hablando de la creación de un mínimo de 5 puestos de trabajo; mientras que para el resto de las islas hablamos de un mínimo de 3 empleos.

- Finalmente, estas entidades deberán presentar una memoria descriptiva en la que se detallen las actividades que llevan a cabo y que pruebe su *solven- cia, viabilidad, competitividad internacional y contribución al desarrollo económico y social de las islas Canarias*. Esta memoria es vinculante para las entidades de la ZEC.

Hasta aquí los requisitos que deben cumplirse para poder inscribirse en el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria, y con ello para poder beneficiarse del régimen de la ZEC. Pero debe hacerse una excepción. Es posible que

una entidad sea inscrita en este registro especial y consecuentemente pueda beneficiarse de este régimen, aun en el caso en que no cumpla el requisito de inversión mínima que se ha expuesto anteriormente. Pero, en este caso, para su inscripción será necesario que además de cumplir el resto de los requisitos expuestos, proceda a la creación de un número de puestos de trabajo superior al previsto como requisito mínimo (5 o 3 empleos dependiendo de las islas).

En definitiva, el cumplimiento de todos estos requisitos se centra en conseguir desarrollo económico, realización de actividades de trascendencia estratégica para las islas y en la creación de puestos de trabajo en el archipiélago.

2. Estructura y funcionamiento orgánico de la Zona Especial Canaria

Como se ha podido ver hasta el momento, la vigilancia en el cumplimiento de los requisitos necesarios para formar parte de la ZEC y beneficiarse de su régimen especial, no es materia sencilla. Con esta finalidad, y para controlar el correcto cumplimiento, se crea el Consorcio de la Zona Especial Canaria, el cual queda adscrito al Ministerio de Hacienda y tiene la consideración de un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propios, que además goza de plena capacidad jurídica tanto pública como privada. Como se ha dicho, este organismo público tiene por principal función la vigilancia y supervisión de las actividades que desarrollan las entidades que forman parte de la ZEC. Así mismo, tiene funciones de colaboración con el resto de administraciones y, en especial, con las del estado, para dar tanto publicidad del funcionamiento de la ZEC como propuestas de mejora.

En todas aquellas materias relacionadas con la ZEC, el Consorcio emite actos y resoluciones que agotan la vía administrativa. Todo ello con la excepción de la materia tributaria, en la que los pronunciamientos del Consorcio no agotan la vía administrativa, sino que los mismos serán recurribles en la vía económico-administrativa. En cualquier caso, los actos y resoluciones del Consorcio, al agotar la vía administrativa, se podrán recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Simplemente, cabe señalar que el Consorcio de la ZEC se encuentra a su vez compuesto por un Consejo Rector (un presidente y cinco miembros), y por un presidente. A su vez, el Consejo Rector, tiene adscrito una Comisión Técnica, cuya finalidad es emitir informes relativos a las solicitudes de inscripción en el Registro Especial de la ZEC. Estos informes serán vinculantes en lo que se refiere a los requisitos que las entidades deben cumplir para lograr su inscripción y que estén relacionados con los de solvencia, viabilidad y competitividad internacional. De esta manera, cuando una entidad quiera inscribirse en el Registro Especial de la ZEC y quiera saber previamente si va en el buen camino, es decir, si cumple los requisitos pertinentes para lograr dicha inscripción, podrá solicitar de esta Comisión Técnica un informe vinculante en los extremos indicados, la cual deberá pronunciarse en un período de tiempo no superior a un mes.

El mencionado Consejo Rector del Consorcio de la ZEC, además de la ya mencionada Comisión Técnica, dispone de una Comisión Consultiva. Esta Comisión tiene por objeto resolver las cuestiones planteadas por el Consejo Rector. Resulta conveniente destacar que en esta Comisión Consultiva encuentran voz los distintos sectores o entidades que se ven directamente afectados por la ZEC. Así, queda compuesta por un máximo de 12 miembros, que lo serán en representación de las distintas entidades que componen la ZEC, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, de las confederaciones empresariales y organizaciones sindicales de Canarias, del sector de la ciencia y tecnología y de personas de reconocido prestigio en materia jurídica, económica y financiera.

La regulación concreta de todos estos organismos y órganos técnicos y consultivos que permiten el correcto funcionamiento de la ZEC queda contenida en los artículos 32 a 39 de la Ley 19/1994, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

3. Medidas e incentivos fiscales de la Zona Especial Canaria

En el presente epígrafe pasamos a analizar detalladamente las distintas medidas fiscales que componen el especial Régimen de la ZEC y que hacen de esta media del Régimen Económico y Fiscal de Canarias una de las más interesantes y de mayor calado de este régimen propio de las islas Canarias como una región ultraperiférica reconocida a nivel comunitario.

Dentro de estas medidas e incentivos fiscales de la ZEC deberíamos distinguir cuatro grandes bloques: el relacionado con el Impuesto de Sociedades, el Impuesto Sobre la Renta de los No Residentes, el Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y, por último, el Impuesto General Indirecto Canario.

3.1. Impuesto sobre Sociedades

Su regulación específica se encuentra contenida en los artículos 42 a 44 de la Ley 19/1994. Tal y como se desprende del artículo 43 de la mencionada ley, el tipo impositivo del Impuesto Sobre Sociedades (IS) para las entidades de la ZEC se sitúa en el 4 %, frente al 25 % del tipo general a nivel español. Así, este tipo en el IS constituye una de las medidas más atractivas del régimen especial de la ZEC, no solo para empresas españolas, sino también extranjeras, ya que se trata de uno de los tipos de este impuesto más bajos de toda Europa.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en todo caso esta medida, como las demás que se han ido repasando y que constituyen el Régimen Económico y Fiscal de Canarias, tienen por objetivo incentivar y mejorar la actividad económica en las islas Canarias, alcanzando con ello un nivel de bienestar y desarrollo similar a los

del resto de Europa. Por ello, y en consonancia con estos objetivos, debe tenerse en cuenta que este tipo del 4 % en el IS será de aplicación para las entidades que formen parte de la ZEC, pero no en relación con la totalidad de las operaciones que lleven a cabo con independencia geográfica. En este sentido, debe advertirse lo dispuesto en la letra a) del artículo 42 de la Ley 19/1994, al prever la aplicabilidad de este tipo reducido tan solo a la parte de la base imponible del impuesto que deban satisfacer las entidades de las ZEC, que provenga de las operaciones que dichas entidades desarrollen y se realicen «*material y efectivamente*» en lo que ya hemos identificado como el ámbito geográfico de la ZEC. La complejidad de este extremo reside en la forma de determinar efectivamente esta parte de la base imponible del IS. A su determinación se hará referencia más adelante.

A estos efectos, y con la finalidad de una correcta aplicación del tipo especial de IS al 4 %, se exige que las entidades de la ZEC lleven una contabilidad no solo adaptada a lo dispuesto en el Código de Comercio, sino que además se adapte a unas reglas especiales. Por ello deberán llevar una contabilidad separada para las siguientes operaciones:

1. Una contabilidad separada para:

- Transmisiones de bienes muebles corporales efectuadas en el ámbito geográfico de la ZEC.
- Transmisiones de bienes inmuebles, tanto del pleno dominio como cualesquiera otros derechos reales sobre los mismos, que formen parte de su inmovilizado, queden afectos a su actividad y radiquen en el ámbito geográfico de la ZEC.
- Prestaciones de servicios efectuadas con medios situados en el archipiélago.
- Operaciones efectuadas en centros de actividad de la entidad ZEC situados en su ámbito geográfico, y que tengan como destino una sucursal de dicha entidad situada fuera del ámbito geográfico de la ZEC. Siempre y cuando las mencionadas operaciones hayan sido empleadas por dichas sucursales para la entrega de bienes o prestación de servicios a terceros.

2. Otra contabilidad separada para:

- Operaciones recibidas por centros de actividad situados en las islas Canarias, pertenecientes a entidades ZEC, cuando estas operaciones tengan como origen sucursales de estas entidades situadas fuera del ámbito geográfico de la ZEC. Siempre y cuando estas operaciones hayan sido empleadas por los centros de actividad situados en el archi-

piélago para efectuar entregas de bienes o prestaciones de servicios a terceros.

- Transmisiones de elementos patrimoniales adquiridos por entidades de la ZEC a entidades no acogidas a este régimen especial como consecuencia de operaciones que queden sujetas al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado Miembro a otro de la Unión Europea.
3. Para el caso en que la entidad de la ZEC debidamente inscrita en el correspondiente Registro lleve a cabo por medio de una o varias sucursales, alguna actividad que no quede comprendida entre las previstas en el Anexo de la Ley 19/1994, dicha sucursal o sucursales deberán llevar una contabilidad separada y aparte de la propia de la entidad ZEC que sí desarrolle efectivamente alguna de dichas actividades. Recordemos aquí que uno de los requisitos para lograr la inscripción de una entidad en el Registro Oficial de Entidades ZEC era tener comprendido en su objeto social y desarrollar una de las actividades que se consideran de especial interés para las islas Canarias y que quedan comprendidas en el Anexo de su ley reguladora. Puesto que al mismo tiempo se les permite a estas entidades desarrollar actividades no comprendidas en este listado de *numerus clausus*, las sucursales que las lleven a cabo deberán tener una contabilidad separa y diferenciada, para así poder diferenciar claramente la parte de las operaciones y sus resultados a los cuales les resulta de aplicación el especial régimen de la ZEC.
 4. Por su parte, en la memoria contable deberá indicarse de forma diferenciada la parte de la cuenta de pérdidas y ganancias, así como todas aquellas cuentas que muestren la aplicación del beneficio obtenido con las actividades y operaciones desarrolladas en las islas Canarias. Esta especialidad contable está destinada a controlar el cumplimiento de otro de los requisitos necesarios para ser considerada entidad de la ZEC, como es efectuar ciertas inversiones de unos importes mínimos en determinados periodos de tiempo y en activos que cumplan con ciertas características, especialmente de carácter geográfico.

Tratándose de la aplicación de un tipo de gravamen del IS, que en comparación con el aplicable al resto del territorio nacional resulta tan ventajosa, es de vital importancia la determinación de la parte de la base imponible del impuesto que provenga de las operaciones efectuadas por las entidades ZEC que se hayan llevado a cabo y materializado de forma efectiva en el ámbito geográfico de las islas Canarias. Para esta concreción ha de hacerse referencia a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 19/1994, el cual señala que la parte de la base imponible a la cual es de aplicación el tipo del 4 % del IS es aquella que resulta de multiplicar por cien el

resultado de una fracción. La fracción es aquella en la que en el **numerador** y con signo positivo, se hace constar la suma del importe de las operaciones previstas en el apartado primero del mencionado artículo 44, y a dicha cantidad, y también en el numerador, se le resta el importe de las operaciones a las que se refiere el apartado segundo del mismo precepto. Concretamente se refiere a las operaciones que se han indicado anteriormente con los números 1 y 2, respectivamente. Por su parte, en el **denominador** se harán constar el importe total de los ingresos de la base imponible de la entidad.

Al multiplicar por cien el resultado de la fracción indicada obtenemos un porcentaje, y es este porcentaje el que tenemos que aplicar a la base imponible del IS para determinar el importe concreto de esta base imponible a la cual le resulta de aplicación el tipo de gravamen del 4 %. Pero lo cierto es que el artículo 44 de la Ley 19/1994 señala que este tipo de gravamen se aplicará sobre el menor valor que resulte entre dos cuantías. La primera es a la que ya hemos hecho referencia, esto es el importe que resulte de multiplicar la base imponible del IS por el porcentaje obtenido de multiplicar por cien la fracción ya indicada. Y la segunda es la que resulta de la aplicación de unas reglas, que son las siguientes:

- 1 800 000 euros para las entidades de la ZEC que cumplan el requisito de creación mínima de empleo, que ya se ha expuesto con anterioridad.
- A la cantidad anterior se le sumarán 500 000 euros por cada puesto de trabajo creado que exceda del mínimo. Con un límite máximo, a efectos de este cálculo, de 50 puestos de trabajo.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la existencia de un límite máximo a la aplicación del tipo del 4 % del IS. Este límite máximo opera tanto para los puestos de trabajo creados superior a los 50 como para las otras cifras a las que pueda aplicarse el mencionado tipo de gravamen en su caso. Así, la minoración de la cuota íntegra del IS para cada período impositivo, una vez aplicado el tipo del 4 %, en relación con el tipo de este impuesto aplicado en el resto del territorio nacional, no podrá ser superior al treinta por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la entidad ZEC en cuestión.

3.2. Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

En relación con el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, el incentivo fiscal que tienen las entidades ZEC viene en forma de exención de la retención. De esta manera, no se requerirá la retención prevista con carácter general para el IRNR, para el caso de la obtención de dividendos distribuidos por filiales sujetas al régimen de la ZEC que sean recibidos por sus sociedades matrices cuyo domicilio se encuentre en el extranjero. Quedan también exentas de retención los rendimien-

tos e intereses obtenidos por dichas entidades cuando los mismos se deriven de la cesión a terceros de capitales propios, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles sin mediación de establecimiento permanente.

Para obtener estas exenciones se requiere que dichas rentas se obtengan por No Residentes, y que sean pagadas por entidades ZEC, con origen en operaciones realizadas efectivamente en el ámbito geográfico de las islas Canarias.

Se requiere, para esta dispensa de retención, que exista un acuerdo efectivo de intercambio de información tributaria entre España y el país donde la entidad matriz tenga su domicilio fiscal.

3.3. *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados*

Como ya se ha señalado con anterioridad, los atractivos de la ZEC no solo residen en reglas de baja tributación, como ocurre con el IS, sino que existen otros atractivos que si cabe pueden resultar todavía más interesantes, como serían las exenciones fiscales. Este es el supuesto de ciertas operaciones que quedan gravadas por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPOAJD).

Estos supuestos de exención quedan recogidos en el artículo 46 de la Ley 19/1994. De acuerdo con este precepto se reconocen tres exenciones del ITPOAJD para las entidades de la ZEC, que concretamente son los siguientes:

- Quedan exentas del referido impuesto en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, las operaciones que impliquen la adquisición de bienes y/o derechos destinados a la actividad propia de la entidad ZEC, y que al mismo tiempo dichos bienes y derechos se encuentren ubicados, puedan ejercitarse o deban cumplirse en el territorio que comprende el archipiélago canario.
- Quedan exentas del impuesto en la modalidad de operaciones societarias, las operaciones llevadas a cabo por la entidad ZEC que impliquen hecho imponible de esta modalidad del ITPOAJD. A excepción, que sí tributarán por operaciones societarias, de las disoluciones de estas entidades.
- En cuanto a la modalidad de actos jurídicos documentados, quedan exentas las operaciones documentadas que impliquen devengo y que hayan sido efectuadas por la entidad ZEC. Todo ello con la excepción de que sí tributarán por actos jurídicos documentados, las letras de cambio, documentos que realicen función de giro, así como a nivel notarial las escrituras matrices, las copias y actas notariales, incluidos los testimonios.

3.4. *Impuesto General Indirecto Canario*

Como bien se ha señalado con anterioridad, algunas de las medidas que pretenden incentivar la economía en Canarias, están relacionadas directamente con la imposición indirecta. De esta manera se establece en el territorio de las islas Canarias el conocido como Impuesto General Indirecto Canario (en adelante, IGIC), el cual tiene una regulación muy similar al IVA, gravando prácticamente los mismos hechos imponible. La particularidad del IGIC frente al IVA, es su tipo impositivo, el cual actualmente se sitúa en el 7 %, frente al tipo general del IVA que se encuentra al 21 %.

Si bien es cierto que este inferior gravamen, ya es de por sí una medida fiscal ventajosa, las entidades de la ZEC todavía pueden beneficiarse más en relación con este impuesto. Este mayor beneficio viene en forma de exención del IGIC, en los términos previstos en el artículo 47 de la Ley 19/1994. Así se consideran exentas del IGIC aquellas operaciones efectuadas por entidades ZEC que impliquen entregas de bienes o prestaciones de servicios (lo que constituye el hecho imponible de este impuesto indirecto), cuando las destinatarias de las mismas sean otras entidades ZEC. De esta manera, y tal y como prevé el mencionado precepto de la Ley 19/1994, esta medida permitirá la deducción de las cuotas de IGIC soportadas por las entidades ZEC por repercusión directa en las operaciones por las que adquieran bienes o reciban servicios, cuando las que vendan estos bienes o presten estos servicios sean otras entidades ZEC.

Pero el mencionado precepto va todavía más allá y concluye:

«Asimismo, estarán exentas de dicho tributo las importaciones de bienes realizadas por las entidades de la Zona Especial Canaria».

V. LA RESERVA PARA INVERSIONES EN CANARIAS

La Reserva para Inversiones en Canarias (en adelante, RIC), constituye una de las medidas de mayor calado en el marco de lo que hemos identificado como el Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y más concretamente dentro de su vertiente fiscal. Ya se ha hecho una primera aproximación a cerca de lo que es la RIC al hacer un repaso a las distintas medidas que constituyen el especial régimen fiscal Canario. En cualquier caso, hemos de tener como punto de partida cuál es el principal objetivo de la RIC. Así, la RIC pretende estimular la inversión con cargo a los recursos propios de las entidades, de manera que se obtenga una financiación más barata, encontrándola en los propios medios de las entidades situadas en Canarias, y no teniendo que ir a buscarla, al menos en parte, a agentes externos.

La RIC encuentra una regulación extensa y bastante clara en el artículo 27 de la Ley 19/1994, si bien es cierto que tratándose de una materia que admite cambios y distintas interpretaciones en sus preceptos, ganan aquí importancia los pronunciamientos administrativos, del Tribunal Económico Administrativo y de los órganos

jurisdiccionales. Esto obliga a las personas jurídicas y a las físicas que pretenden acogerse a la RIC a revisar el posicionamiento que la administración tributaria adopta en cada momento respecto de lo que se puede hacer y lo que no, o cómo computarse los tiempos, tal y como iremos viendo.

Antes de entrar de lleno en la exposición relativa a en qué consiste la RIC y cómo funciona, hemos de tener en cuenta que esta medida gira en torno a dos grandes grupos de sujetos que pueden beneficiarse de la misma. Por un lado, identificamos a las entidades jurídicas consideradas como sujetos pasivos del IS, y por otro lado, las personas físicas sujetas a la tributación del IRPF. En cualquiera de los dos casos, los sujetos pasivos deben cumplir una serie de requisitos imprescindibles para beneficiarse del régimen de la RIC, requisitos que se irán analizando de forma detallada. Se va a hacer referencia desde un primer momento al primer grupo, a las entidades sujetas a IS, pero teniendo en cuenta que su régimen resulta aplicable de igual forma a las personas físicas que tributen por IRPF, sin perjuicio de que más adelante se hagan las aclaraciones oportunas.

Entrando en materia, podríamos identificar la RIC como un beneficio o incentivo fiscal, por el cual los sujetos pasivos del Impuesto Sobre Sociedades tienen derecho a obtener una reducción en su base imponible. Esta reducción lo será por las cantidades que los sujetos pasivos obtengan en forma de beneficio (no distribuido) por el desarrollo de su actividad a través de establecimientos situados en las islas Canarias, y que destinen a la dotación de una reserva cuya finalidad sea realizar de forma efectiva inversiones en las islas que cumplan con ciertos requisitos.

1. Elementos definitorios de la Reserva para Inversiones en Canarias

Para entender bien el funcionamiento de la RIC, conviene detallar los condicionantes o características que debe reunir cada uno de los elementos definitorios de esta medida:

1.1. *Origen de las dotaciones destinadas a la Reserva para Inversiones en Canarias*

La Reserva se constituye con **dotaciones** que se hacen a la misma en cada período impositivo. Al mismo tiempo estas dotaciones tienen su origen en los **beneficios** que obtiene la entidad. Pero, ¿puede destinarse a esta reserva cualquier beneficio? No, tan solo los considerados como **beneficios no distribuidos** y que al mismo tiempo sean el resultado de las actividades que se desarrollan por **establecimientos situados en las islas Canarias**.

En este sentido, se consideran beneficios no distribuidos aquellos que se destinan a nutrir las reservas, con exclusión de las legales. Ha de tenerse muy en cuenta qué consideramos como beneficio no distribuido, pues las entidades que hacen dotaciones

a la RIC, van materializando inversiones con cargo a esta reserva año tras año. Estas inversiones se concretan en muchos casos en la adquisición de activos o elementos patrimoniales que quedan afectos a la actividad de la entidad beneficiaria de la medida. Así pues, es muy probable que pasado un tiempo las entidades se planteen la transmisión de estos elementos patrimoniales que en su día habían adquirido con cargo a la RIC. Es en este punto donde se establece un límite en la consideración de beneficio no distribuido que pueda servir para dotar nuevamente la RIC. Y es que no se considera beneficio no distribuido, y por tanto no es un beneficio apto para dotar RIC, aquel que provenga de la transmisión de elementos patrimoniales que hubiesen sido adquiridos como consecuencia de la materialización de RIC dotada con beneficios de períodos impositivos a partir del uno de enero de 2007. Esta medida lo que pretende es que, en cualquier caso, la RIC sirva para la generación de nueva actividad y crecimiento económico a través de inversiones originarias que tengan como origen beneficios obtenidos por la propia actividad inherente a la entidad y no por la transmisión de elementos que previamente ya se hayan beneficiado de la medida. La RIC pretende funcionar a través de incentivar inversiones que tengan su punto de partida en la actividad económica que constituye el objeto de las entidades, y no en la transmisión de elementos que se encontraban en la rueda de esta medida fiscal y que como tal no implicarían crecimiento económico a través de la creación de un valor añadido a través del desarrollo de una actividad.

En consonancia con lo anterior, si se trata de la transmisión de elementos patrimoniales que tan solo en parte hubiesen sido objeto de materialización de RIC a partir del 1 de enero de 2007, podrá considerarse como beneficio no distribuido la parte proporcional del precio obtenido con la transmisión de estos elementos que corresponda con el valor de adquisición que no tuviese como origen materialización de RIC posterior a la indicada fecha.

Por su parte se considera que un beneficio se ha obtenido por un establecimiento en Canarias, y por tanto puede ser objeto de RIC, cuando procede del desarrollo por parte de estas entidades de determinadas actividades económicas efectuadas en el archipiélago, incluyendo la transmisión de los elementos patrimoniales afectos a estas actividades.

Si se destinan fondos propios a las reservas, la cantidad a la que asciendan estos fondos propios debe entenderse que disminuyen la cantidad de la reserva que constituye la RIC. Es decir, solo podrán acogerse a este especial régimen las cantidades que constituyan esta reserva y tengan por origen, como hemos dicho, beneficios no distribuidos obtenidos por el desarrollo de las actividades de los establecimientos en Canarias. Claro está que, en este concepto de beneficio no distribuido, no podemos incluir los fondos propios.

1.2. Límites cuantitativos, temporales y cualitativos de la Reserva para Inversiones en Canarias

Una vez ya sabemos qué requisitos deben cumplir los beneficios obtenidos la entidad para que puedan destinarse a RIC, ha de tenerse en cuenta la existencia de

un **límite máximo de carácter cuantitativo**. Así, en cada período impositivo no podrá destinarse a la Reserva para Inversiones en Canarias, una cantidad superior al **noventa por ciento de los beneficios no distribuidos** (considerados tal y como se ha expuesto) obtenidos en ese mismo período impositivo en que se dota la reserva. El artículo 27 de la Ley 19/1994 aclara que, incluso teniendo en cuenta este límite, en ningún caso la reducción de la base imponible por razón de las dotaciones RIC puede hacer que esta base imponible sea negativa.

Para el caso de los contribuyentes al IRPF que decidan acogerse al régimen de la RIC, la deducción que por estas inversiones puedan obtener en su cuota íntegra tendrá como límite el ochenta por ciento de la parte de esta cuota íntegra que corresponda proporcionalmente a los rendimientos netos de explotación que tengan su origen en establecimientos situados en las islas Canarias.

Dentro de los límites cuantitativos, hemos de tener en cuenta lo provisto en el artículo 27.14 de la Ley 19/1994, en el cual se fija una limitación al beneficio fiscal que pueda obtenerse con la reducción de la base imponible del impuesto gracias a la RIC. De este modo, se establece que la minoración que se obtenga de la cuota íntegra del IS y que tenga origen en la reducción como consecuencia de la RIC y en cualquier otro beneficio fiscal o subvención de cualquier otra Administración Pública, no podrá ser de una cuantía superior a los límites establecidos por la normativa comunitaria para las ayudas a la inversión.

En la **vertiente temporal** hemos de tener en cuenta la existencia de dos grandes límites. El primero de ellos tiene que ver con el plazo máximo del que dispone la entidad que ha dotado la Reserva para Inversiones en Canarias para materializar la inversión a la que se ha comprometido. El segundo se centra en fijar el período de tiempo que como mínimo debe permanecer en funcionamiento o en el patrimonio de la entidad la inversión en que se haya materializado la inversión con origen en la Reserva para Inversiones en Canarias.

En cuanto al primero de los límites, téngase en cuenta que la entidad que haya dotado cantidades a la RIC dispone del **plazo máximo de tres años**, contados desde la fecha de devengo del impuesto en el período impositivo en el que haya dotado la reserva, para materializar la inversión a la que se ha comprometido en dicho ejercicio con las dotaciones efectuadas.

En relación con este plazo, debe tenerse en cuenta que el apartado 11 del artículo 27 de la Ley 19/1994 permite la realización de **inversiones anticipadas**. Esto quiere decir que en un período impositivo concreto, el contribuyente puede hacer una inversión con cargo a la RIC por un importe superior al límite máximo del 90 % que se prevé para ese período impositivo, de acuerdo con el límite máximo cuantitativo; y que ese exceso implique materialización RIC que se haga con cargo a las dotaciones que se destinen a esta reserva con origen en los beneficios no distribuidos obtenidos en el período impositivo en el que se efectúa la inversión o en los tres posteriores. Esta regla al mismo tiempo tiene un límite temporal.

El segundo de los límites temporales a los que se ha hecho referencia impone que una vez materializada la inversión con cargo a la Reserva para Inversiones en Canarias, es decir, una vez la inversión se ha realizado de manera efectiva, la entidad deberá mantener en funcionamiento esa inversión durante un **período mínimo de cinco años**. Durante este lapso temporal la entidad no podrá, con carácter general, transmitir, ni arrendar ni ceder a terceros el uso de la inversión, elemento o elementos patrimoniales en los que se haya concretado la citada inversión. En aquellos supuestos en los que la inversión RIC se haya hecho efectiva con la adquisición de suelo, el período mínimo de **mantenimiento sube de los cinco a los diez años**.

En ocasiones, la transmisión de los elementos patrimoniales adquiridos con las inversiones RIC constituyen una buena oportunidad de negocio, pero otras veces responden a una necesidad de financiación o tesorería de las entidades. Sobre todo por estos últimos supuestos, la ley permite la transmisión de dichos elementos sin que ello implique necesariamente el incumplimiento de los requisitos para obtener la reducción de la base imponible y que con ello se tuviese que hacer frente a las consecuencias fiscales y las sanciones que dicho incumplimiento pudiese acarrear. De este modo, en el caso en que antes de cumplirse los períodos anteriores, la entidad procediese a la transmisión de los elementos patrimoniales, se considerará que continúa cumpliendo este requisito cuando con el importe obtenido de esta operación adquiriese otro elemento patrimonial que cumpla los requisitos RIC y que pueda sustituir al transmitido como mínimo en cuanto a su valor contable. Esta reinversión queda sujeta también a un límite temporal, y es que esta operación, que implica sustitución de un elemento por otro, debe efectuarse en el plazo máximo de seis meses desde que el activo transmitido se haya dado de baja en el balance de la entidad. Además, el nuevo elemento adquirido deberá mantenerse hasta que se alcance, al menos, el cumplimiento del plazo temporal de los cinco o diez años dependiendo del activo en el que se haya materializado la inversión.

En ocasiones, en supuestos como el anterior, el elemento patrimonial que se adquiere con el importe de la transmisión del ya existente es superior al valor neto contable de este último. Así, en la cantidad que esta reinversión supere el valor contable del bien originario o transmitido, podrá considerarse como materialización de RIC del período impositivo en el que se haya adquirido este nuevo activo en sustitución del anterior.

Para el caso en que los elementos en los que se haya materializado la inversión no hayan sido transmitidos, sino que se hubiesen perdido antes de completarse el límite temporal que venimos tratando, podrá considerarse que continúa cumpliéndose este requisito si se procede a su sustitución en los términos y plazos que se han señalado para los casos de transmisión.

Hasta aquí nos hemos centrado en el supuesto de transmisión, pero recordemos que cuando hemos hecho referencia al plazo de cinco años relativos al mantenimiento de la inversión, se ha dicho que durante dicho plazo no se puede transmitir, ni arrendar ni ceder el uso. Es importante detenerse en este punto, ya que es más

que conocido que uno de los sectores más potentes, por no decir el más, en el ámbito geográfico de las islas Canarias es el turístico en sus distintas vertientes. En el sector turístico, ya sea en lo que se refiere al alojamiento de turistas como en la prestación de todo tipo de servicios que envuelven esta actividad económica, tiene gran trascendencia tanto el arrendamiento de inmuebles como la cesión de su uso para el desarrollo de distintas actividades. De acuerdo con la regla establecida, ¿implica esta prohibición que cualquier tipo de actividad que implique arrendamiento o cesión de uso de elementos patrimoniales queda fuera de los beneficios de la RIC? No. Cuando la actividad económica del contribuyente esté destinada al arrendamiento o la cesión de uso de elementos patrimoniales, podrá disfrutarse igualmente del régimen de la RIC siempre que los arrendatarios o cesionarios no tengan la consideración de personas o entidades vinculadas respecto del arrendador o cedente, en los términos previstos en el artículo 18.2 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹⁶.

En cualquier caso no podrán tratarse de operaciones de arrendamiento financiero.

Cuando la actividad consista concretamente en el arrendamiento de bienes inmuebles, además de cumplirse los requisitos ya expuestos, el contribuyente arrendador deberá reunir alguna de las siguientes consideraciones:

- Tratarse de una empresa turística en los términos establecidos en la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias.

¹⁶ Art.18.2 LIS: «Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores, salvo en lo correspondiente a la retribución por el ejercicio de sus funciones.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- g) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- h) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación de los socios o partícipes con la entidad, la participación deberá ser igual o superior al 25 por ciento. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

- Que el arrendamiento recaiga sobre viviendas en régimen de protección oficial, y el arrendamiento se lleve a cabo por parte de la entidad promotora de las mismas.
- Arrendamientos de inmuebles afectos directamente al desarrollo de ciertas actividades industriales.
- Que el objeto de arrendamiento sean zonas comerciales ubicadas en emplazamientos turísticos que se encuentren en declive y requieran actuaciones de rehabilitación urbana.

Para finalizar esta referencia a las limitaciones de la RIC, resulta importante mencionar unas **limitaciones cualitativas** o más bien, a ciertas **incompatibilidades**. En este sentido, el apartado 12 del artículo 27 de la Ley 19/1994 establece que la reducción de la base imponible del IS obtenida como consecuencia del beneficio fiscal que ofrece la RIC no podrá aplicarse respecto de aquellos elementos patrimoniales o gastos que ya se hubiesen empleado para obtener las deducciones previstas en la LIS para incentivar la realización de determinadas inversiones. Asimismo, se ha expuesto con anterioridad que una de las medidas fiscales que integran el REF fiscal era precisamente la obtención de una serie de deducciones en la cuota íntegra del IS, con lo que los bienes o gastos que ya se hubiesen beneficiado de estas deducciones reguladas en el artículo 94 de la Ley 20/1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, no podrán beneficiarse de nuevo de los beneficios fiscales que proporciona la RIC.

En definitiva, estas incompatibilidades pretenden que no exista una duplicidad en la obtención de beneficios fiscales. De manera que si se pretende obtener mayores beneficios fiscales se consigan, no empleando inversiones ya efectuadas que se hubiesen empleado para conseguir rebajar la factura tributaria, sino generando nuevas inversiones y con ello un mayor crecimiento económico.

1.3. Objeto de las inversiones materializadas como consecuencia de Reserva para Inversiones en Canarias

Las inversiones efectuadas o materializadas con los importes que constituyen y han sido dotados a la Reserva para Inversiones en Canarias, no pueden tener cualquier objeto, sino que concretamente deben destinarse a finalidades concretas previstas legalmente. Cabe recordar que para poder beneficiarse del régimen de la Zona Especial Canaria y ser considerada como una entidad ZEC, uno de los requisitos a cumplir es que dicha entidad desarrollase de acuerdo con su objeto social, alguna de las actividades previstas en el Anexo de la Ley 19/1994. Estas actividades venían fijadas legalmente por ser consideradas como actividades estratégicas, necesarias o de gran importancia o impacto económico para las islas Canarias. En esta misma línea y por esta razón, el apartado 4 del artículo 27 de la misma ley, es-

tablece el listado de las inversiones en que puede materializarse la RIC para poder beneficiarse de su especial régimen.

Como principio vertebrador de estas inversiones debe tenerse en cuenta que los elementos patrimoniales que se adquieran como consecuencia de la materialización de las inversiones de la RIC deben entenderse situados o recibidos en las islas Canarias. Deben utilizarse y quedar afectos al desarrollo de actividades económicas del contribuyente. La regla anterior tiene una excepción, ya que es posible que la RIC se materialice en la adquisición de elementos patrimoniales situados o recibidos en Canarias que no se destinen a la actividad económica del contribuyente, pero sí se destinen a la mejora y protección del medio ambiente del territorio canario.

En este sentido, y sin ánimo de realizar un repaso exhaustivo de estas posibles inversiones, para lo cual el propio precepto es bastante explícito, pasamos a repasar las distintas posibilidades. Recordar, que las dotaciones que se hayan efectuado a la RIC en un período impositivo deben materializarse en el plazo máximo de tres años a contar desde dicho período impositivo. Estas inversiones se pueden agrupar en cuatro grandes grupos:

- Adquisición de elementos patrimoniales nuevos de inmovilizado material o intangible.
- La creación de puestos de trabajo.
- Adquisiciones de elementos patrimoniales del inmovilizado material o intangible que no puedan considerarse iniciales por no reunir los requisitos previstos para el primer grupo de inversiones.
- La suscripción de determinados títulos valores, así como la contratación de ciertos instrumentos financieros.

1.3.1. Adquisición de elementos patrimoniales nuevos de inmovilizado material o intangible

Las inversiones que se traduzcan en la adquisición de elementos patrimoniales nuevos del inmovilizado material o intangible deben tener como destino la creación de un nuevo establecimiento, la ampliación de uno ya existente, la ampliación de la actividad de un establecimiento ya creado previamente con la finalidad de la elaboración en el mismo de nuevos productos, o bien para la modificación de la forma o proceso de producción de un establecimiento que ya estuviese operativo. Como se puede observar, en cualquier caso, la inversión debe estar destinada a crear algo nuevo, ya sean establecimientos, productos, servicios o la mejora en la producción o prestación de los ya existentes.

El suelo como tal, también puede ser objeto de estas inversiones, pero siempre y cuando no se hubiese beneficiado previamente de la RIC y se afecte a la promoción de viviendas protegidas, al ejercicio de ciertas actividades industriales, actividades socio sanitarias, residencias de mayores, geriátricos o centros de rehabilitación neurológica y física, a zonas comerciales objeto de rehabilitación, o bien a actividades turísticas de las reguladas en la Ley 7/1995, de Ordenación del Turismo de Canarias y se pretenda su rehabilitación.

Como se ha señalado, estas inversiones pueden concretarse en la adquisición de elementos nuevos de inmovilizado intangible. En este caso deberá tratarse de la adquisición de derechos de uso de propiedad industrial o intelectual, conocimientos no patentados, o bien concesiones administrativas. Estos elementos patrimoniales de inmovilizado intangible deben reunir al mismo tiempo una serie de requisitos. Deben emplearse en alguno de los establecimientos a los que se ha hecho referencia al tratar cómo debe materializarse la RIC en este caso concreto, deben ser amortizables, ser adquiridos a terceros en condiciones de mercado, y deben contar en el activo de la empresa.

Hasta aquí, uno de los requisitos señalados que deben cumplir los elementos patrimoniales adquiridos con la RIC es que deben ser nuevos. Pero existe una excepción a esta regla de la cual se podrán beneficiar los contribuyentes del IS en los que el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a diez millones de euros. Esta excepción permite, que el período impositivo en el que se obtiene el beneficio no distribuido que dota la RIC, la inversión se destine a la adquisición de elementos del inmovilizado que no sean nuevos, que sean usados. Esta excepción al mismo tiempo tiene un límite, y es que estos elementos del inmovilizado usados no se hayan beneficiado con anterioridad del especial régimen previsto para la RIC.

Para finalizar, cabe hacer referencia a una limitación a esta modalidad de inversión de RIC. Limitación que tiene una gran trascendencia atendiendo a la actividad económica principal del archipiélago, tal y como es el turismo. Y es que, esta modalidad de inversión de RIC, impide que la reserva se materialice mediante la inversión de las dotaciones de la mismas en la adquisición de inmuebles que se destinen a viviendas turísticas. Esta limitación debe ser matizada porque, desde mi punto de vista, podría llevar a confusión. Así pues, debe entenderse que, en los términos anteriormente expuestos, sí puede concretarse la inversión con origen en la RIC en la adquisición de inmuebles destinados a la constitución de un establecimiento turístico. Es más, ya hemos visto que en los casos en los que esta inversión se concreta en la adquisición de suelo, este debe destinarse a unas finalidades concretas y una de ellas es la realización de actividades turísticas de las previstas en la Ley 7/1995 de Ordenación del Turismo en Canarias. Entiendo que esta limitación, si bien se refiere tanto a los contribuyentes del IS como a los del IRPF, intenta evitar principalmente la actividad consistente en el alquiler vacacional de viviendas que como tal no se encuentran formando parte de una actividad profesional, empresarial o societaria regulada. Pretende evitar, por ejemplo, que las personas físicas contribuyentes de IRPF puedan beneficiarse del régimen especial de la RIC

adquiriendo inmuebles que posteriormente destinen a alquiler turístico o vacacional, sin que ello constituya su actividad profesional a través de un correspondiente establecimiento o efectivamente regulado, como sí ocurre en el caso de las actividades turísticas reguladas en la mencionada Ley 7/1995 del Gobierno de Canarias.

1.3.2. La creación de puestos de trabajo

Tanto el incremento en la creación de empleo y puestos de trabajo, como la mejora de los ya existentes, es una de las prioridades que las autoridades persiguen a la hora de fijar las medidas que constituyen tanto el REF fiscal como el económico de Canarias. Ya vimos cómo la creación de un mínimo de puestos de trabajo y en un cierto plazo constituía uno de los requisitos necesarios para que una entidad pudiese inscribirse en el Registro especial de la ZEC y se pudiese beneficiar de su especial régimen fiscal. Ahora, al tratar la RIC, la creación de puestos de trabajo constituye también una de las finalidades a que pueden ir destinados los beneficios dotados a esta reserva a beneficiarse de la reducción de la base imponible del IS.

Concretamente, se considerará válida la inversión RIC que se concrete en la creación de puestos de trabajo que se desarrollen con ocasión de alguna de las inversiones previstas en el epígrafe anterior. Todo ello, siempre y cuando la creación de dichos puestos de trabajo se produzca de forma efectiva en el plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se considere que se ha puesto en funcionamiento la inversión efectuada con ocasión de las RIC y a la cual sirven los puestos de trabajo creados.

Para entenderse cumplida esta inversión concretada en creación de puestos de trabajo deben cumplirse una serie de requisitos, en especial los relacionados con la forma de calcular de qué forma efectiva se ha llevado a cabo un incremento de la plantilla laboral si la misma ya existiese con anterioridad a la materialización de la inversión. Deben entenderse creados el número puestos de trabajo que:

- Excedan del incremento de la plantilla media total producido en el período impositivo en el que se concreta la inversión respecto de la plantilla media existente los doce meses anteriores, contados inmediatamente desde que fue puesta en marcha la inversión.
- Es imprescindible para que esta inversión sea efectiva a efectos del régimen RIC, que los puestos de trabajo creados se mantengan al menos durante el período de cinco años. Este requisito pasará del mantenimiento de dichos puestos de trabajo de cinco a tres años, cuando el contribuyente para el período impositivo en el que obtiene el beneficio con cargo al cual se dota la reserva, haya tenido un importe neto de cifra de negocios inferior a diez millones de euros (los contribuyentes que cumplan lo previsto en el artículo 101 de la Ley del Impuesto de Sociedades).

Para el caso en el que no quede cumplido alguno de los requisitos expuestos y por ello esta inversión en creación de puestos de trabajo no pueda considerarse nueva, igualmente podrá el contribuyente beneficiarse de la reducción de la base imponible del impuesto, pero con el límite del cincuenta por ciento del importe que constituyen las dotaciones que con cargo a beneficios no distribuidos se hubiesen hecho a la RIC en ese mismo período impositivo.

1.3.3. Adquisiciones de elementos patrimoniales del inmovilizado material o intangible que no puedan considerarse iniciales por no reunir los requisitos previstos para el primer grupo de inversiones

Como criterio de flexibilización para facilitar que las distintas inversiones puedan beneficiarse del régimen de reducción de la base imponible gracias a la RIC, se permite que este régimen se haga extensible a las inversiones que se destinen a la adquisición de inmovilizado material o intangible que no cumpla alguno de los requisitos previstos para el primer grupo de inversiones. También para el caso en que dicha inversión se concrete en elementos que contribuyan a la mejora y protección del medio ambiente en el territorio de las islas Canarias, incluidos los gastos de investigación y desarrollo que se puedan fijar reglamentariamente.

Se fijan al respecto los mismos usos a los que deba destinarse el suelo objeto de esta inversión, que se establecen en el primer grupo de inversiones estudiadas. Así mismo se fija idéntica prohibición de destinar los inmuebles adquiridos con esta modalidad de inversión a viviendas turísticas.

La Ley 19/1994 concreta que para el caso en que esta inversión se dedique a la adquisición de transportes de pasajeros por vía marítima o carretera, dichos medios de transporte para considerarse como inversión válida tan solo podrán ser destinados a la prestación de servicios públicos con la finalidad de cubrir necesidades de interés general existentes en las islas Canarias.

1.3.4. La suscripción de determinados títulos valores, así como la contratación de ciertos instrumentos financieros

La última modalidad de inversión que permite que la misma pueda acogerse al régimen de la RIC es la relacionada con la suscripción de determinados títulos valores.

En este sentido, **puede destinarse la RIC a la suscripción de acciones o participaciones de sociedades como consecuencia de su constitución o ampliación de capital.** Como se puede comprobar, en ningún momento se habla de que esta inversión sea válida a efectos de RIC en el caso de suscripción de acciones o participaciones sociales ya emitidas con anterioridad y que estuviesen en manos de un tercero del cual se adquiere. Así, se requiere que las que se suscriben provengan

de constitución de sociedades o de aumentos de capital. Una vez más se pretende que el especial régimen fiscal incentive la creación de negocio y el crecimiento económico.

Además, se requiere que las sociedades cuyas acciones o participaciones sociales se adquieran como consecuencia de su creación o de su ampliación de capital, realicen alguna de las inversiones RIC a las que se ha hecho referencia con anterioridad. Las inversiones efectuadas por las sociedades destinatarias de esta modalidad de inversión, deberán materializar dichas inversiones en el plazo de tres años a contar desde la fecha de devengo del impuesto que corresponda al ejercicio en el que el contribuyente que haya adquirido las acciones o participaciones sociales hubiese dotado la cantidad empleada para su adquisición en la RIC.

Los elementos adquiridos como consecuencia de la inversión efectuada por la sociedad destinataria de la modalidad de inversión que aquí se está tratando, deberán permanecer en la misma en los plazos que se han fijado anteriormente. Como regla general, cinco años, salvo la adquisición de suelo en que el plazo asciende a los diez años. El importe empleado por estas sociedades en sus inversiones tiene que alcanzar como mínimo el importe desembolsado por el cual fueron adquiridas sus acciones o participaciones sociales como objeto de la modalidad de inversión RIC que aquí se trata.

También es susceptible de beneficiarse del régimen de la RIC aquella inversión que se concrete en la **adquisición de acciones o participaciones sociales de entidades ZEC, como consecuencia de la creación o aumento de capital de las mismas**. Para ello, además de cumplirse los requisitos ya expuestos anteriormente en este epígrafe, es necesario que se cumplan además los siguientes: la cantidad a que ascienda el importe de la emisión o ampliación de capital de las sociedades receptoras, y que esté destinado a la materialización de RIC, en ningún caso podrá emplearse a efectos de cumplir los requisitos de inversión mínimo que le son exigibles a las entidades ZEC. Recordemos que estas cantidades mínimas eran de cien mil euros para las islas de Gran Canaria y Tenerife, y de cincuenta mil euros para el resto de islas del archipiélago. Esta medida se fija en orden a no obtener beneficios fiscales por partida doble con la misma inversión. Así, aquellas cantidades que se emplean para constituir o ampliar el capital de una entidad ZEC y que al mismo tiempo permiten al adquirente de las acciones o participaciones sociales beneficiarse del régimen RIC, no pueden ser empleadas por la entidad ZEC destinataria para cumplir con sus requisitos mínimos de inversión para ser considerada como entidad ZEC. Por tanto, estas entidades, al margen de las cantidades por las cuales se hayan adquirido sus acciones o participaciones sociales, deberán invertir otras cantidades con origen distinto para cumplir con los requisitos mínimos de inversión que a las mismas se les exigen para su inscripción el Registro Oficial de Entidades de la Zona Especial Canaria.

Los adquirentes de estas acciones o participaciones sociales que hayan empleado esta adquisición como materialización de su RIC y que pasen a ser accionistas o socios de estas entidades ZEC, no podrán en el ejercicio en el que hayan adquirido

esas acciones o participaciones sociales ni en los cuatro siguientes, transmitir ni ceder el uso a terceros de los elementos patrimoniales titularidad de la sociedad y que estuviesen afectos a su actividad en el ejercicio anterior a su suscripción.

Además, los contribuyentes que hayan materializado su RIC por esta modalidad, no podrán reducir la plantilla media total de la sociedad en la que hayan invertido en los cuatro años siguientes a contar desde aquel en que hubiese adquirido las acciones o participaciones sociales. Teniendo como plantilla media total la existente en el ejercicio anterior a su suscripción.

También se acepta como inversión susceptible de materialización de RIC la suscripción por el contribuyente de aquellos **instrumentos financieros cuyos fondos se destinen a la financiación de proyectos privados en el ámbito geográfico de las islas Canarias**. Al mismo tiempo se requiere que estos proyectos privados receptores de tales fondos impliquen inversiones que cumplan con los requisitos que hemos ido señalando con anterioridad para ser considerados aptas a efectos de RIC. Para estos supuestos será imprescindible que la emisión de los títulos que den lugar a los instrumentos financieros ofrecidos por entidades financieras y que sean objeto de suscripción por el contribuyente, haya sido supervisada por el Gobierno de Canarias y cuente con un informe vinculante de la agencia estatal de la Administración Tributaria. Esta modalidad de inversión no permite la compatibilidad con ningún otro beneficio fiscal.

Una opción bastante segura y a la que recurren muchos contribuyentes en esta modalidad de inversión RIC, consiste en la **suscripción de deuda pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, o de sus Corporaciones Locales u organismos y empresas públicas del archipiélago**. Para computar como inversión RIC, la deuda pública en que se materialice debe estar destinada a la creación o mejora de infraestructuras y equipamiento o mejora y protección del medio ambiente. Esta modalidad tan segura tiene un importante límite, y es que como máximo el contribuyente tan solo podrá destinar a esta inversión en deuda pública el cincuenta por ciento de las cantidades que haya dotado a la RIC en cada ejercicio. Este límite, tiene como finalidad evitar que los contribuyentes encuentren un refugio en esta modalidad de inversión, minimizando o paralizando las inversiones a nivel privado. Téngase en cuenta que el desarrollo de estas islas no pasa tan solo por la creación de unas correctas infraestructuras, sino que además se pretende la creación de un fuerte y estable tejido empresarial, que gracias a las inversiones RIC de los contribuyentes encuentre una financiación en condiciones más ventajosas.

Ha habido ocasiones en que la solicitud por parte de los contribuyentes de suscribir deuda pública ha sido superior o los títulos que se emiten por parte de la Administración correspondiente, y esto es dado principalmente a la seguridad que aporta. En estos supuestos en los que la demanda supera la oferta, se suele permitir la suscripción de todos los solicitantes, pero no en todas las cantidades demandadas por los mismos sino en proporción a la suscripción pretendida por cada uno de ellos. Además de tener en cuenta otros criterios según los casos.

Dentro de las inversiones previstas en la modalidad anterior, a pesar de que su regulación las recoge por separado, también se considera como inversión válida a efectos de RIC, aquella por la cual se proceda a la **suscripción de títulos valores emitidos por organismos públicos**. Para aquellos casos en los que dichos organismos públicos destinen los fondos captados a la construcción o explotación de infraestructuras o equipamientos que sean de interés para las Administraciones Públicas Canarias. Al respecto se fija el mismo límite del cincuenta por ciento de la RIC del contribuyente, a la que ya se ha hecho referencia en la modalidad de suscripción de deuda pública.

Finalmente se considera como inversión válida, aquella que en lugar de destinarse a organismos públicos se destina a **entidades privadas, cuando estas entidades destinan los fondos captados a la construcción o explotación de infraestructuras o equipamiento que resultan de interés para las Administraciones Públicas Canarias**. Existe el mismo límite del cincuenta por ciento citado. Puesto que en este caso los receptores, gestores y ejecutores de las inversiones RIC de los contribuyentes son entidades privadas, la emisión de los correspondientes títulos valores requiere de autorización administrativa previa.

2. Infracciones tributarias y sus respectivas sanciones

Llegados a este punto debemos diferenciar dos consecuencias que se derivan del incumplimiento de la normativa RIC que se ha expuesto de forma detallada hasta el momento. Existen supuestos en que el incumplimiento da lugar a una infracción que conlleva su correspondiente sanción pero que permite que el contribuyente continúe disfrutando del beneficio fiscal que implica el régimen de la RIC. Mientras que, en otros casos, el legislador considera que el incumplimiento es de suficiente calado como para que la consecuencia sea que el contribuyente pierda la posibilidad de beneficiarse del incentivo fiscal de la RIC.

En cuanto al primer grupo de supuestos, cabe señalar que en el ámbito sancionador del régimen RIC encontramos dos grupos de eventuales infracciones, las graves y las leves. A las mismas se refiere el apartado 17 de la Ley 19/1994. De esta manera se consideran como **infracciones graves**: que el contribuyente no lleve una contabilidad en la cual conste la Reserva para Inversiones en Canarias en los términos previstos legal y reglamentariamente. Estas infracciones tienen como sanción una multa pecuniaria proporcional al dos por ciento de la dotación que el contribuyente debería haber efectuado para ese ejercicio en el que incumplió estas especialidades contables. Con esta misma multa pecuniaria se sanciona otra de las infracciones consideradas como graves, y es que el contribuyente no haga inclusión en la memoria que respecto a la RIC es necesario incluir de acuerdo con la normativa que se ha ido viendo. Finalmente, se considera como infracción grave hacer constar en la memoria de las cuentas anuales, datos falsos, incompletos o inexacto. Esta infracción tiene fijada como sanción una multa pecuniaria fija de cien euros por cada dato omitido, falso o inexacto, con un mínimo de mil euros.

Por su parte, tendrá la consideración de **infracción leve** la falta de comunicación, o la comunicación defectuosa o inexacta de los datos que son necesarios para los casos en los que la inversión RIC consista en su modalidad, ya expuesta, de suscripción de determinados títulos valores o adquisición de ciertos productos financieros. En este caso, la sanción es de una multa pecuniaria de cien euros por cada dato omitido, falso o inexacto, con un mínimo de quinientos euros.

Por lo que se refiere al segundo grupo de incumplimientos, y sin perjuicio de las sanciones que pudiesen corresponder, se perderá el beneficio que implica el régimen RIC en los siguientes supuestos:

- Cuando los elementos patrimoniales adquiridos como consecuencia de la invertido de la RIC sean transmitidos o cedido su uso a terceros antes de cumplirse el plazo mínimo de mantenimiento de cinco años, o diez para el caso de adquisición de suelo. Todo ello teniendo en cuenta las excepciones y reglas especiales ya expuestas con anterioridad al tratarse el funcionamiento de estos plazos.
- Para el caso en que la inversión computada como RIC no hubiese tenido por objeto alguna de las modalidades de inversión expuestas con anterioridad y que dan lugar a la aplicación de su régimen.
- Cuando se hubiese incumplido cualquiera de los requisitos ya detallados anteriormente para poder beneficiarse de este incentivo fiscal, salvo cuando los requisitos incumplidos fuese alguno de los siguientes: si no se hubiese hecho constar de forma separada e individualizada en el balance contable del contribuyente la Reserva para Inversiones en Canarias, o bien si no se hubiese llevado por parte del contribuyente una memoria detallada en relación con la RIC haciendo constar todos los datos exigidos por su norma reguladora.

En estos últimos casos, el contribuyente, en el ejercicio en que tengan lugar estos incumplimientos, deberá integrar en la base imponible del IS o en la cuota íntegra del IRPF según corresponda, las cantidades por las que en su momento obtuvo la correspondiente reducción.

VI. CONCLUSIÓN

Vistas y repasadas las distintas medidas que integran el Régimen Fiscal de las islas Canarias, se ha podido comprobar cómo las mismas constituyen un marco económico y tributario claramente diferenciado del existente en el resto del territorio nacional. Estos incentivos dan lugar a la creación de un parque empresarial y de desarrollo de distintas actividades económicas encaminadas a lograr el crecimiento y posterior consolidación económica de las islas.

A pesar de ello, desde mi punto de vista, caemos en dos errores:

- Por un lado, la escasa promoción del REF. Y no me refiero tan solo a nivel internacional, sino también a nivel nacional. Es importante que los propios canarios saquen provecho de estas especialidades y potencien el crecimiento. Pero igual de importante es que el resto de empresas y entidades españolas puedan beneficiarse, contribuyendo con ello a la finalidad de este régimen, que redunde en beneficio de una parte concreta y de gran importancia de nuestro territorio nacional.
- Por otro lado, en ocasiones se fijan trabas para beneficiarse de medidas como la ZEC o la RIC, trabas fundadas en interpretaciones forzadas de los preceptos reguladores de la materia. El control en el cumplimiento de los requisitos es fundamental para garantizar un buen funcionamiento del sistema, pero estos controles no nos pueden llevar a mirar con recelo las inversiones de los contribuyentes que pretenden beneficiarse. El control es necesario e imprescindible, de lo contrario, el especial régimen perdería su sentido. Pero hemos de ver a los contribuyentes inversores como oportunidades al crecimiento y desarrollo, y no como sujetos o entidades que pretenden beneficiarse del sistema buscando la trampa. Los requisitos y controles deben quedar cumplidos de forma objetiva y transparente pero no limitar en exceso la inversión, como ha ocurrido con ciertas interpretaciones forzadas que dificulten la inversión. Tenemos que ver el REF como una gran oportunidad de hacer fuertes a las islas Canarias y de que las mismas se conviertan en un referente.

Sabemos que toda esta regulación fiscal tiene una visión finalista, que en principio cuenta con fecha de caducidad. Todo este régimen queda al mismo tiempo sujeto a comprobaciones y renovaciones por parte de los correspondientes órganos de la Unión Europea como se ha ido señalando. No ha de perderse de vista esta concepción del REF, pues presupone que la vigencia y funcionamiento de estas medidas no tienen carácter de indefinidas en el tiempo. Al mismo tiempo esta visión es necesaria para que un régimen con tales singularidades tenga cabida en el ámbito comunitario donde la libre competencia y el libre mercado son principios fundamentales. No se pretende que determinadas zonas tengan ventajas infundadas sobre otras, sino que dichos territorios alcancen los niveles medios propios del resto de territorios comunitarios.

En este sentido, cabe resaltar el esfuerzo por parte de los órganos comunitarios y su compromiso para con estos territorios. Este reconocimiento a nivel comunitario y su encaje en el Derecho Primario hace que las posibilidades de éxito sean muy superiores que para el caso en que nuestro país no formase parte de la Unión Europea. Y es que el reconocimiento a nivel de la Unión Europea y no solo en el ámbito nacional, otorga seguridad al REF, lo cual es vital para su aprovechamiento no solo por nuestros nacionales, sino también por parte de ciudadanos tanto comunitarios como extracomunitarios.

Como se ha podido apreciar, el REF de Canarias no solo pretende potenciar la economía del archipiélago, sino que pretende que este crecimiento venga de la mano del desarrollo de actividades concretas que son necesarias o de carácter estratégico para las islas. En especial en lo que se refiere a la consolidación del sector turístico, el incentivo a las energías renovables, el medio ambiente y el transporte, en especial entre islas. Por su parte, también se pretenden incentivar actividades que diversifiquen el tejido empresarial y de actividad económica que se lleva a cabo en este territorio, por ejemplo, se puede observar en todas las ayudas destinadas a actividades relacionadas con las nuevas tecnologías, la investigación y el desarrollo. Y es que la fortaleza de la economía canaria no pasa tan solo por potenciar sus puntos fuertes, sino también por diversificar y crear nuevos sectores estratégicos. Destacar las actividades audiovisuales, las cuales reciben importantes ayudas, y es que se convierten en el medio perfecto para la promoción, divulgación y muestra del archipiélago canario de cara al exterior.

Las islas Canarias por sí solas constituyen un enclave estratégico a nivel geográfico. Todas y cada una de estas islas cuentan con unos emplazamientos y una riqueza paisajista sinigual; valoradas a nivel mundial además por las excelentes condiciones de vida, entre ellas las climáticas, que ofrecen a todo el que las visita. Si bien es cierto que algunos de sus elementos intrínsecos como la lejanía o distribución de la población entre varias islas puede afectar negativamente a su desarrollo económico. Por ello, su especial régimen económico y fiscal reconocido a nivel nacional y comunitario, pone las bases para revertir todas estas desventajas y conseguir un crecimiento idóneo para el archipiélago. Deben aprovecharse estas medidas, no solo para crecer sino para crear en las islas Canarias un marco idóneo de inversión, haciendo de ellas un referente internacional. En definitiva, el éxito de estas islas constituye el éxito de todo el estado español.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil. Volumen I. Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial. Derecho de sociedades*, 22.^a ed., Madrid, Tecnos, 2015.

CÁMARA DE COMERCIO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, «Deducción por inversión en Canarias», en www.camaratenerife.com [en línea]. Disponible en: <https://www.camaratenerife.com/servicios/emprendimiento/creacion-empresas/consolidacion-informacion-de-interes/obligaciones-e-incentivos-fiscales/1313-creacion-empresas/incentivos/incentivos-fiscales-del-ref-canario/22090-deducción-por-inversión-en-canarias>

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO Y EMPLEO. Dirección General de Promoción Económica del Gobierno de Canarias, «Régimen económico y fiscal. Deducciones por Inversiones», en www.emprenderencanarias.es [en línea]. Disponible en <https://www.emprenderencanarias.es/ref-2/deducción-por-inversiones-en-canarias/>

CONSEJERÍA DE HACIENDA PRESUPUESTOS Y ASUNTOS EUROPEOS DEL GOBIERNO DE CANARIAS, «Régimen económico y Fiscal», en www.gobiernodecanarias.org [en línea]. Disponible en: https://www.gobiernodecanarias.org/asuntoseuropeos/ref/informacion_general/

EXPÓSITO SUÁREZ, I., «El artículo 349 TFUE como base jurídica de las medidas especiales de las RUP. A propósito de la Sentencia del TJUE de 15 de diciembre de 2015», *Hacienda Canaria*, n.º 45, 2016.

FIMAX ASESORES. LEGAL & TRIBUTARIO, «Deducciones por inversiones en Canarias (DIC)», en www.fimax.es [en línea]. Disponible en: <https://www.fimax.es/wp-content/uploads/2020/10/DIC.pdf>

IBERLEY, «Arbitrio sobre Importaciones y entregas de Mercancías en Canarias», en www.iberley.es [en línea]. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/arbitrio-sobre-importaciones-entregas-mercancias-canarias-22711>

MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA. Gobierno de España, «Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias», en www.mitma.gob.es [en línea]. Disponible en: <https://www.mitma.gob.es/marina-mercante/seguridad-maritima-y-contaminacion/registro-especial-de-buques-y-empresas-navieras-de-canarias>

PINEDA RAMOS, E., «El Régimen económico y fiscal de Canarias: Antecedentes y situación actual», *Revista Atlántid*, n.º 7, 2016.

*(Trabajo recibido el 24/05/2022
y aceptado para su publicación el 27/06/2022)*

LA PROBLEMÁTICA CONTRACTUAL EN TORNO A LA CRISIS LOGÍSTICA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

EDUARDO HERRERO URTUETA

Profesor Doctor de Derecho Mercantil

Universidad de La Rioja

RESUMEN

El comercio internacional se encuentra gravemente afectado por una crisis logística de graves consecuencias. Ante esta situación generada por múltiples factores, como la falta de disponibilidad de porteadores y de contenedores, surgen diferentes consecuencias materializadas en el incumplimiento de diferentes obligaciones contractuales. Las operaciones de comercio internacional combinan diferentes tipos contractuales, principalmente transporte y compraventa, por lo que la crisis del transporte afecta directamente a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Con toda esta situación, y siendo conscientes de que el transporte internacional por mar es el que tiene una mayor relevancia, es necesario determinar la responsabilidad del porteador y del vendedor y el flujo contractual que les une.

Palabras clave: crisis del transporte, responsabilidad del vendedor, responsabilidad del porteador, exoneración de responsabilidad, legitimación.

THE CONTRACTUAL PROBLEM AROUND THE LOGISTICS CRISIS OF MARITIME TRANSPORT

EDUARDO HERRERO URTUETA

Doctoral Lecturer of Commercial Law

University of La Rioja

ABSTRACT

International trade is seriously affected by a logistics crisis with serious consequences. Given this situation generated by multiple factors, such as the lack of availability of carriers and containers, different consequences arise materialized in the breach of different contractual obligations. International trade operations combine different kind of contracts, mainly transport and sale, so the transport crisis directly affects contracts for the international sale of goods. With all this situation and, being aware that international transport by sea is the one that has the greatest relevance, it is necessary to determine the carriers liability and the sellers liability and the contractual links that unites them.

Keywords: transport crisis, seller's liability, carrier's liability, exemption from liability, legitimacy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO. 1. Planteamiento. 2. Responsabilidad por retraso. 3. Responsabilidad por pérdida de las mercancías.— III. LA RESPONSABILIDAD DEL CARGADOR-VENDEDOR. 1. Responsabilidad contractual del vendedor. 2. Posible exoneración del vendedor.— IV. LA LEGITIMACIÓN SEGÚN LAS DIFERENTES POSICIONES CONTRACTUALES. 1. Legitimación del cargador-vendedor frente al porteador. 2. Legitimación del comprador-destinatario frente al porteador. 3. Legitimación del comprador frente al vendedor.— V. CONCLUSIÓN.— VI. BIBLIOGRAFÍA. 1. Doctrina. 2. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el comercio internacional se encuentra inmerso en una crisis logística de gran magnitud que está afectando al normal desarrollo de las operaciones comerciales. Pese a que se trata de una crisis generalizada, hay que ser conscientes de que el transporte marítimo ocupa una posición de referencia en el transporte internacional de mercancías, siendo este medio el más afectado por la situación.

Esta situación de crisis logística ha sido generada por diversas causas interrelacionadas entre sí. Por un lado, la pandemia del COVID-19 tuvo como consecuencia la paralización del comercio internacional al producirse el cierre de China, país conocido como la «fábrica del mundo»¹. Por otro lado, como consecuencia de la pandemia y las diferentes medidas de confinamiento adoptadas para contenerla, se produjo un notable incremento de la compraventa *online*, lo que desembocó en un desequilibrio entre la oferta y la demanda de los contenedores que se utilizan en el transporte marítimo².

Este desequilibrio entre la oferta y demanda de los contenedores utilizados para el transporte marítimo ha ocasionado que se disparen los precios de los fletes, punto muy importante que afecta a los costes en las operaciones comerciales internacionales. Asimismo, el desequilibrio entre la oferta y la demanda de los contenedores genera una tensión en las diferentes cadenas de suministro logístico, cuestión

¹ <https://www.lavanguardia.com/economia/innovacion/20211210/7919851/como-afectar-escasez-contenedores-navidades-brl.html>

² El cierre de China en la pandemia tuvo una enorme repercusión, pues implica el cierre de 7 de los 10 puertos más importantes a nivel mundial de transporte marítimo. Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial, S.G., «Recuperación económica y problemas de abastecimiento: el papel de los fletes». *Boletín Económico de ICE*, n.º 3141, 2021, p. 10.

que afecta a empresas de multitud de sectores que ven esta situación como de alto riesgo para el normal desarrollo de su actividad empresarial³.

Pese a ser conocida como la “crisis de los contenedores” esta crisis logística internacional no afecta exclusivamente al transporte por contenedores, puesto que afecta al transporte marítimo en general, con las graves consecuencias que conlleva para el comercio internacional. Al fin y al cabo, el motivo de centrar el presente trabajo en el transporte marítimo trae causa de que gran parte del comercio internacional se efectúe a través de este medio de transporte.

Como se ha expuesto, la crisis logística tiene una enorme repercusión a nivel económico, pero no es el objetivo de este trabajo el analizar la situación de crisis logística, sino determinar las posiciones y responsabilidades contractuales de los diferentes operadores del comercio internacional. Al fin y al cabo, es necesario tener presente que una crisis logística de tal magnitud tiene una serie de consecuencias muy relevantes a nivel jurídico.

Así, además del aumento del precio del flete, esta situación de crisis logística conlleva una serie de riesgos que afectan al normal cumplimiento de los contratos de transporte de mercancías. Como consecuencia de la escasez de contenedores y los denominados “cuellos de botella” en la logística internacional, pueden generalizarse los retrasos en la entrega de las mercaderías. Al hablar de retraso no se pretende entrar a analizar su impacto en la producción industrial, sino en la vida de los contratos de transporte de mercancías, puesto que el plazo de entrega es un punto muy importante en el marco contractual del transporte y su incumplimiento generalizado tiene la consecuencia de aumentar notoriamente la posible litigiosidad derivada del transporte de mercancías.

A mayor abundamiento, hay que ser consciente de que las mercancías no pueden ser almacenadas *sine die*, pues algunas tienen la naturaleza de perecederas. Por consiguiente, esta situación de retraso generalizado en la entrega de las mercaderías podría devenir, en algunos supuestos, en la pérdida de las mismas, lo que tendría unas consecuencias contractuales más graves con respecto al retraso.

Como consecuencia de la situación expuesta, no resulta extraño que una empresa contrate un transporte de mercancías y observe cómo la entrega de los bienes objeto de transporte se demora constantemente o, incluso, se produzca la pérdida de las mercaderías. Esta situación por sí misma, implicaría un problema jurídico importante, materializado en una conflictividad de la contratación del transporte.

Sin embargo, la situación no queda ahí, puesto que el transporte de mercancías opera como vía de ejecución del contrato del comercio internacional por excelencia, esto es, la compraventa internacional. De manera que el incumplimiento en el

³ Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial, S.G., «Recuperación económica y...», *op. cit.*, p. 6.

contrato de transporte conllevaría el incumplimiento del contrato de compraventa, dada la instrumentalidad del transporte con respecto a la compraventa.

Así pues, los diferentes operadores internacionales se ven sometidos a diferentes incumplimientos que, a su vez, dan lugar a su propio incumplimiento contractual. Ante esta situación, es imprescindible examinar el flujo de las relaciones contractuales y, si fuera posible, contemplar alguna suerte de exoneración de responsabilidades ante la excepcionalidad de la situación.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO

1. Planteamiento

La crisis logística objeto del presente estudio, también conocida como la crisis de los contenedores, ha tenido una enorme repercusión en el transporte internacional de mercancías. Además, el medio más utilizado para el transporte de mercancías es el marítimo, principal afectado por la crisis logística, lo que genera que el transporte marítimo se encuentre en el epicentro de la actual situación. Por todo ello, el estudio del régimen de responsabilidad del porteador se centrará en el ámbito del transporte de mercancías por mar.

Como consecuencia de ello, y dado que las operaciones comerciales coordinan transporte y compraventa internacional, es preciso comenzar analizando el transporte de mercancías. Al fin y al cabo, partiendo del régimen de responsabilidad del porteador como premisa, será posible, posteriormente, vincularlo a la responsabilidad en materia de compraventa internacional.

Centrando la materia, el primer paso al determinar la responsabilidad del porteador es tener fijados los diferentes instrumentos normativos que puedan afectar a dicho régimen de responsabilidad. En el campo del transporte marítimo existe una dualidad de sistemas reguladores de los contratos de transporte de mercancías.

El primero de estos sistemas se encuentra conformado por el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque y diferentes protocolos que fueron actualizándolas, construyendo el sistema conocido como las Reglas de La Haya-Visby⁴.

Esta normativa, de inspiración anglosajona, supuso un hito en la regulación del transporte marítimo, puesto que ha sido un sector en el que, tradicionalmente, se

⁴ Las Reglas de La Haya toman este nombre, dado que recogen el testigo de las Reglas de La Haya de 1922 elaboradas por el Comité Marítimo Internacional y que fueron incorporadas al Convenio de Bruselas de 1924. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 435.

beneficiaba al porteador haciendo sumamente difícil la reclamación al mismo⁵. La entrada en vigor de las Reglas de La Haya-Visby no acabó con los privilegios de los porteadores, en la medida en que es una normativa que contempla numerosas causas de exoneración y límites a la responsabilidad de los mismos, pero supuso un adelanto con respecto a la irresponsabilidad *de facto* que tenían los porteadores⁶. Así con todo, esta normativa tuvo una enorme aceptación y es un sistema de amplia aplicación en la actualidad⁷.

El otro sistema regulador del transporte marítimo de mercancías y que convive con las Reglas de La Haya-Visby, citadas anteriormente, se aprobó mediante el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 31 de marzo de 1978 y conocido como las Reglas de Hamburgo.

Tras la amplia aceptación de las Reglas de La Haya-Visby, se redactaron las Reglas de Hamburgo en un intento de reducir ciertos beneficios que ostentaban los porteadores y, de esta manera, reequilibrar el riesgo de las prestaciones del contrato de transporte. Sin embargo, esta normativa no tuvo el éxito que tuvieron las Reglas de La Haya-Visby y, aunque entraron en vigor, no lograron superar y sustituir el sistema precedente⁸. Por este motivo, en la actualidad conviven los dos sistemas, lo que aumenta la complejidad del estudio de cualquier asunto relacionado con el transporte marítimo de mercancías⁹.

Además de estos dos sistemas mencionados, es de rigor mencionar las Reglas de Rotterdam, un convenio que pretende actualizar la normativa reguladora del transporte marítimo. No obstante, no han entrado en vigor por falta de ratificación y, en la actualidad, no parece que vayan a entrar en vigor próximamente.

Una vez planteada la cuestión relacionada con la normativa a aplicar en el caso de responsabilidad del porteador por incumplimiento en el contrato de transporte, es preciso delimitar los supuestos a analizar en el contexto de la crisis logística actual.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p. 43.

⁶ Las Reglas de La Haya-Visby fueron fruto del acuerdo de los porteadores, por un lado, aceptando una responsabilidad mínima y los cargadores, por otro lado, aceptando una limitación a la responsabilidad. SERRANO FERNÁNDEZ, M.^a; «La responsabilidad del porteador marítimo en la nueva Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, un análisis comparativo con las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam», *Revista de Derecho del Transporte*, n. 15, 2015, pp. 63-96, p. 73.

⁷ EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., «El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., *Manual de Derecho del transporte*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 117.

⁸ EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., «El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo...», *op. cit.*, p. 117.

⁹ No obstante, el 90 % del tráfico marítimo entre países de la OCDE se encuentra bajo el paraguas de las Reglas de La Haya-Visby. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo...*, *op. cit.*, p. 435.

La actual crisis logística está generando un incumplimiento generalizado de los plazos del transporte, lo que se traduce en un incumplimiento del porteador de entregar las mercancías en plazo. Al fin y al cabo, el porteador no se compromete únicamente a entregar las mercancías, sino a entregarlas en un plazo determinado y pactado entre las partes¹⁰.

No obstante, hay que tener en cuenta que el retraso puede conllevar, ante situaciones sumamente graves, la pérdida de las mercancías, por lo que sería una cuestión que debe ser analizada. Al fin y al cabo, si las mercancías son perecederas o disponen de un tiempo máximo de validez, un retraso cualificado podría transformarse en una pérdida de las mercancías¹¹.

Por todo lo anteriormente expuesto, los supuestos planteados al hilo de una crisis logística como la actual, pueden generar la responsabilidad contractual del porteador por retraso y por pérdida. De modo que estos serán los supuestos que habrá que examinar a la luz de la normativa reguladora con el fin de establecer la responsabilidad del porteador.

2. Responsabilidad por retraso

De lo anteriormente expuesto, se puede inferir que las obligaciones del porteador en materia de contrato de transporte se pueden desdoblar en transportar las mercancías desde el origen hasta el destino, lo que sería el transporte en sentido estricto, y custodiar las mercancías, pues han de llegar en buen estado a destino¹².

Ahora bien, la entrega de las mercaderías incardinada en la obligación de transporte no se limita a la mera entrega, puesto que será preciso determinar un plazo para ejecutar dicha obligación. Como consecuencia de ello, la obligación de transporte puede ser incumplida por faltar al plazo temporal debidamente pactado por las partes, incurriendo en un retraso en la entrega¹³.

El supuesto alrededor del que gira el presente análisis, esto es, la crisis logística mundial, está produciendo un retraso generalizado en las entregas de las mercancías, con lo que cabría cuestionarse el alcance y naturaleza de ese incumplimiento de los contratos de transporte.

¹⁰ Es preciso adelantar que las Reglas de Hamburgo contemplan la responsabilidad por retraso, pero las Reglas de La Haya-Visby, no. Art. 5 RH.

¹¹ Aunque en el ámbito del transporte marítimo no es así, es reseñable que en el transporte por carretera el retraso cualificado se equipara a la pérdida de las mercancías sin necesidad de acreditar nada más. Art. 20 CMR (Convenio de Ginebra relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 19 de mayo de 1956).

¹² GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 464.

¹³ Se catalogaría al retraso como un cumplimiento defectuoso en el ámbito temporal de la obligación. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001, p. 361.

En este sentido, la respuesta variará según el régimen bajo el que se encuentre amparado el contrato de transporte de mercancías objeto de análisis¹⁴. Previamente se ha comentado la coexistencia de las Reglas de La Haya-Visby con las Reglas de Hamburgo, estos sistemas difieren en el tratamiento que se hace al retraso en la entrega de las mercaderías.

Por lo que respecta a las Reglas de La Haya-Visby, el retraso en la entrega no se encuentra contemplado como fundamento de responsabilidad del porteador¹⁵. Esta omisión en la redacción y la no inclusión de la responsabilidad por retraso es fruto de las condiciones del transporte marítimo de la época, hay que tener en cuenta que son unas normas que datan de 1924, y del acuerdo entre cargadores y porteadores que facilitó y posibilitó la creación de este convenio internacional¹⁶.

De tal modo que, ante esta serie de incumplimientos del plazo de entrega, atendiendo al régimen jurídico de las Reglas de La Haya-Visby, no resultaría en el surgimiento de una responsabilidad contractual por parte del porteador¹⁷. No obstante, es evidente que el retraso en la entrega puede conllevar una serie de daños, ya sean de naturaleza económica, en la medida en que el retraso en la entrega puede implicar el incumplimiento de otro contrato relacionado con lo que puedan surgir diferentes indemnizaciones por daños y perjuicios, ya sean en las propias mercancías cuyo estado pudiera afectarse por el paso del tiempo.

Como consecuencia de ello, aunque del tenor literal de las Reglas de la Haya-Visby no se pueda imputar al porteador responsabilidad por retraso, salvo que

¹⁴ Es importante señalar que la crisis logística ha sido denominada como la «crisis de los contenedores» dado que gran parte del transporte marítimo se lleva a cabo de este modo. Esta cuestión adquiere enorme relevancia dada la interrelación entre el transporte en contenedores y el transporte sobre cubierta, que no se encontraba bajo la aplicación de las Reglas de La Haya-Visby. No obstante, en la práctica se rige este tipo de transportes por esta normativa, de manera se vuelve a la dicotomía entre Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo. JUAN Y MATEU, F., «El transporte sobre cubierta y la responsabilidad del porteador marítimo», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 309, 2018, p. 407.

¹⁵ La redacción de las Reglas de La Haya-Visby no mencionan la responsabilidad por retraso, motivo por el que, en principio, no se contempla como fundamento de la responsabilidad del porteador. EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., «El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo...», *op. cit.*, p. 131; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, *op. cit.*, p. 370.

¹⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, *op. cit.*, p. 401.

¹⁷ Es claro que las Reglas de La Haya-Visby no contemplan la responsabilidad por retraso. No obstante, es un punto conflictivo que ha sido objeto de un intenso debate al considerarse una posición sumamente ventajosa para el porteador y anacrónica, teniendo en cuenta el momento en que estas normas fueron redactadas. Al respecto, se han construido ciertas doctrinas en aras de tratar de dotar encaje a la responsabilidad por retraso, cuestión que fue determinante para su inclusión en las Reglas de Hamburgo. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador por retraso en el transporte marítimo», en BROSETA PONT, M., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 3364.

se hubiera pactado, existe cierta tendencia doctrinal y jurisprudencial a favor de ampliar el ámbito de la responsabilidad del porteador al retraso¹⁸.

Así, la responsabilidad por retraso se ha venido admitiendo en el seno de las Reglas de La Haya-Visby, atendiendo a que la responsabilidad por daños atribuida al porteador puede incluir los daños generados como consecuencia del incumplimiento del plazo de entrega¹⁹. En este sentido, alguna normativa nacional, como la española, al adaptar las Reglas de La Haya-Visby ha incluido la responsabilidad por retraso, aspecto desarrollado por la jurisprudencia²⁰. No obstante, este reconocimiento no se ha producido únicamente desde la perspectiva española en la Ley de Navegación Marítima, sino que la doctrina jurisprudencial inglesa también ha aceptado esta ampliación de la responsabilidad en el seno de las Reglas de La Haya-Visby²¹.

En cuanto a las Reglas de Hamburgo, este sistema posterior a las Reglas de La Haya-Visby contempla de forma explícita la responsabilidad por retraso como una de las diferentes maneras en que el porteador puede incurrir en responsabilidad contractual por incumplimiento de sus obligaciones de transporte²². Así, esta normativa acepta el retraso en la entrega como fundamento de responsabilidad contractual, de tal modo que es el porteador quien debe acreditar que no media negligencia o culpa con el fin de liberarse de la citada responsabilidad contractual²³.

Pese a que las Reglas de Rotterdam no se encuentran en vigor, resulta interesante sacar a colación que dicho instrumento, continuando con la evolución en materia de responsabilidad que introdujo las Reglas de Hamburgo, reconoce expresamente la responsabilidad por retraso²⁴. Así, en su articulado, las Reglas de Rotterdam establecen el retraso en la entrega como uno de los supuestos que fundamentan la responsabilidad contractual del porteador²⁵.

¹⁸ Del tenor literal de las Reglas de La Haya-Visby no se puede concluir que se acepte la responsabilidad del porteador por retraso. Sin embargo, en la medida en que ese retraso puede generar daños económicos o materiales, se ha ido admitiendo la paulatina incorporación de esta figura dentro del ámbito de la responsabilidad del porteador. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador por retraso en la reciente regulación del transporte marítimo internacional e interno», *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 16, 2015, pp. 31-50, p. 37.

¹⁹ CARBONE, S. M., *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 294.

²⁰ SAP Madrid 392/2004 (RJ 2004/228081), SAP Cádiz 81/2005 (RJ 2005/226771), SAP Murcia 6/2005 (RJ 2006/34641) y STS 519/2009 de 6 de julio (RJ 2009/4454).

²¹ Resulta reveladora la doctrina contenida en la famosa resolución del caso *Anglo Saxom Petroleum vs Adamastos Shipping Co.*, 1958 (Trans-Lex n.º 306200). En esta resolución el tribunal realiza una interpretación amplia de la definición de responsabilidad del porteador como consecuencia de las pérdidas y daños y relaciona la responsabilidad por retraso como una consecuencia del incumplimiento de la obligación de navegabilidad.

²² Art. 5 RH.

²³ SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador por retraso en el transporte...», *op. cit.*, p. 3366.

²⁴ MARTÍN OSANTE, J. M., «Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam», en EMPARANZA SOBEJANO, A., *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 263.

²⁵ Art. 17.1 RR.

De todo lo expuesto hasta ahora, se puede observar que la responsabilidad por retraso tuvo unos inicios complicados, en tanto en cuanto las Reglas de La Haya-Visby no consideraban el incumplimiento del plazo de entrega como fundamento generador de responsabilidad contractual. Sin embargo, esta posición se fue corrigiendo a través de la vía doctrinal y jurisprudencial y posteriores instrumentos como las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam incorporan expresamente la responsabilidad por retraso. Así las cosas, es concluyente que, en el ámbito del transporte marítimo internacional, el retraso genera la responsabilidad del porteador.

Con el fin de dotar de una visión más completa a la espinosa cuestión de la responsabilidad por retraso, resulta interesante mencionar que, desde una perspectiva nacional, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM) incorpora la tendencia existente en el ámbito del transporte internacional y reconoce de forma explícita la responsabilidad por retraso²⁶. Esta mención resulta sumamente interesante si se tiene en cuenta que la LNM incorpora el régimen de responsabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, tanto a nivel nacional como internacional²⁷.

Una vez establecida la posibilidad de sustentar la responsabilidad del porteador con en el retraso de la entrega de las mercancías, es necesario delimitar dicha responsabilidad, en la medida en que en el transporte marítimo los porteadores gozan de ciertos privilegios como las causas de exoneración y los límites a la responsabilidad²⁸.

Estos privilegios se han atribuido de forma clásica fundados en los peligros y el enorme riesgo de la posición del porteador, de tal modo que se establecieron estos privilegios como una suerte de mecanismo de equilibrio. No obstante, en la actualidad persisten y hace que sea complejo establecer la responsabilidad del porteador²⁹. Los privilegios citados se dividen en dos, por un lado, las causas de exoneración que permiten sortear el surgimiento de la responsabilidad contractual y, por otro lado, los límites a la responsabilidad que afectan al *quantum* indemnizatorio estableciendo mecanismos para calcular una cuantía máxima.

En cuanto a las causas de exoneración, son muy variadas e incluyen diferentes circunstancias que puedan surgir en un transporte marítimo. Sin embargo, de entre toda la casuística, en las Reglas de La Haya-Visby no se puede encontrar una causa de exoneración relacionada con el retraso en la entrega, lo que es lógico, en la medida en que no surge la responsabilidad contractual por dicha falta de cum-

²⁶ Art. 280 LNM.

²⁷ Art. 277.2 LNM.

²⁸ Como consecuencia de su procedencia inglesa, las Reglas de La Haya-Visby no establecen un sistema de exoneración de responsabilidad, sino un listado que enumera diferentes situaciones en que se exoneraría de responsabilidad al porteador. SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad del porteador...», *op. cit.*, p. 83.

²⁹ Pese a ello, hay que tener en cuenta que la carga de la prueba para acreditar una causa de exoneración la soporta el porteador. SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, *op. cit.*, p. 410.

plimiento. Pese a ello, hay que tener presente que la crisis logística que genera los retrasos tiene diversas causas, entre las que se encuentra una situación de pandemia global con las diferentes medidas adoptadas por los Estados, como cuarentenas y similares. Si se vincula el retraso concreto con la situación de pandemia, se podría plantear la exoneración por cuarentena³⁰.

Con relación al régimen de limitación de la responsabilidad del porteador, la labor interpretativa que habría que llevar a cabo para aplicarlo, en caso de estimarse la responsabilidad, sería compleja, puesto que es un sistema de limitación de responsabilidad no previsto para la responsabilidad por retraso³¹.

Sin embargo, si resultaran de aplicación las Reglas de Hamburgo, el retraso sí generaría responsabilidad contractual, tal y como se ha establecido, motivo por el que sería interesante detenerse en las diferentes causas de exoneración³². Al respecto, hay que tener presente que las Reglas de Hamburgo no presentan un listado de causas de exoneración propiamente dicho, sino que el porteador debe acreditar la debida diligencia. Sin embargo, de los ejemplos que pudieran resultar en exoneración, no se hace referencia a una situación como la crisis logística actual, por consiguiente, al centrarse este trabajo en la citada crisis, no parece que pudieran resultar de aplicación esas causas de exoneración.

Por lo que afecta a los límites de responsabilidad, las Reglas de Hamburgo establecen con claridad un límite indemnizatorio para el retraso de las mercancías, fijándose en dos veces y media el coste del flete^{33, 34}.

Respecto a las Reglas de Rotterdam, también incluyen como causa de exoneración a la responsabilidad contractual la cuarentena y las restricciones gubernamentales, por lo que, en caso de establecer un nexo causal entre el retraso y las diferentes restricciones derivadas de la situación de pandemia, podría exonerarse de responsabilidad al porteador³⁵. En cuanto a los límites indemnizatorios, esta

³⁰ Esta causa de exoneración se encuentra en el art. 4 RLHV, aunque está planteada para la pérdida o daños a la mercancía, puesto que la responsabilidad por retraso no se reconoce en el tenor literal de esta normativa.

³¹ En caso de estimarse la responsabilidad por retraso, según parte de la doctrina que interpreta las Reglas de La Haya-Visby, aparece el problema acerca de cómo aplicar unos límites indemnizatorios pensados para daños y pérdidas en las mercancías. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, *op. cit.*, p. 748.

³² Asimismo, hay que tener presente que en las Reglas de Hamburgo, el retraso puede equipararse a la pérdida de las mercancías según las circunstancias. Art. 5.3 RH.

³³ El retraso puede ocasionar daños económicos y daños materiales por la pérdida de las mercancías, por consiguiente, habrá que aplicar uno u otro límite de responsabilidad. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador por retraso en el transporte...», *op. cit.*, p. 3368.

³⁴ Este límite a la responsabilidad afectaría exclusivamente a la responsabilidad derivada del retraso, existiendo una dualidad de límites en el caso de que el retraso genere daños o pérdidas. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador...», *op. cit.*, p. 39.

³⁵ Art. 17.2 RR.

normativa internacional no los establece, sino que opta por fijar un mecanismo de cálculo de la indemnización³⁶.

Pese a estos privilegios que se han indicado previamente y que podrían evitar o limitar el surgimiento de la responsabilidad por retraso del porteador, hay que tener presente una cuestión de suma importancia, esto es, la cuestión del dolo. Tanto en las Reglas de La Haya-Visby como en las Reglas de Hamburgo, una actuación, considerada como dolosa por parte del porteador, provocará que desaparezcan los límites a la responsabilidad, por lo que se alcanzaría la integral reparación del daño³⁷.

No obstante, el dolo debe ser acreditado por el reclamante para generar que el porteador pierda estos privilegios³⁸. En el caso objeto de análisis, habría que valorar si el porteador está incurriendo en dolo al aceptar contratos de transporte a sabiendas de que no va a cumplir el plazo pactado, como consecuencia de la situación actual. La acreditación del dolo resulta harto compleja, máxime teniendo en cuenta que es el reclamante quien soporta la carga de la prueba. Por lo que, ante la situación expuesta, debería analizarse si hay un conocimiento previo o una previsión de incumplimiento generalizado antes de la suscripción del contrato de transporte, lo que podría llevar a considerar que se estaría incurriendo en una actitud dolosa, puesto que, a sabiendas, se fijaría un plazo de entrega que no se va a cumplir.

En caso de acreditarse el dolo, se podría lograr la total reparación del daño causado por el retraso en la entrega de las mercaderías. Al fin y al cabo, la vía de la responsabilidad extracontractual a la que muchos cargadores acudían no lograría diferentes resultados, en tanto en cuanto, estos instrumentos lo prevén y amplían su ámbito de aplicación a la responsabilidad extracontractual derivada de un contrato de transporte de mercancías por mar³⁹.

En definitiva, la responsabilidad por retraso no se encuentra reconocida en las Reglas de La Haya-Visby, aunque la doctrina ha apostado por su paulatina incorporación a la responsabilidad del porteador. En cuanto a las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, sí reconocen expresamente el retraso como fundamento de responsabilidad contractual. Por lo que, ante esta responsabilidad del porteador, este podría tratar de esgrimir como causa de exoneración la situación de pandemia y sus restricciones con causa de la crisis logística. Sin embargo, esta vinculación entre la pandemia y la situación de crisis logística podría llevarse a cabo en abstracto, pero al aplicarlo a un contrato concreto resultaría complejo. Al fin y al cabo,

³⁶ Art. 22 RR.

³⁷ En las Reglas de La Haya-Visby se introdujo el dolo como fundamento de exclusión del límite a la responsabilidad mediante el Protocolo de 1968 al reformar el art. 4 mediante una redacción sumamente compleja pero que la doctrina ha asimilado a la conducta dolosa del Derecho Privado. SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, op. cit., p. 490.

³⁸ SAP Barcelona 66/2007 de 23 de enero (RJ 2007/205855).

³⁹ GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 481.

transcurrido un determinado tiempo y dado que se trató de normalizar el tráfico mercantil, la situación de crisis logística y los incumplimientos contractuales que conlleva es una consecuencia que se arrastra en el tiempo hasta que se normalice, pero sabida por el porteador al suscribir el contrato de transporte. Por lo que esta causa de exoneración deberá ser suficientemente acreditada. En caso de no lograr establecerse este nexo causal entre el retraso, la crisis logística y la pandemia mundial, el porteador se encuentra beneficiado por los límites a la responsabilidad, salvo que se acredite una actuación con dolo.

3. Responsabilidad por pérdida de las mercancías

Se acaba de analizar la responsabilidad por retraso, una cuestión que se está produciendo de forma generalizada en el seno del transporte internacional de mercancías. No obstante, un retraso cualificado puede conllevar determinadas consecuencias, como la pérdida de las mercancías⁴⁰. Al fin y al cabo, según la naturaleza de los bienes objeto de transporte, estos pueden deteriorarse y resultar inútiles para el uso al que van destinados. Por ello, es preciso pasar a analizar la responsabilidad por la pérdida de las mercancías.

Con este supuesto como referencia, es preciso determinar la posible responsabilidad del porteador a la luz de la diferente normativa aplicable al caso, es decir, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, sin olvidar una mención a las Reglas de Rotterdam.

Por lo que respecta a las Reglas de La Haya-Visby, la obligación de custodia queda consagrada en su articulado al establecer como obligaciones del porteador el adecuar el buque para el transporte de manera que las mercancías lleguen en perfecto estado de conservación⁴¹. Como consecuencia de esta obligación de custodia surgiría la responsabilidad contractual por la falta de cumplimiento⁴².

Las Reglas de Hamburgo, que como se ha indicado tienen una inclinación más protectora de los cargadores, también incluyen la pérdida de las mercancías como fundamento de la responsabilidad contractual, correspondiendo al reclamante la acreditación de la culpa o negligencia del porteador. De tal manera que, incorpora la obligación de custodia en el conjunto de obligaciones del porteador, además de la obligación de transporte⁴³.

⁴⁰ Además de la pérdida de las mercancías como consecuencia de un grave retraso, hay que tener en cuenta que las Reglas de Hamburgo realizan una equiparación de un retraso superior a 60 días con la pérdida de las mercancías. SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad del porteador...», *op. cit.*, p. 80.

⁴¹ Art. 3 RLHV.

⁴² La pérdida de las mercancías es el fundamento de responsabilidad del porteador bajo la regulación de las Reglas de La Haya-Visby. GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo...*, *op. cit.*, p. 472.

⁴³ Art. 5 RH.

Pese a no encontrarse en vigor, resulta interesante, en aras de tener una visión completa, evaluar la posibilidad de la responsabilidad por pérdida de las mercancías en las Reglas de Rotterdam. Así, si se acude a su articulado, podrá concluirse, sin lugar a duda, que la pérdida de las mercancías se encuentra dentro del catálogo de incumplimientos del porteador, que puedan derivar en una responsabilidad contractual⁴⁴.

Como consecuencia del posible surgimiento de la responsabilidad contractual, es preciso examinar los diferentes beneficios que ostenta el porteador conformados por las causas de exoneración y los límites a la responsabilidad.

Respecto a las Reglas de La Haya-Visby, no establece una causa de exoneración que pudiera aplicarse de forma automática al presente supuesto de una pérdida de mercaderías como consecuencia de una crisis logística. Al respecto, el catálogo de causas de exoneración es amplio y contempla supuestos tan variados como huelgas, guerras y tumultos, pero no contempla un supuesto que pudiera asimilarse a la situación actual. Aunque, es de rigor reconocer que existe una causa de exoneración relacionada con restricciones por cuarentena, lo que permitiría, en algunos casos, tratar de establecer un nexo entre la crisis logística y la pandemia en aras de aplicar esta causa de exoneración⁴⁵. Asimismo, esta normativa dispone de una causa de exoneración que constituye una suerte de “cajón de sastre”, en tanto en cuanto, constituye un supuesto genérico como causa de exoneración. Así, el porteador puede exonerar su responsabilidad si acredita que no se ha producido la pérdida de las mercancías por su culpa o negligencia⁴⁶.

Esta cuestión resultaría sumamente compleja, en la medida en que el porteador debería acreditar que no tenía culpa o negligencia, es decir, deberá acreditar que la pérdida de las mercancías no se ha producido como consecuencia de un incumplimiento de la obligación de custodia. Por este motivo, en caso de mercancías perecederas que pudieran ser debidamente conservadas en centros frigoríficos, no parece que tuviera facilidad para acreditar este tipo de exoneración. Sin embargo, en el supuesto de mercancías perecederas, independientemente de la conservación que se le aplique, el porteador podría tratar de acreditar que ha sido como consecuencia de una crisis logística sobre la que no tiene responsabilidad y, por ende, tratar de lograr la exoneración de responsabilidad. Todo ello sin perjuicio de tratar de establecer un nexo entre las diferentes medidas de cuarentena y la crisis logística en aras de alcanzar la exoneración contractual.

Tras analizar las posibles causas de exoneración, cabría determinar los límites a la responsabilidad que establecen las Reglas de La Haya-Visby y que operarán como un beneficio para el porteador en la medida en que no deberá indemnizar por un importe superior al límite. De manera que, en caso de no estimarse una causa de

⁴⁴ Art. 17 RR.

⁴⁵ GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo...*, op. cit., p. 477.

⁴⁶ Art. 4.2q RLHV.

exoneración, la responsabilidad del porteador se encontraría limitada por lo fijado en la normativa.

En cuanto a las Reglas de Hamburgo, no establecen situaciones tales que pudiera generarse la exoneración de responsabilidad para el porteador. Sin embargo, contempla una concurrencia de culpas, de manera que el porteador pueda ser parcialmente exonerado si acredita que hubo un motivo concurrente a su posible culpa o negligencia que fundamentara la pérdida de las mercaderías. Por ello, si el porteador acreditara como concurrente la situación de crisis logística, podría mitigar, en parte, su responsabilidad contractual.

Por lo que afecta a los límites de responsabilidad, nuevamente las Reglas de Hamburgo contienen diversos mecanismos para determinar el *quantum* indemnizatorio máximo que debería satisfacer el porteador⁴⁷.

En lo que afecta a las Reglas de Rotterdam, siguiendo con lo ya expuesto, contempla como causa de exoneración las restricciones gubernamentales y las cuarentenas. Por lo que, podría tratar de vincularse la pérdida de las mercancías con la situación de pandemia global. Asimismo, las Reglas de Rotterdam, como viene siendo habitual en el transporte marítimo, establece una serie de fórmulas que permiten determinar la cuantía máxima de la indemnización.

Sin embargo, nuevamente, igual que en el supuesto anterior, habría que valorar la posibilidad de aplicar la figura del dolo como vía para excluir los límites de responsabilidad del porteador⁴⁸. Así, al igual que en el supuesto precedente, sería valorable que el porteador, dada la situación de crisis logística actual, suscriba un contrato de transporte asumiendo unas obligaciones que, conscientemente, sabe no va a poder cumplir⁴⁹. Por consiguiente, ante esta situación, sería posible tratar de lograr para el cargador una reparación integral del daño mediante el uso del dolo como vía para sortear los límites a la responsabilidad del porteador.

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que, tanto las Reglas de La Haya-Visby como las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam contemplan un supuesto de responsabilidad contractual como consecuencia de la pérdida de las mercancías. Además, partiendo de esa responsabilidad, no parece que la situación actual pudiera ser fácilmente incardinable en el catálogo de causas de exoneración, por lo que el porteador marítimo resultaría responsable. Al fin y al

⁴⁷ Art. 6 RH.

⁴⁸ Al respecto, la exclusión de los límites indemnizatorios como consecuencia de actuaciones malintencionadas o temerarias asociadas al dolo se encuentra contemplada en los tres instrumentos del transporte marítimo en términos similares. ESCUÍN IBÁÑEZ, I., «La limitación de responsabilidad del porteador», en EMPARANZA SOBEJANO, A., *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 293.

⁴⁹ Al respecto, hay ciertas resoluciones que valoran un incumplimiento contractual grave, en la medida en que no ha sido generado por la conducta del porteador, pero sí agravado por sus acciones negligentes, como fundamento para eliminar el beneficio del límite de responsabilidad. SAP Valencia 244/2011 de 13 de junio (RJ 2011/299626).

cabo, pese a existir en las diferentes normativas causas de exoneración relativas a cuarentenas que, tal vez, podrían aplicarse a la situación actual, tal y como se ha comentado previamente, resultaría una labor ardua. Esto es así, por cuanto la situación de crisis logística puede tener su origen en el desequilibrio entre oferta y demanda como consecuencia de las restricciones adoptadas para combatir la situación de pandemia global; no obstante, una vez superada la primera fase, habría que argumentar en qué medida se vio afectado ese contrato incumplido. En caso de no lograrse el reconocimiento de una causa de exoneración, la responsabilidad del porteador se vería limitada a lo establecido en la diferente normativa internacional.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL CARGADOR-VENDEDOR CON RELACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA

1. Responsabilidad contractual del vendedor

Tras el análisis de la responsabilidad del porteador marítimo, hay que tener presente que el transporte se enmarca en el seno de una operación de comercio internacional cuyo contrato primario suele ser un contrato de compraventa. Así pues, es preciso examinar la responsabilidad del vendedor como consecuencia de los incumplimientos del porteador marítimo derivados de la crisis de los contenedores.

En este sentido, hay que tener presente la posición contractual del vendedor, al fin y al cabo, el contrato de transporte de mercancías opera de forma vinculada a un contrato de compraventa, de tal modo que se produce un solapamiento de partes contractuales. Así, las partes suscriptoras del contrato de compraventa, tendrán una presencia más o menos determinante en el contrato de transporte de mercancías.

Con el objetivo de esclarecer la coordinación entre contratos de compraventa hay que recordar la importancia y el uso común de los INCOTERMS⁵⁰. Estas cláusulas tipo del comercio internacional contienen numerosos términos comerciales que permiten coordinar las obligaciones de vendedor y comprador en la compraventa internacional, sobre todo, respecto a la organización del transporte de las mercancías⁵¹.

Mediante el uso de estos términos del comercio internacional, se determinan puntos tan importantes para el desarrollo de una compraventa internacional como qué parte es la obligada a contratar el transporte de las mercancías y hasta dónde

⁵⁰ Estos términos son de habitual uso e incorporación en los contratos de compraventa internacional. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Análisis de la nueva versión de los “términos de comercio internacional” de la Cámara de Comercio Internacional: Incoterms 2020», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n. 157, 2020, pp. 145-192, p. 148.

⁵¹ ICC Spain: International Chamber of Commerce; Incoterms 2020: *reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, ICC Services, Barcelona, 2019, p. 2.

llegaría su responsabilidad⁵². En este sentido, resulta destacable traer a colación la principal clasificación de los INCOTERMS en diferentes grupos o familias que permiten agrupar términos según las obligaciones de cada una de las partes.

Así, los INCOTERMS se clasificarían en los grupos E, F, C y D, siendo el grupo E el que contempla un menor número de obligaciones para el vendedor y el D el que contempla el mayor número de obligaciones⁵³. En el ámbito del comercio suelen ser bastante comunes los términos del grupo F y C, puesto que son unos términos intermedios en cuanto al reparto de obligaciones. Centrando la cuestión, en el caso de que sea el vendedor el encargado de contratar el transporte de mercancías, lo habitual es que en el marco de la compraventa se incorpore un INCOTERM del grupo C.

Por consiguiente, el vendedor sería el responsable del transporte en la medida en que sería el sujeto de la compraventa encargado de contratar al porteador para que realice el transporte de las mercancías y su entrega al comprador. Así, en este supuesto, el vendedor encargado de contratar el transporte estaría obligado a contratar a un porteador marítimo con el fin de ejecutar materialmente lo que es parte de sus obligaciones como vendedor, pasando a actuar como cargador en el contrato de transporte. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que la obligación principal del contrato de compraventa es la obligación de entrega de las mercancías⁵⁴.

De todo lo expuesto hasta ahora se puede entrever que la responsabilidad del vendedor ante esta situación de crisis logística mundial surgirá con relación al incumplimiento de la obligación de entrega de las mercancías. En este sentido, la obligación de entrega de las mercaderías se regirá, tal y como viene siendo habitual, en el comercio internacional, por la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG)⁵⁵.

Al respecto, los arts. 31 y ss. CISG son los que se ocupan de regular los principales aspectos del cumplimiento de la obligación de entrega en la compraventa

⁵² Acerca de la naturaleza jurídica de los INCOTERMS existe un debate en torno a considerarlos cláusulas contractuales tipo o instrumentos del *soft law*, puesto que su incorporación regular a los contratos proviene de la influencia de su redactora, esto es, la Cámara de Comercio Internacional, lo que los vincularía al *soft law*. Sin embargo, se trata de una cuestión controvertida sin solución pacífica. CALDERÓN MARENCO, E. A., «Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, n. 28, 2017, pp. 177-233, p. 225; CASTELLANOS RUIZ, E., «El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, 2012, pp. 93-122, p. 107.

⁵³ HERRERO URTUETA, E., «INCOTERMS 2020: novedades más relevantes», *Diario La Ley*, n.º 9699, 2020, p. 2.

⁵⁴ JANSEN, N. y ZIMMERMANN, R., *Commentaries on european contract laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 1987.

⁵⁵ Se trata del texto de referencia a la hora de regular los contratos de compraventa internacional de mercaderías. ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 79.

internacional⁵⁶. Sin embargo, en el supuesto objeto de análisis, habría que focalizar el estudio en el campo del plazo para la entrega. Ello como consecuencia de la crisis logística que afecta al comercio internacional cuya principal consecuencia es el retraso generalizado y habitual en la entrega de las mercaderías. Por este motivo, es preciso centrar el incumplimiento en el plazo de entrega.

En este sentido, el art. 33 CISG determina que el plazo de entrega de las mercaderías será el dispuesto por las partes, en el contrato, o un plazo razonable desde la suscripción del mismo. Por consiguiente, en caso de establecer un plazo concreto en el contrato de compraventa internacional de mercaderías, se puede determinar de una manera sumamente sencilla el momento a partir del cual se incurre en mora y en incumplimiento del plazo de entrega por parte del vendedor.

Sin embargo, no todos los contratos de compraventa van a incluir un plazo determinado y, en esos casos, habrá que atenerse al criterio de la razonabilidad, un concepto jurídico indeterminado muy utilizado a lo largo de la CISG⁵⁷. Al aplicar este criterio siempre se alude al uso al que van destinadas las mercaderías, en la medida en que una entrega que frustra dicho fin no resultaría razonable al no permitir al comprador satisfacer sus legítimas expectativas contractuales⁵⁸. Un ejemplo que se suele utilizar para ilustrar la aplicación de este concepto jurídico indeterminado es el de las mercancías que son materias primas adquiridas por el comprador, para utilizarlas en la fabricación de bienes. En este caso concreto, la demanda de materias primas manifestada por el comprador determinaría que, una entrega que impidiera el uso de las mercancías objeto de la compraventa, incurriría en un incumplimiento del plazo razonable.

Ante el retraso en la entrega, surgiría la responsabilidad contractual del vendedor y los diversos remedios que ostenta el comprador para lograr sus legítimas expectativas. Los posibles remedios que podría utilizar el comprador ante el retraso se encuentran establecidos en los arts. 45 y ss. CISG. En referencia expresa al incumplimiento del plazo de entrega, se incluye una figura denominada *Nachfrist* y que, regulada en el art. 47 CISG, permite al comprador conceder un plazo suplementario para que cumpla sus obligaciones, de tal manera que este segundo incumplimiento habilitaría para una resolución por incumplimiento esencial⁵⁹. Esta

⁵⁶ Es preciso recordar que estos preceptos regulan la obligación de entrega, pero es habitual que se puedan pactar otras cláusulas, normalmente mediante INCOTERMS, que alteren o desplacen el régimen de la CISG. PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á., «La obligación de entrega en la venta con expedición», en MADRID PARRA, A., *Derecho uniforme del transporte internacional: cuestiones de actualidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 357.

⁵⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2006, p. 280.

⁵⁸ KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A commentary*, C.H. Munich, Beck-Hart-Nomos, 2018, p. 465.

⁵⁹ El art. 47 CISG establece una figura que habilita a una parte del contrato de compraventa para conceder un plazo suplementario y favorecer el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, el incumplimiento de este plazo facilita que pueda instarse la resolución contractual por incumplimiento esencial. ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., *Derecho mercantil internacional...*, op. cit., p. 205; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional...*,

figura resulta sumamente útil, pues permite al comprador afectado, después de conceder un plazo suplementario, la posibilidad de resolver el contrato, algo sumamente complejo, pues no suele estimarse la resolución contractual por retraso en la entrega.

Al fin y al cabo, el texto de la CISG tiene una tendencia a favorecer el mantenimiento y cumplimiento del contrato y resulta complejo que un retraso pudiera ser fundamento de resolución contractual, al no ser considerado, generalmente, como un incumplimiento esencial del mismo⁶⁰.

Sin perjuicio de este remedio habilitado al comprador, el vendedor sería responsable del incumplimiento contractual. Por consiguiente, el comprador podría reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con motivo del incumplimiento, según lo dispuesto en los arts. 74 y ss. CISG. Respecto a la indemnización, hay que recordar que el régimen de la CISG contempla tanto el daño emergente como el lucro cesante, por lo que ambos extremos deberán estar acreditados por parte del comprador⁶¹.

El incumplimiento por retraso sería el principal fundamento de responsabilidad del vendedor ante la situación logística objeto de estudio. Sin embargo, no es la única por cuanto pueden darse situaciones un poco más graves a nivel contractual como la pérdida de las mercancías. De lo expuesto hasta ahora, se observa cómo la denominada “crisis de los contenedores” afecta al cumplimiento de los plazos del transporte, lo que se traduce en posibles incumplimientos del plazo de entrega de las mercancías. No obstante, hay determinados supuestos específicos en que dichos retrasos pueden ocasionar un incumplimiento más grave, como es la pérdida de las mercancías.

La pérdida de las mercancías en el contexto analizado puede producirse ante determinadas materias primas de naturaleza perecedera. Por lo que, un retraso importante puede generar que las mercancías se pierdan por su propia naturaleza, de tal modo que el incumplimiento sería mucho más serio⁶². Ante esta nueva modalidad de incumplimiento de las obligaciones contractuales en que incurriría el vendedor, las opciones de que dispone el comprador son similares, en la medida en que se habilita igualmente las acciones por cumplimiento, la concesión de un

op. cit., p. 424 y Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos, 19 de julio de 2007 (CLOUT n.º 846).

⁶⁰ El art. 49.1 CISG establece la posibilidad de resolver el contrato mediante un incumplimiento esencial, concepto definido en el art. 25 CISG. Por tanto, es precisa una ardua labor de argumentación y acreditación de la esencialidad para lograr la resolución del contrato. En este sentido, dada la dificultad de estimar un incumplimiento esencial por retraso, las partes pueden establecer cláusulas contractuales que establezcan dicha esencialidad del incumplimiento de cualquier plazo de entrega. Una práctica que ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, enero de 1997 (laudo arbitral n.º 8786).

⁶¹ Art. 74 CISG.

⁶² ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., *Derecho mercantil internacional...*, *op. cit.*, p. 172.

plazo suplementario y, en caso de argumentarse un incumplimiento esencial, la resolución por incumplimiento.

No obstante, ante la pérdida de las mercancías, hay que tener presente que una acción de cumplimiento resultaría compleja en el ámbito del comercio internacional en la medida en que el vendedor debería despachar otras mercancías, con el perjuicio económico que supondría⁶³. Asimismo, la pérdida de las mercancías resultaría más fácilmente catalogable como incumplimiento esencial de cara a resolver el contrato.

2. Posible exoneración del vendedor *ex art. 79 CISG*

Tras examinar la responsabilidad contractual en que incurriría un vendedor encargado de gestionar el transporte como una vía de ejecutar materialmente su obligación de entrega, es preciso valorar si resultaría viable articular alguna clase de mecanismo que permita reducir dicha responsabilidad.

Al fin y al cabo, hay que tener en cuenta que dicho incumplimiento de la obligación de entrega no se debe como consecuencia de una actuación poco diligente en el cumplimiento de sus obligaciones. La responsabilidad del vendedor surge como consecuencia del incumplimiento del porteador a quien se encarga el transporte de las mercancías. Por ello, sería importante determinar si esta situación de dependencia podría suscitar algún tipo de beneficio para el vendedor en aras de establecer su responsabilidad contractual.

En este sentido, hay que tener presente que el vendedor responderá por sus obligaciones, aunque, como consecuencia de la práctica comercial, sean ejecutadas materialmente por un tercero ajeno al contrato, en este caso el porteador. Sin embargo, dado que el incumplimiento se produce en el seno de una crisis mundial en el ámbito de la logística, cabría preguntarse si resultaría de aplicación algún tipo de moderación en la responsabilidad contractual.

Con respecto a cierta atenuación o moderación de la responsabilidad contractual, el art. 79 CISG contempla la exoneración de responsabilidad contractual de la parte incumplidora siempre que concurran una serie de circunstancias⁶⁴. Así, se alcanzaría la exoneración si el incumplimiento fuese consecuencia de un impedi-

⁶³ Un gran retraso puede devenir en la pérdida de mercancías perecederas, aunque, podría darse un estado de deterioro incardinable en la falta de conformidad de las mismas. No obstante, ante deterioros importantes, los remedios se equiparan a la pérdida en tanto en cuanto debe realizarse una nueva expedición de las mercancías. Por lo que la reexpedición, al tener un gran sobre coste para el vendedor, queda limitada a situaciones de grave incumplimiento que lo justifiquen. ARPIO SANTACRUZ, J., «Incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.^a Á., *Contratos Mercantiles*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 9.

⁶⁴ Si bien el art. 79 CISG es invocado con frecuencia, pero admitido raramente, en ocasiones se ha aceptado la exoneración ante retrasos en la entrega y la pérdida de las mercancías. *Handelsgericht*

mento ajeno a su voluntad, que no pudiera esperarse a la celebración del contrato y que no pudiera ser evitado o superado⁶⁵. Sin embargo, esta exoneración también puede operar por actos de terceros, de manera que si, en el caso planteado, pudiera considerarse exonerado el porteador, como consecuencia de ello, se produciría la exoneración del vendedor⁶⁶.

En la primera de las situaciones, esto es que, desde el prisma del vendedor, pudiera valorarse como evento impeditivo la crisis logística actual, es necesario examinar la situación con el objetivo de determinar la posible exoneración o no.

Para poder alcanzar dicho fin, es preciso llevar a cabo un examen de los requisitos para establecer su concurrencia en el presente supuesto⁶⁷.

Así, como se ha adelantado, el tenor del precepto establece que debe tratarse de un evento ajeno a la voluntad del vendedor y que no pudiera, razonablemente, preverse, superarse o evitarse. El tenor literal del art. 79 CISG resulta chocante con el sistema de responsabilidad de la CISG más tendente a la objetividad del *Common Law* que a la subjetividad del *Civil Law*⁶⁸. Sin embargo, la doctrina entiende que, haciendo una interpretación armónica con todo el sistema de responsabilidad de la CISG, se parte del concepto objetivo de esfera de control, permitiendo cierto criterio subjetivador en aras de dotar a este precepto de cierta viabilidad.

La cuestión de la esfera de control supone una cuestión compleja que se comprende en el ámbito del derecho de contratos anglosajón. Los sistemas del *Common Law* entienden que cada una de las partes asume un compromiso con el fin de cumplir con sus obligaciones, por lo que, todos los eventos que puedan afectar al cumplimiento recaen dentro de la esfera de control de las partes⁶⁹. Con este criterio estricto, resultaría impracticable la exoneración que se pretende en el art. 79 CISG. Como consecuencia de ello, se matiza con los criterios de la razonabilidad y la imprevisión e inevitabilidad⁷⁰.

Así, en el caso propuesto, sería necesario que la crisis logística resultara sumamente imprevisible e inevitable para que pudiera estimarse la exoneración de res-

des Kantons Zürich, Suiza, 10 de febrero de 1999 (CLOUT n.º 331) y Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Illinois, Estados Unidos, 6 de julio de 2004 (CLOUT n.º 696).

⁶⁵ Art. 79.1 CISG.

⁶⁶ Art. 79.2 CISG.

⁶⁷ Al tratarse de una exoneración de responsabilidad, lógicamente el incumplidor que pretenda la exoneración soportará la carga de la prueba de los requisitos del art. 79. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional...*, op. cit., 652.

⁶⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional...*, op. cit., p. 642.

⁶⁹ KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, P., *UN Convention on Contracts...*, op. cit., p. 1055.

⁷⁰ De tal modo que estos criterios sirvan de matización y herramienta para delimitar y concretar la esfera de control. TAMAYO CARMONA, J. A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 46.

ponsabilidad⁷¹. En este sentido, tal vez resultara imprevisible para los vendedores que suscribieran los contratos de compraventa en los inicios de dicha crisis, puesto que sería harto difícil establecer si sería un problema puntual o la crisis mundial logística que realmente ha sido⁷². No obstante, además de la nota de imprevisibilidad, es necesario, tener presente la nota de inevitabilidad. Por ello, habría que valorar la necesidad de acudir al transporte marítimo o no, en la medida en que pudiera valorarse que, ante el colapso del tráfico marítimo, pudiera acudirse a otro medio de transporte.

La cuestión de la evitabilidad en la denominada crisis de los contenedores resulta harto compleja, puesto se trata de realizar una interpretación de la situación fáctica en aras de valorar si resultaría exigible a una parte contractual que acuda a otro medio de transporte como parte de su deber de cumplimiento⁷³. En este sentido, hay que tener en cuenta que el transporte marítimo es el principal medio de transporte de mercancías a nivel mundial, por lo que, si se estimara evitable la crisis de los contenedores, se estaría exigiendo a los vendedores que contrataran el transporte con medios más residuales en el comercio internacional. Así, en la situación actual, son varios los vendedores que acuden al transporte aéreo de mercancías como vía de sustitución, con el perjuicio económico que supone al ser un medio más caro y con menor capacidad de carga.

De todo lo anteriormente expuesto, se pueden alcanzar una serie de puntos de consenso que permitan pronunciarse respecto a la exoneración del vendedor. Al respecto, la razonable imprevisibilidad de la denominada crisis de los contenedores no sería tal, dependiendo del momento en que se suscribiera el contrato de compraventa que origina la organización de un transporte de mercancías. Por ello, esta cuestión quedaría descartada salvo para los primeros inicios de esta crisis logística que ya se ha prolongado por varios meses. En cuanto a la posible superación del evento o su evitabilidad, acudiendo a otro medio de transporte, no es un criterio que pueda ser valorado en abstracto, en la medida en que la naturaleza de las mercaderías y las circunstancias específicas de cada caso podrían tener mucho que ver. Así, en la actualidad se está acudiendo a otros medios como el transporte aéreo para realizar la entrega de las mercaderías, pero por su precio y limitada capacidad de carga, en algunos contratos podría considerarse como una alternativa razonable

⁷¹ La cuestión de la imprevisibilidad se valora en la práctica comercial de una manera sumamente restrictiva, pues se ha llegado a denegar la exoneración al considerar que las partes debían haber previsto los posibles cambios de valor de los productos en el mercado, de manera que no pudiera alegarse posteriormente para exonerar la responsabilidad por incumplimiento. Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Bulgaria, 12 de febrero de 1998 (CISG *online* n.º 436).

⁷² Hay que tener en cuenta que el momento de referencia para determinar la imprevisibilidad es el de la suscripción del contrato y el contexto de ese momento. Así lo ha entendido la jurisprudencia al aplicar el art. 79 CISG. Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Federación de Rusia, 16 de marzo de 1995 (CLOUT n.º 140).

⁷³ No hay que olvidar que la evitabilidad debe ser un criterio objetivo, aunque adaptándolo al contexto del caso concreto. KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, P., *UN Convention on Contracts...*, *op. cit.*, p. 1056.

y, en otros no⁷⁴. Sin embargo, como la nota de imprevisibilidad no concurriría, salvo algunos supuestos puntuales, no sería procedente exonerar de responsabilidad al vendedor como consecuencia de esta situación de crisis logística, puesto que, suscribe un contrato de compraventa en el que se establece un régimen determinando el plazo de entrega, cuando, es probable que dicho plazo vaya a ser incumplido.

Tras analizar la primera de las situaciones descrita, es preciso examinar la posibilidad de exonerar al vendedor por la segunda opción que ofrece el art. 79 CISG, esto es, considerar que el evento impeditivo afecte al porteador marítimo y, como consecuencia de ello, exonerar al vendedor cuyo incumplimiento depende del previo incumplimiento del porteador⁷⁵.

Para ello, habría que valorar si la falta de disponibilidad de contenedores y demás carencias en la crisis logística actual es algo que pudiera ser previsto o evitado por los porteadores marítimos⁷⁶. En relación con la imprevisibilidad, la argumentación corre pareja a lo expuesto anteriormente, en la medida en que en los inicios de esta situación podría estimarse la imprevisibilidad, pero tras varios meses de crisis logística, resulta complicado que un porteador marítimo pueda considerar imprevisible el retraso en la entrega de las mercaderías cuando es conocedor de la carencia de contenedores para el transporte.

Por lo que respecta a la posible evitabilidad de esta situación, a diferencia del vendedor, el porteador marítimo no puede acudir a otro medio de transporte no colapsado por la crisis logística, de tal manera que, salvo situaciones muy específicas, podría estimarse que esta situación resulta inevitable para el porteador marítimo.

Como consecuencia de lo expuesto, podría establecerse que el porteador marítimo no alcanzaría la exoneración según el art. 79 CISG, al no concurrir la nota de imprevisibilidad, de tal modo que, tampoco podría exonerarse al vendedor como consecuencia de ello. Asimismo, en relación con la posible exoneración del porteador, habría que tener presente el conocimiento de primera mano que tiene acerca de su disponibilidad para cumplir con el contrato de transporte que está suscribiendo, por lo que, también, podría argumentarse que se está adquiriendo unas obligaciones contractuales que, prevé, no podrá cumplir.

⁷⁴ Con relación a determinados supuestos vinculados a la evitabilidad del imprevisto, la práctica comercial estima que el aumento de costes debe ser algo previsto por el operador del comercio internacional y, por ende, no se incardinaria en situaciones contempladas dentro de la exoneración. Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 28 de febrero de 1997 (CLOUT n.º 277).

⁷⁵ La práctica jurisprudencial ha venido admitiendo que los incumplimientos de los porteadores son el supuesto típicamente incardinable en el art. 79.2 CISG. Tribunale d'appello del Cantone Ticino, Suiza, 29 de octubre de 2003 (CLOUT n.º 890).

⁷⁶ El art. 79.2 CISG establece la exoneración por actos de terceros, de tal modo que si una parte del contrato de compraventa desea ver exonerada su responsabilidad por los actos de terceros, esos terceros deberán superar contenido en el precepto y acreditar el evento impeditivo imprevisible e inevitable.

En definitiva, tras todo lo expuesto en el presente apartado, se puede entrever cómo el vendedor difícilmente logrará la exoneración de la responsabilidad según el art. 79 CISG, de tal modo que, ante esta situación, se vería abocado a tratar de mitigar las consecuencias del incumplimiento lo máximo posible en aras de reducir el *quantum* indemnizatorio.

Tras valorar la posible exoneración del vendedor según lo dispuesto en el art. 79 CISG, hay que detenerse en los efectos de dicha exoneración. Al fin y al cabo, la figura regulada en el citado precepto limita la exoneración a la responsabilidad contractual, manteniendo el contrato vigente, con las obligaciones que ello puede conllevar. Por lo que, el vendedor continuaría obligado a entregar las mercancías según lo estipulado en el contrato de compraventa, colocándole en una situación delicada entre el incumplimiento del porteador y el limitado beneficio de la exoneración que pudiera lograr según el art. 79 CISG⁷⁷.

IV. LA LEGITIMACIÓN SEGÚN LAS DIFERENTES POSICIONES CONTRACTUALES

1. Legitimación del cargador-vendedor frente al porteador

Tras analizar las diferentes responsabilidades del cargador-vendedor como consecuencia de los incumplimientos en la obligación de entrega generados por la situación de crisis logística actual, es necesario examinar los posibles cauces de que dispone frente al porteador, sujeto ejecutor material de la obligación de entrega⁷⁸.

En este sentido, es importante volver a recordar que, en el presente supuesto, el vendedor está actuando con cierto solapamiento contractual, en la medida en que, además del vendedor, es el cargador, en el contrato de transporte de mercancías. Por consiguiente, tras ver las diferentes responsabilidades que surgirán como consecuencia del incumplimiento en la obligación de entrega, es necesario tener en cuenta si, como cargador ostentaría acciones frente al porteador, de tal modo que pueda “repetir”, en cierto modo, su responsabilidad como vendedor.

Al respecto, lo primero que hay que hacer es remitirse a lo expuesto anteriormente en relación a la responsabilidad contractual del porteador y las posibilidades

⁷⁷ Aunque no es el objeto del presente trabajo, resulta necesario mencionar que, pese a los límites que la CISG establece en la exoneración del art. 79, existe una corriente doctrinal que aboga por utilizar el citado precepto como vía para establecer una institución relativa a la excesiva onerosidad en el seno de la CISG. De esta forma, se podría habilitar para la renegociación del contrato y, en su caso, la extinción del mismo. A modo ilustrativo *vid.* BASEDOW, J., «Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG», *Internacional Review of Law and Economics*, n. 25, 2005, pp. 487-500; DIMATTEO, L., «Contractual Excuse under the CISG: Impediment, Hardship and the Excuse Doctrines», *Pace Internacional Law Review*, n.º 27, 2015, pp. 258-305.

⁷⁸ Al fin y al cabo, las partes en el contrato de transporte de mercancías por mar son el cargador, sujeto que contrata y encarga el transporte, y porteador, sujeto encargado de transporte las mercancías y entregarlas en destino. SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, *op. cit.*, p. 198.

de aplicar las causas de exoneración y límites. Tras tener esto presente, habría que ver la posible legitimación activa que ostentaría el cargador en un contrato de transporte de mercancías.

La legitimación del cargador siempre resulta sumamente problemática a la hora de concretar como consecuencia de la particular idiosincrasia del contrato de transporte de mercancías⁷⁹. Este tipo de contrato tiene cierta particularidad puesto que se suscribe entre cargador y porteador en beneficio de tercero, ya que el sujeto acreedor de la obligación de entrega de las mercancías en el transporte es el destinatario, un sujeto que no es considerado parte contractual en el contrato de transporte.

Así pues, teniendo presente que el sujeto acreedor de la obligación de transporte de las mercancías y de entrega en destino es el destinatario, se puede presumir que será este tercero ajeno al contrato quien se encuentre legitimado para reclamar al porteador por los incumplimientos en el transporte. Sin embargo, dado que el destinatario puede solaparse con otras partes del contrato de compraventa, se analiza más adelante.

Por lo que afecta al cargador, en principio, no se encontraría legitimado activamente para reclamar al porteador por incumplimiento de la obligación de entrega, aunque hay cierta doctrina que estima la existencia de una doble legitimación de cargador y destinatario⁸⁰.

Sin embargo, pese a la taxativa afirmación de ausencia de legitimación del cargador frente al porteador, no se trata de una postura unánime en la doctrina ni en la práctica. Al fin y al cabo, como se acaba de exponer, hay doctrina que estima la existencia de una doble legitimación. Asimismo, se han venido desarrollando diferentes posturas que permitan extender al cargador la legitimación activa en el contrato de transporte de mercancías. Estos mecanismos que permiten ampliar la legitimación al cargador se fundamentan en la institución de la transmisión del riesgo, en una suerte de subrogación del cargador y en el derecho de disposición del cargador.

En cuanto al primero de los mecanismos, la institución de la transmisión del riesgo permitiría extender la legitimación del cargador ante determinados supuestos. La transmisión del riesgo en este tipo de operaciones tiene una doble vertiente en la medida en que, por un lado, denegaría el acceso a la legitimación activa del cargador en tanto en cuanto se suele transmitir el riesgo al comprador con la puesta a disposición del porteador. Sin embargo, no siempre es así, y en aquellas com-

⁷⁹ La doctrina ha entendido que el cargador es la persona que encarga el transporte al porteador y, por consiguiente, sería acreedor inicial de la obligación de entrega, mientras que el destinatario al final. Todo ello, complica la determinación de la legitimación activa del cargador, si bien, sería el legitimado primitivo. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 158.

⁸⁰ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 157.

praventas que se rijan por un INCOTERM del grupo D, la transmisión del riesgo se produce en destino, por lo que, permitiría una legitimación activa del cargador.

No obstante, pese a este mecanismo de extensión de la legitimación, hay que tener presente que la inmensa mayoría de las compraventas que incluyen transporte suelen regirse por INCOTERMS de los grupos F y C, que establecen la transmisión con la entrega al porteador. De tal modo, que esta extensión de la legitimación, aunque posible, no resultaría aplicable en la inmensa mayoría de los casos planteados en el caso objeto de estudio⁸¹.

Respecto a la extensión de la legitimación como consecuencia de la subrogación del cargador en la posición del destinatario, este mecanismo resulta sumamente interesante por cuanto tiene en cuenta la realidad de las operaciones de transporte de mercancías⁸². De igual modo que se parte, en este supuesto, de que el cargador es al mismo tiempo el vendedor de las mercancías, igualmente, se puede inferir que el destinatario sea el comprador de las mismas. Por lo que habrá un solapamiento contractual entre el contrato de compraventa y el contrato de transporte, que sirve como medio de ejecución material de parte de las obligaciones del contrato de compraventa. Por este motivo, el cargador-vendedor, quien debería indemnizar por incumplimiento al comprador-destinatario, se subrogaría en la legitimación del destinatario frente al porteador, pudiendo entablar acciones por incumplimiento del contrato de transporte. De este modo, se podría articular una suerte de acción de repetición, en la medida en que el cargador-vendedor, que ha tenido que indemnizar al comprador-destinatario, reclame al porteador por su incumplimiento en el contrato de transporte.

Sin embargo, pese a esta posible extensión de la legitimación como una subrogación de la posición del destinatario, dada la posición de legitimado pasivo del cargador-vendedor frente al comprador en el contrato de compraventa, hay que tener en cuenta las notorias diferencias del régimen de responsabilidad. Al fin y al cabo, las acciones que se puedan entablar frente al porteador se regirán por la normativa del contrato de transporte que, como se ha expuesto previamente, atribuye notables exoneraciones y límites de responsabilidad a favor del porteador marítimo.

Además de los mecanismos de extensión de la legitimación del cargador-vendedor que se acaban de exponer, este también podría encontrarse legitimado utilizando instrumentos y conceptos propios del contrato de transporte de mercancías. En este sentido, cobra una nueva relevancia el denominado derecho de disposición. El derecho de disposición lo ostenta el cargador y permite, a lo largo de la vida del contrato de transporte, modificar y alterar al destinatario y el lugar de entrega. Por consiguiente, si el derecho de disposición del cargador permite alterar al des-

⁸¹ RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», *Revista de Derecho Mercantil*, n. 193-194, 1989, pp. 721-786, p. 756.

⁸² RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque...», *op. cit.*, p. 757.

tinatario, quien sería el legitimado para reclamar la entrega de las mercaderías, se podría inferir que la posición como legitimado activo del destinatario depende de la voluntad del cargador mediante el ejercicio de este derecho.

Por consiguiente, el derecho a reclamar la entrega del destinatario nacería cuando efectivamente vaya a cumplirse con la puesta a disposición del destinatario de las mercaderías objeto de transporte⁸³. Así pues, hasta ese momento en que se encontraría vigente el derecho de disposición, no nacería el derecho que constituye al destinatario como acreedor de la obligación de entrega. De manera que, hasta ese trasvase de la posición acreedora de la obligación de entrega, el legitimado sería el cargador, quien puede alterar los detalles de entrega de la obligación de transporte.

Por lo anteriormente expuesto, ante un supuesto en que la obligación de entrega se incumple o se cumple tardíamente, no se habría producido todavía el trasvase hacia el destinatario, motivo por el que el cargador-vendedor retendría la posibilidad de ser legitimado activo frente al porteador⁸⁴.

En resumen, aunque la aceptación de considerar al cargador-vendedor como legitimado activo frente al porteador por lo expuesto previamente, ha sido compleja, esta exclusión no resulta unánime, y se han venido construyendo diferentes mecanismos que permitirán al cargador-vendedor entablar acciones frente al porteador para reclamar el incumplimiento del contrato de transporte⁸⁵.

2. Legitimación del comprador-destinatario frente al porteador

Tal y como se ha venido poniendo de relieve, el solapamiento entre las partes del contrato de transporte y del contrato de compraventa es algo habitual, punto que se encuentra justificado si se tiene en consideración que el contrato de transporte suele actuar de un modo instrumental del contrato de compraventa.

Así, lo habitual es que el comprador de las mercaderías ostente alguna posición en el contrato de transporte de las mismas, normalmente a través de la figura de su destinatario. Por consiguiente, el comprador actuará como destinatario de las mer-

⁸³ Dado que el contrato de transporte es un contrato suscrito en beneficio de tercero, puesto que el destinatario no tiene la consideración de parte contractual; existen diferentes mecanismos doctrinales que permiten determinar la legitimación del destinatario respecto a la recepción de las mercancías. Así, se establece la teoría de la cesión de derechos del cargador al destinatario, mediante la documentación que le habilita para retirar las mercancías objeto de transporte. RODRÍGUEZ DELGADO, J. P., *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 120.

⁸⁴ De igual modo, si el destinatario rechazara la entrega, se mantendría la legitimación del cargador. SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, op. cit., p. 517.

⁸⁵ Al fin y al cabo, el cargador es la parte que contrata con el porteador y se configura como el acreedor de las obligaciones dimanantes del contrato de transporte. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 162.

caderías que ha adquirido, y ello le habilita para interponer determinadas acciones frente al porteador encargado de transportarlas.

La posibilidad de entablar acciones directas frente al ejecutor material del transporte conlleva una simplificación del proceso de reclamación de las posibles indemnizaciones, aunque, habrá que tener presente que, tal y como ya se ha expuesto, el régimen de responsabilidad en el transporte resulta beneficioso para los porteadores.

Dada la posible duplicidad de posiciones contractuales del comprador-destinatario es necesario determinar su legitimación frente al porteador a través de tres vías diferentes: legitimación como destinatario de las mercancías, legitimación como comprador y propietario de las mismas y la legitimación cartularia o por ser tenedor del conocimiento de embarque.

La primera vía de legitimación del comprador-destinatario se encuentra fundada en su posición en el contrato de transporte. Al fin y al cabo, pese a que el destinatario de las mercancías no sea parte en el contrato de transporte, es considerado el beneficiario del mismo y, acreedor de la obligación de entrega de las mercancías objeto del transporte⁸⁶.

El hecho de que el destinatario se posicione como el acreedor frente al porteador de la obligación de transporte es lo que fundamenta su legitimación para reclamar frente al incumplimiento de la obligación de la que es acreedor. No obstante, esta cuestión no es pacífica en la medida en que, tal y como se ha adelantado, la posición del destinatario puede verse alterada por el derecho de disposición del cargador. Por ello, la legitimación del destinatario dependerá del surgimiento de ese derecho a reclamar las mercancías, aunque, ser acreedor de dicha obligación no es exclusivo del momento de la entrega, en la medida en que se es acreedor de una entrega en un plazo concreto. Así, cuestiones como el retraso o la pérdida de las mercancías pueden hacer que la legitimación del destinatario se diluya, aunque como se puede inferir de lo expuesto, no resultaría de este modo al ser acreedor de la entrega en un momento y de unas mercancías, por lo que ostentaría una legitimación completa frente al porteador.

La segunda de las legitimaciones del comprador-destinatario, se fundamenta en la vertiente de comprador, esto es, si el comprador, que puede no coincidir con el destinatario, se encontraría legitimado para entablar acciones frente al porteador. Al respecto, la respuesta sería clara en la medida en que el comprador que no es destinatario no tiene ninguna posición en el contrato de transporte de mercancías que permita habilitarle para poder reclamar al porteador.

⁸⁶ Hay acuerdo con relación al destinatario como acreedor de la obligación de entrega, aunque su configuración sea objeto de intenso debate. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, *op. cit.*, p. 163.

Sin embargo, esta postura no es unánime en la medida en que algunos fallos del Tribunal Supremo han defendido la legitimación del comprador como propietario de las mercancías⁸⁷. Esta legitimación encontraría su fundamento en que una de las consecuencias de un contrato de compraventa de mercancías es el traspaso de la propiedad de las mismas⁸⁸. Por consiguiente, ante determinados incumplimientos, se podría permitir una legitimación del propietario de las mercancías hacia el porteador. En este sentido, parece lógico que surgiría esta legitimación ante determinados incumplimientos graves que generen la pérdida de las mercancías, de tal modo que se extiende esa legitimación en la medida en que el propietario de las mercancías se vería afectado por los daños producidos en ellas. No obstante, no se trata de una legitimación sumamente aceptada, pese a algún fallo jurisprudencial que la reconozca⁸⁹.

En cuanto a la última vía de legitimación, a veces conocida como acciones cartularias, se trata de una legitimación fundamentada en el conocimiento de embarque⁹⁰. Al respecto, es preciso destacar la especial naturaleza del conocimiento de embarque que consigna el contrato de transporte de mercancías por vía marítima y que tiene naturaleza de título valor⁹¹. La naturaleza de título valor del conocimiento de embarque genera que al consignarse las diferentes partes del contrato de transporte en dicho documento y poder ser objeto de endoso, se establecería una legitimación a favor del último tenedor del mismo. Por este motivo, la legitimación frente al porteador también puede surgir como consecuencia de la naturaleza del conocimiento de embarque. Sin embargo, hay que tener presente que no todos los documentos que consignan el contrato de transporte tienen la naturaleza de título-valor y que hay determinadas operaciones de endoso que privarían de la citada legitimación⁹².

De todo lo anteriormente expuesto, se ha podido observar la legitimación del sujeto comprador-destinatario frente al porteador fundada en las diferentes posiciones contractuales que puede ocupar, lo que no hace sino reforzar la idea de la complejidad de las operaciones del comercio internacional y de la estrecha relación entre el contrato de compraventa y de transporte de mercancías.

⁸⁷ STS 1040/1993 de 10 de noviembre (RJ 1993/8980).

⁸⁸ Art. 30 CISG.

⁸⁹ La legitimación del propietario de las mercaderías tiene mayor reconocimiento en el ámbito del derecho comparado, puesto que en otros ordenamientos jurídicos se encuentra incorporada. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 183.

⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo...*, op. cit., p. 515.

⁹¹ En la concepción del conocimiento de embarque como título valor, radica una fuente de legitimación. Al fin y al cabo, el tenedor legítimo del documento es el habilitado para retirar y reclamar las mercancías frente al porteador, por lo que se constituiría como destinatario del transporte. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2015, p. 599.

⁹² En cuanto a la legitimación derivada de un conocimiento de embarque, es necesario tener en cuenta que el legítimo tenedor puede ser un sujeto que no sea legítimo interesado en el cumplimiento de las obligaciones de transporte. RUIZ SOROA, J. M.^a, «Problemas de legitimación en la acción de

3. Legitimación del comprador frente al vendedor

A lo largo del presente trabajo se han puesto de manifiesto los nexos de unión entre el contrato de compraventa de mercancías y el transporte de las mismas. Así, no resulta erróneo afirmar que el contrato de transporte tiene una finalidad instrumental en la medida en que sirve para ejecutar materialmente la obligación de entrega del contrato de compraventa. Por este motivo, el destinatario de las mercancías puede coincidir con el comprador de las mismas, lo que deviene en que el mismo sujeto puede entablar acciones según su posición en un contrato o en otro.

Tras analizar las posibilidades en el contrato de transporte, en el que el destinatario es sujeto interesado pero no parte, en sentido estricto, es preciso examinar las posibilidades en el contrato de compraventa.

El destinatario que sea al mismo tiempo comprador de las mercancías dispone de una legitimación directa y clara frente al vendedor por el incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de compraventa internacional. Así, una de las principales obligaciones de dicho tipo contractual es la obligación de entrega, motivo por el que la situación de crisis logística actual servirá de cauce y fundamento para reclamar al vendedor por el incumplimiento que pueda surgir.

De forma previa, se han expuesto los diferentes supuestos relacionados con la entrega que pueden generar una responsabilidad contractual para el vendedor. Por consiguiente, de forma corresponsiva, al comprador se le atribuye la legitimación para entablar los remedios comentados en relación a la responsabilidad contractual del vendedor.

No obstante, esta legitimación clara y directa que ostenta el comprador frente al vendedor por el contrato de compraventa debe ser examinada cautelosamente mediante la cuestión de la transmisión del riesgo y su posible modulación según los diferentes términos INCOTERMS.

La institución de la transmisión del riesgo es una figura que establece quién debe asumir la pérdida de las mercancías en caso de no mediar actuaciones u omisiones de la contraparte^{93, 94}. Lo habitual es que se determine la transmisión del riesgo con la puesta a disposición del porteador, aunque puede ser alterada según el término INCOTERM utilizado⁹⁵. Sin embargo, en el presente supuesto se parte de un vendedor actuando como cargador, por lo que se encontraría inmerso en un término del grupo C, que establece la transmisión del riesgo con la puesta a disposición del porteador.

resarcimiento por averías y faltas en el transporte marítimo», *Anuario de Derecho Marítimo*, n.º 1, 1981, pp. 213-245, p. 242.

⁹³ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional...*, op. cit., p. 516.

⁹⁴ Art. 66 CISG.

⁹⁵ Art. 67 CISG.

No obstante, hay que tener presente que la institución del riesgo, pese a su enorme relevancia en el campo de la compraventa, no resultaría de aplicación en el supuesto de análisis. Al fin y al cabo, se ha puesto de manifiesto que resultaría harto complicado que el vendedor encontrara la exoneración de responsabilidad, por lo que devendría en responsable contractual y la transmisión del riesgo no entraría en funcionamiento.

Por consiguiente, recapitulando, el comprador ostentaría una legitimación según lo dispuesto en el articulado de la CISG con el fin de poner remedio al incumplimiento de la obligación de entrega, sea en modalidad de retraso o en la modalidad de pérdida, y reclamar la indemnización por daños y perjuicios correspondiente.

V. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo se ha visto cómo la denominada crisis de los contenedores puede afectar a una operación de comercio internacional con unas consecuencias difíciles de acotar. Al fin y al cabo, se trata de operaciones complejas en las que intervienen diferentes sujetos mediante variadas figuras contractuales.

Así, partiendo de la responsabilidad del porteador respecto a los posibles perjuicios que pueda generar el incumplimiento del contrato de transporte, es necesario determinar la responsabilidad del porteador. Por ello, se ha expuesto el doble régimen jurídico que afecta al transporte internacional de mercancías por vía marítima, compuesto por las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo.

Acudiendo a esta normativa y analizando cómo puede afectar la situación de crisis logística al contrato de transporte, ya sea a través de un incumplimiento por retraso o, por pérdida de las mercancías.

Al respecto, se ha podido ver cómo el porteador incurriría en responsabilidad por retraso, aunque se vería beneficiado por los diferentes límites a la responsabilidad que se establecen en los diferentes convenios que regulan el transporte marítimo, de manera que sería complicado lograr del porteador una reparación integral del daño generado. En cuanto a la pérdida de las mercaderías, igualmente quedaría amparada por la responsabilidad del porteador, aunque, de nuevo, limitada a lo establecido en los convenios reguladores del transporte.

Sin embargo, pese a que el porteador es responsable tanto por el retraso en la entrega como por la pérdida de las mercancías, tal vez podría lograr la exoneración de responsabilidad. En este sentido, resulta relevante sacar a colación que en el marco de la normativa internacional del transporte marítimo existe la exoneración de responsabilidad ante situaciones de pandemia y cuarentena. Pese a ello, hay que ser conscientes de que, por un lado, la crisis logística puede tener su origen en la pandemia el COVID-19 pero, por otro lado, habría que establecer un vínculo

directo entre el incumplimiento de un contrato en particular y una situación de pandemia, puesto que transcurrido un tiempo es algo que puede ser en mayor o menor medida previsto.

Este punto enlaza con el siguiente, puesto que, si se desestima la exoneración de responsabilidad del porteador, este se encuentra beneficiado por los diferentes límites a la responsabilidad que determinan los diferentes convenios en la materia. Sin embargo, estos límites a la responsabilidad pueden ser excluidos ante una conducta dolosa del porteador. La carga de la prueba acerca de la actitud dolosa del porteador la soporta el cargador y debería acreditar una actuación negligente, temeraria o malintencionada por parte del porteador. No obstante, en el contexto analizado, cabría cuestionarse la actuación de un porteador ante el retraso generalizado de las mercaderías. En la situación actual, sería difícil que un porteador pudiera acreditar desconocimiento de la crisis logística y, por ende, podría estar contratando el transporte de mercancías asumiendo plazos de entrega que, a sabiendas, no va a ser capaz de cumplir. Pese a lo expuesto, no hay que olvidar que la carga de la prueba la soporta el cargador y que, ante una crisis logística sin precedentes en el comercio internacional, resultaría complejo excluir los límites a la responsabilidad del porteador.

Tras establecer la responsabilidad del porteador, es imprescindible continuar con el hilo lógico, esto es, determinar la responsabilidad del vendedor. Ante una situación como la actual, la responsabilidad contractual de un contrato afecta al otro. Al fin y al cabo, hay que tener en cuenta que el contrato de transporte funciona de una manera instrumental, de manera que, permite ejecutar una de las obligaciones principales de la compraventa, esto es, la entrega de las mercaderías.

Así, un vendedor sería responsable ante el comprador por el incumplimiento en la obligación de entrega y debería responder contractualmente con respecto al comprador por los daños que el retraso o falta de entrega ocasionen. Sin embargo, ante la excepcional situación que afecta al transporte internacional por vía marítima, cabría cuestionarse si no sería viable la exoneración del vendedor. Ante esta cuestión, la prueba del vendedor sería ardua, pues debería acreditar la total imprevisibilidad de esta situación, cuestión sencilla de argumentar en los inicios de una situación de tal magnitud pero no tras varios meses, y, asimismo, la evitabilidad, punto más sencillo de acreditar en tanto en cuanto el transporte marítimo es el principal del transporte internacional, aun cuando algunos vendedores han acudido al transporte aéreo como alternativa, punto que podría resultar relevante en la medida en que el art. 79 CISG se aplica de una manera sumamente restrictiva.

De todo lo anteriormente expuesto, se ha podido observar que, el porteador, probablemente deberá responder contractualmente y el vendedor también. Sin embargo, en una operación de comercio internacional en el que los sujetos de varios tipos contractuales coinciden, habría que fijar quién demanda a quién y con qué legitimación.

En este sentido, el comprador ostentará una legitimación clara y directa para reclamar una indemnización por daños y perjuicios al vendedor, según lo dispuesto en la CISG. Además, podría interponer acciones directas frente al porteador, según ciertas legitimaciones extraordinarias que se han analizado. No obstante, dada la limitación de responsabilidad existente en el ámbito del contrato de transporte, sería más interesante acudir a la legitimación fundada en la posición de comprador del contrato de compraventa.

El vendedor, actuando como cargador, podrá reclamar una indemnización al porteador, de tal modo que podría parecer una suerte de acción de repetición de la indemnización satisfecha previamente al comprador. Sin embargo, el vendedor frente al porteador actúa como el cargador, en el supuesto planteado, de tal modo que deberá atenerse al régimen del contrato de transporte con las limitaciones que ello implica en materia de resarcimiento contractual, lo que afecta al *quantum* indemnizatorio que podría lograr.

En conclusión, de todo lo anteriormente expuesto, se puede observar la complejidad de cualquier incumplimiento contractual generado en el seno de esta crisis logística. Esta complejidad aumentada por la estrecha interrelación entre el contrato de transporte y el contrato de compraventa, con el solapamiento de partes contractuales. Así, se puede deducir que el vendedor que actúa como cargador se encuentra ante una posición contractual débil, en tanto en cuanto deberá satisfacer una indemnización al comprador que, difícilmente, podrá repercutir en la responsabilidad del porteador. Al fin y al cabo, la indemnización por daños y perjuicios contemplada en la CISG se rige por la integral reparación del daño, a diferencia de los límites a la responsabilidad que podrá encontrar en el régimen del transporte.

Como consecuencia de ello, la valoración del dolo del porteador y la exoneración del art. 79 CISG adquieren una especial relevancia, motivo por el que, ante la litigiosidad derivada de este contexto, habrá que analizar caso por caso cada conflicto contractual en aras de determinar las responsabilidades de cada parte según lo expuesto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

ARPIO SANTACRUZ, J. «Incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y CALZADA CONDE, M.^a Á., *Contratos Mercantiles*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

ARROYO MARTÍNEZ, I., *Curso de Derecho Marítimo*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2015.

- BASEDOW, J., «Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG», *Internacional Review of Law and Economics*, n. 25, 2005, pp. 487-500.
- CALDERÓN MARENCO, E. A., «Los incoterms como instrumento de derecho suave (*soft law*)», *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho= Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, n. 28, 2017, pp. 177-233.
- CARBONE, S. M., *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milano, Giuffrè, 2010.
- CASTELLANOS RUIZ, E., «El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, 2012, pp. 93-122.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2006.
- DIMATTEO, L., «Contractual Excuse under the CISG: Impediment, Hardship and the Excuse Doctrines», *Pace Internacional Law Review*, n.º 27, 2015, pp. 258-305.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., «El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en MARTÍNEZ SANZ, F. y PUETZ, A., *Manual de Derecho del transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- ESCUIN IBÁÑEZ, I., «La limitación de responsabilidad del porteador», en EMPARANZA SOBEJANO, A., *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Estudios y Evaluación de Instrumentos de Política Comercial, S.G. de «Recuperación económica y problemas de abastecimiento: el papel de los fletes», *Boletín Económico de ICE*, n. 3141, 2021.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.
- GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- HERRERO URTUETA, E., «INCOTERMS 2020: novedades más relevantes», *Diario La Ley*, n.º 9699, 2020.

- ICC Spain, International Chamber of Commerce; *Incoterms 2020: reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*, Barcelona, ICC Services, 2019.
- ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P., *Derecho mercantil internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- JANSEN, N. y ZIMMERMANN, R., *Commentaries on european contract laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- JUAN Y MATEU, F., «El transporte sobre cubierta y la responsabilidad del porteador marítimo», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 309, 2018.
- KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, P., *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). A commentary*, C.H.Beck - Hart - Nomos, München, 2018.
- MARTÍN OSANTE, J. M., «Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam», en EMPARANZA SOBEJANO, A., *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á., «La obligación de entrega en la venta con expedición», en MADRID PARRA, A., *Derecho uniforme del transporte internacional: cuestiones de actualidad*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- RECALDE CASTELLS, A., «Conocimiento de embarque y acción por pérdidas y averías: cuestiones de legitimación activa», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 193-194, 1989, pp. 721-786.
- RODRÍGUEZ DELGADO, J. P., *El período de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., «Análisis de la nueva versión de los “términos de comercio internacional” de la Cámara de Comercio Internacional: Incoterms 2020», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 157, 2020, pp. 145-192.
- RUIZ SOROA, J. M.^a, «Problemas de legitimación en la acción de resarcimiento por averías y faltas en el transporte marítimo», *Anuario de Derecho Marítimo*, n. 1, 1981, pp. 213-245.
- SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., «La responsabilidad del porteador por retraso en el transporte marítimo», en BROSETA PONT, M., *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

—, «La responsabilidad del porteador por retraso en la reciente regulación del transporte marítimo internacional e interno», *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 16, 2015, pp. 31-50.

SÁNCHEZ CALERO, F., *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad del porteador marítimo en la nueva Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, un análisis comparativo con las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam», *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 15, 2015, pp. 63-96.

TAMAYO CARMONA, J. A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

2. Jurisprudencia

- (9) SAP Valencia 244/2011 de 13 de junio (RJ 2011/299626).
- (11) STS 519/2009 de 6 de julio (RJ 2009/ 4454).
- (13) Tribunal de Apelaciones, Tercer Circuito, Estados Unidos, 19 de julio de 2007 (CLOUT n.º 846).
- (5) SAP Barcelona 66/2007 de 23 de enero (RJ 2007/205855).
- (8) SAP Murcia 6/2005 de 1 de diciembre (RJ 2006/34641).
- (6) SAP Cádiz 81/2005 de 12 de mayo (RJ 2005/226771).
- (15) Tribunal de Distrito, Distrito Norte de Illinois, Estados Unidos, 6 de julio de 2004 (CLOUT n.º 696).
- (7) SAP Madrid 392/2004 de 6 de mayo (RJ 2004/228081).
- (16) Tribunale d'appello del Cantone Ticino, Suiza, 29 de octubre de 2003 (CLOUT n.º 890).
- (3) Handelsgericht des Kantons Zürich, Suiza, 10 de febrero de 1999 (CLOUT n.º 331).
- (12) Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Bulgaria, Bulgaria, 12 de febrero de 1998 (CISG online n.º 436).

- (4) Oberlandesgericht Hamburg, Alemania, 28 de febrero de 1997 (CLOUT n.º 277).
- (2) Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, enero de 1997 (laudo arbitral n.º 8786).
- (14) Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, Federación de Rusia, 16 de marzo de 1995 (CLOUT n.º 140).
- (10) STS 1040/1993 de 10 de noviembre (RJ 1993/8980).
- (1) *Anglo Saxom Petroleum vs Adamastos Shipping Co.*, 1958 (Trans-Lex n.º 306200).

*(Trabajo recibido el 22/02/2022
y aceptado para su publicación el 06/05/2022)*

COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

EL LEGADO DE PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA RECIENTE STS 862/2021, DE 13 DE DICIEMBRE

EDUARDO HIJAS CID

Notario de Madrid

RESUMEN

La reciente sentencia del Tribunal Supremo n.º 862/2021, de 13 de diciembre, trata la cuestión de la adquisición de la condición de socio por parte del legatario de participaciones sociales. Esta sentencia sistematiza el criterio del Alto Tribunal en la materia, abordando cuestiones de derecho sucesorio relativas al momento de la adquisición de la cualidad de socio por parte del causahabiente, junto con su correlativo reflejo en el ejercicio de los derechos societarios. Sin negar que la materia presenta mucha dificultad y es, desde luego, discutible, no compartimos el posicionamiento del Supremo. Partiendo de la Sentencia de marras, trataremos de exponer nuestra opinión en las cuestiones debatidas.

Palabras clave: legado, participaciones sociales, entrega, adquisición de la cualidad de socio.

THE BEQUEST OF COMPANY SHARES IN THE RECENT STS (SUPREME COURT'S DECISION) 862/2021, OF 13 DECEMBER

EDUARDO HIJAS CID

Notary Public in Madrid

ABSTRACT

The recent ruling of the Supreme Court No. 862/2021, of December 13, deals with the issue of the acquisition of the status of partner by the legatee of company shares. This sentence systematizes the criteria of the High Court on the matter, addressing issues of inheritance law relating to the moment of acquisition of the quality of partner by the successor in title, together with its correlative reflection in the exercise of corporate rights. Notwithstanding the difficulty of the matter and is, of course, debatable, we do not share the position of the Supreme Court. Starting from the mentioned Judgement, we will try to present our opinion on the issues discussed.

Keywords: legacy, social shares, delivery, acquisition of the quality of partner.

SUMARIO: I. RESUMEN INICIAL DE LA SENTENCIA.— II. CUESTIONES PREVIAS QUE DEBEN CONSIDERARSE. 1. Competencia judicial. 2. Legado de cosa cierta vs. legado de parte alícuota. 3. Momento en el que el legatario de cosa cierta adquiere la propiedad del bien legado.— III. SOLUCIÓN QUE DICTA LA SENTENCIA. 1. Argumento del artículo 885 del Código Civil. 2. Argumento de la tutela de acreedores y legitimarios (artículo 1025 del Código Civil). 3. Argumento del control societario de la adquisición (artículo 104 del TRLSC).— IV. NUESTRA POSTURA. 1. La entrega de la posesión material no es condición para adquirir las participaciones legadas. 2. El fundamento del artículo 885 del Código Civil no está en la protección de acreedores y legitimarios. 3. La inscripción de la titularidad en el Libro Registro de Socios y el control societario de la adquisición no son requisitos constitutivos de la adquisición. 4. El argumento del Código Civil Catalán.— V. BIBLIOGRAFÍA.

I. RESUMEN INICIAL DE LA SENTENCIA

El caso enjuiciado parte de los siguientes antecedentes:

- El 31 de julio y el 15 de noviembre de 2013 se celebraron sendas juntas generales de una sociedad limitada. Según la sociedad, tales juntas generales tuvieron el carácter de universales. No consta que se levantara acta de ninguna de las dos juntas.
- En esas fechas el socio mayoritario de la sociedad, con un 60 % del capital social, bajo testamento abierto otorgado en el año 2012, en el cual, entre otras disposiciones, atribuyó a dos legatarias el 35 % (a cada una de ellas) de sus participaciones sociales de la mencionada sociedad. Al fallecimiento de dicho socio mayoritario, las legatarias presentaron demanda contra la sociedad, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de los acuerdos adoptados en las dos juntas generales mencionadas, con su correspondiente cancelación registral, así como que se declarase que las demandantes, desde el 7 de diciembre de 2013 (fecha del fallecimiento del socio mayoritario), eran copropietarias, en un 35 % cada una, de 1890 participaciones sociales de la sociedad demandada.
- Tras la oposición de la demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de las juntas generales impugnadas y de todos los acuerdos adoptados en ellas, por no haber asistido el socio mayoritario; y declaró que las demandantes eran socias de la sociedad en los términos interesados en la demanda, en virtud del legado dispuesto a tal efecto en el testamento.
- La sociedad interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, únicamente en cuanto al pronunciamiento relativo al reconocimiento de las

demandantes como socias desde el fallecimiento de su causante, alegando que la herencia estaba yacente y no se habían realizado las operaciones particionales. El recurso de apelación de la sociedad fue desestimado por la Audiencia Provincial, que entendió que las demandantes, en cuanto que legatarias, eran titulares de las participaciones sociales desde el fallecimiento del causante y que el derecho de adquisición preferente que pudieran prever los estatutos sobre esas participaciones sociales, a ejercitar en el plazo de tres meses posteriores al fallecimiento del socio, no estaba condicionado a requisito alguno, como la entrega del legado por el heredero o albacea; igualmente, argumentó que en el legado de participaciones sociales, el legatario podrá ejercitar los derechos de socio desde su adquisición, que se produce con el fallecimiento del testador, conforme al art. 882 CC.

- La parte demandada interpuso un recurso de casación, cuyo único motivo lo constituye la infracción del art. 882 CC, en cuanto a la adquisición del legado de cosa específica y determinada. La atribución de la condición de socio en las sociedades de capital exige la titularidad de acciones o de participaciones sociales (como partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social, art. 90 LSC). Estos títulos confieren la condición de socio (art. 91 LSC) y, cumplidas ciertas exigencias de acreditación frente a la sociedad (artículos 104, 106, 122 LSC), le legitiman para ejercer los derechos reconocidos en la ley y en los estatutos sociales.

Con estos antecedentes, el Supremo acaba dando la razón a la parte recurrente y estima el recurso, reiterando la doctrina de otras sentencias que precedieron a la que es objeto de nuestro análisis y señalando:

- Que, si bien el legado de participaciones se rige por lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil que alude a su adquisición automática a la muerte del testador, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 885 del mismo cuerpo legal, el legatario no puede tomar posesión por sí solo de la cosa legada.
- Que antes de producirse la entrega del legado, que constituye un presupuesto de su plena eficacia y adquisición de sus derechos, debe comprobarse que están suficientemente protegidos y cubiertos los intereses de acreedores y legitimarios, por aplicación del espíritu del artículo 1025 del Código Civil, el cual, como se analizará, se inserta en la regulación del beneficio de inventario.
- Que la sociedad no ha inscrito la nueva titularidad en el Libro Registro de socios y no ha comprobado la regularidad de la adquisición hereditaria.

II. CUESTIONES PREVIAS QUE DEBEN CONSIDERARSE

1. Competencia judicial

En el asunto enjuiciado por el Supremo se conjugan cuestiones de derecho civil de sucesiones y otras de derecho de sociedades.

Por ese motivo puede ser discutible si el planteamiento del litigio debía hacerse ante los juzgados de primera instancia o ante los juzgados mercantiles, ya que el conocimiento de las acciones basadas en la normativa societaria se atribuye a los juzgados de lo mercantil conforme al art. 86 *ter* LOPJ.

Como expone SELLER ROCA DE TOGORES¹, las Sentencias n.º 306/2019, de 3 de junio, n.º 316/2019, de 4 de junio y n.º 199/2020, de 28 de mayo, resolvieron la cuestión que se había planteado en el recurso extraordinario por infracción procesal, atendiendo a que las acciones ejercitadas eran de impugnación de acuerdos sociales. Optaron por atribuir la competencia a los juzgados de lo mercantil conforme al art. 86 *ter* LOPJ.

El Supremo, de forma contundente, concluye que *«cuando se ejercita una acción de impugnación de un acuerdo de una sociedad mercantil, al margen de si el motivo guarda relación con la justificación de un derecho controvertido de naturaleza sucesoria, no por ello podemos dejar de entender que la demanda se interpone al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, y por ello la competencia objetiva para conocer de ella corresponde a los juzgados de lo mercantil»*.

2. Legado de cosa cierta vs. legado de parte alícuota

Al fallecimiento de toda persona, opera el fenómeno sucesorio, distinguiéndose, según la terminología de origen latino, el causante (*aquel de cuya sucesión se trate*, que dicen los textos clásicos) y los causahabientes o sucesores. Entre los segundos, ya desde el derecho romano, se habla de la dicotomía entre el heredero o sucesor universal y el legatario o sucesor a título particular. Citando a LACRUZ² y RIVAS³, el heredero es alguien que sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas. Es la persona que viene a hacerse cargo de todas

¹ SELLER ROCA DE TOGORES, L., «El legado de acciones y participaciones sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en www.elderecho.com [en línea], 13 de abril de 2022 [fecha de consulta: 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://elderecho.com/acciones-participaciones-sociales-jurisprudencia-supremo>

² LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Barcelona, Bosch, 1981.

³ RIVAS MARTÍNEZ, J.-J., *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 29 y ss.

las relaciones del causante, activas y pasivas, que sean transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados, como los legados.

Por contraposición al heredero, el legatario es el sucesor a título singular, que adquiere únicamente objetos particulares, concretos y determinados y que no responde de las deudas de su causante, a salvo aquellas cargas u obligaciones que el testador le haya impuesto especialmente, dentro de los límites del legado.

Entre estas dos figuras, aparece una especie de *tertium genus*, que es el legatario de parte alicuota, que, según RIVAS MARTÍNEZ⁴, aparece cuando existe una disposición testamentaria en la que el testador llama a una persona a una parte alicuota de la herencia líquida, deducidas las deudas y cargas. Aunque no es una figura expresamente regulada en Derecho Común, se alude al mismo en el artículo 655 del Código Civil (al hablar de la reducción de donaciones por inoficiosidad), en la Ley y Reglamento Hipotecarios (permitiéndole pedir anotación preventiva de su derecho sobre los bienes hereditarios) y en el artículo 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que le habilita para solicitar la partición judicial de la herencia).

Nuestro Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia de 26 de mayo de 2020⁵, sistematiza el reflejo jurisprudencial de esta figura: «Como dijo la clásica sentencia de esta sala de 16 de octubre de 1940, y han repetido recientemente otros pronunciamientos de los tribunales de apelación, aunque nuestro derecho positivo (arts. 782 LEC-1038 LEC de 1881 y 42.7º LH), en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución en una cuota parte del as hereditario en su porción libre, “esta modalidad irregular de la institución constituye una figura intermedia o sui generis entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente”. Y esa nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante, el legatario como el heredero “adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alicuota a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición”. Derecho que es “abstracto” en el sentido de que, como dice la sentencia de esta sala de 25 de junio de 2008, la cuota que corresponde a los herederos (y legatarios de parte alicuota) “recae sobre el global del caudal hereditario”, de forma que “sólo la partición atribuirá el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia”».

Por tanto, el Alto Tribunal distingue claramente el legado de parte alicuota, que adquiere un derecho abstracto y, por tanto, no es propietario de los bienes legados desde la muerte del testador, sino después de la partición, del legado de cosa espe-

⁴ RIVAS MARTÍNEZ, J.-J., *op. cit.*, p. 36.

⁵ STS n.º 196/2020, de 26 de mayo.

cífica y determinada, al que es de aplicación el artículo 882 del Código Civil y que es propietario de los bienes concretamente legados desde el mismo momento de la muerte del testador. Sin embargo, como se estudia en el presente trabajo, el legado de participaciones sociales parece concebirse como una excepción a esta regla.

3. Momento en el que el legatario de cosa cierta adquiere la propiedad del objeto legado

Según el artículo 881 del Código Civil, *«el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos»*, añadiendo el artículo 882 del mismo cuerpo legal, para los legados de cosa cierta y determinada propia del testador, que el legatario *«adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte»*. Así lo entiende la Sentencia de 27 de junio de 2000⁶, que expone que el legatario deviene titular *«ipso iure»* del legado en el momento de la muerte del causante, sin perjuicio de que pueda renunciar al mismo, es decir, que en el legado no se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia (que exige aceptación) y, si el legado es de cosa propia del testador, deviene este propietario de la cosa legada desde la muerte del testador.

Sin embargo, nuestra Jurisprudencia distingue entre la adquisición de la propiedad del bien legado, que se produce en el momento del fallecimiento del causante, y el efectivo disfrute de dicho bien, que requiere que el heredero (a quien corresponde la posesión *«civilísima»* de los bienes que integran el caudal relicto), le haga entrega de dicho bien. Se fundamenta en el artículo 885 del Código Civil, que prohíbe al legatario tomar posesión, por sí solo, del bien legado, obligándole a solicitar su entrega al heredero o albacea.

En este sentido, la sentencia de 28 de mayo de 2020⁷ aclara que, *«con carácter general, nuestro Código civil, en línea con nuestra tradición jurídica contenida en las Partidas (“luego que el testador es muerto pasa el señorío de la cosa mandada a aquel a quien es fecha la manda”—6, 19, 34—)»*, en su art. 882.1 regula lo siguiente: *«Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte»*. De este modo, la titularidad sobre la cosa o derecho legados, siempre que sean algo específico y determinado, pasa recta vía del causante al legatario, esto es, como recuerda la doctrina, hay sucesión (particular) de causante, por el legatario, sin mediación del heredero. En realidad, lo esencial es que la eficacia directa del legado se produce en relación a cualquier cosa o derecho inequívoco-

⁶ ROJ 5271/2000, de 27 de junio, que invoca entre otros precedentes, las Sentencias de 7 de julio de 1987, de 30 de noviembre de 1990 y de 25 de mayo de 1992.

⁷ STS 199/2020, de 28 de mayo, que cita, como antecedentes recientes, las SSTs de 306/2019, de 3 de junio, n.º 316/2019, de 4 de junio.

camente identificados en el patrimonio del testador. Esta última matización va a tener relevancia en la resolución de este recurso.

Por su parte, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del legado: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla». Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal ex testamento que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia.

Recuerda, además, el razonamiento de la Sentencia de 21 de abril de 2003⁸, que cita precedentes más lejanos: *«como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia “sine qua non” para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que, aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado».*

III. SOLUCIÓN QUE DICTA LA SENTENCIA

Como adelantamos anteriormente, el Supremo decide estimar el recurso dando la razón a la sociedad, lo que es coherente con los precedentes jurisprudenciales en la materia.

Entiende el Alto Tribunal que la plena eficacia del legado exige que el heredero haga entrega de las participaciones sociales al legatario, que dicha entrega está subordinada a la previa comprobación de que se respetan los créditos contra la herencia y los derechos legitimarios y que es necesario un requisito adicional, este último de índole mercantil: la sociedad debe reconocer al legatario como nuevo

⁸ STS 379/2003, de 21 de abril.

titular de las participaciones sociales y, por tanto, como nuevo socio, a través de la anotación de dicha adquisición en el Libro Registro de socios, sin lo cual no podrá ejercitar sus derechos en la Compañía.

Hagamos un repaso más detenido de la argumentación de nuestro Tribunal Supremo.

1. Argumento del artículo 885 del Código Civil

Según el criterio de la sentencia, el art. 885 CC reserva al heredero la posesión del bien o derecho objeto del legado: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado a darla». Y es que, por virtud del art. 440 CC, en tanto en cuanto la tuviera el causante, la posesión, en principio, corresponde al heredero, sin que el legatario pueda obtenerla por su propia autoridad, sino en virtud de una acción personal *ex testamento*, que puede interponer frente al heredero o quien represente la herencia. La entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, por lo que la adquisición por el legatario no resulta efectiva de forma inmediata, sino de forma mediata. Esta ha sido la jurisprudencia de la sala, reseñada en la sentencia 379/2003, de 21 de abril: *«como señaló la añeja sentencia de esta Sala de 3 de junio de 1947, el legatario tiene derecho a la cosa legada desde el fallecimiento del testador, pero le falta la posesión para lo que es precisa la entrega. La sentencia de 25 de mayo de 1992 ha recogido que de acuerdo con el art. 882 del código civil cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere, si bien debe pedir la entrega al heredero o albacea, cuando éste se halle autorizado para darla (art. 885 CC) lo que implica que en el caso de ser varios legatarios de un mismo bien se constituye sobre él una comunidad ordinaria sometida a las reglas de los arts. 392 y ss. Asimismo, ya recogió la sentencia de 19 de mayo de 1947 que la entrega constituye un requisito complementario para la efectividad del legado, al mismo tiempo que una circunstancia 'sine qua non' para el legatario que quiera disfrutar por sí mismo de la cosa legada, con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos prevenidos en el art. 882. En la misma línea, la de 29 de mayo de 1963 que aunque el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde la muerte del testador, ello no le faculta por sí para ocupar la cosa, sino que ha de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado»*.

2. Argumento de la tutela de acreedores y legitimarios (artículo 1025 del Código Civil)

En línea con el anterior razonamiento, entiende el Supremo que la ratio del artículo 885 del Código Civil, al impedir que el heredero tome posesión por sí

de la cosa legada, además de asegurar la pacífica transición entre la posesión del heredero y la del legatario-propietario, no es otro que la tutela de acreedores y legitimarios.

Dice literalmente el Tribunal Supremo que *«la razón por la que el art. 885 CC prohíbe al legatario ocupar por su propia autoridad la cosa legada y ha de pedir la entrega de la posesión al heredero o albacea autorizado para darla es doble. Por un lado, trata de asegurar la transición entre la situación de concurrencia de un propietario no poseedor (el legatario) con un poseedor no propietario (el heredero o herederos), que se produce en la cosa legada desde el momento del fallecimiento del causante, como consecuencia de que “la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en caso de que llegue a adirse la herencia” (art. 440, párrafo primero, CC), a otra situación en que el citado desdoblamiento entre propiedad y posesión termina mediante la entrega de la posesión al legatario».*

A ello añade que *«concorre una segunda razón, que tiene reflejo en el art. 1025 CC, cuando dispone que “durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados”». Precepto que entronca con la afectación del conjunto de la masa hereditaria, durante la pendencia de la aceptación y división de la herencia, al principio de responsabilidad patrimonial del art. 1911 CC, respecto de las deudas del causante, y con la limitación que a la libertad de testar impone el régimen legal de las legítimas en el Derecho civil común (arts. 817 a 820 CC). Este fundamento jurídico se traduce en una subordinación del derecho de los legatarios, tanto los de cosa específica y determinada como los de parte alícuota de la herencia (aquí hay coincidencia del régimen jurídico entre una y otra modalidad de legados), al previo pago de las deudas del causante y de la porción legitimaria que corresponda a cada uno de los herederos forzosos. Y como medida de garantía del derecho preferente al cobro de los acreedores y del principio de intangibilidad de las legítimas es preciso que, previamente al pago o entrega de los legados, se realicen las correspondientes operaciones de inventario y liquidación (de deudas) y, en su caso, partición de la herencia (incluyendo, además del inventario, el avalúo de los bienes y derechos, la colación, imputación, abono recíproco de las rentas y frutos que cada uno de los coherederos haya percibido de los bienes hereditarios, y en su caso la división y adjudicación de bienes). Así lo mantuvo la sentencia de 6 de noviembre de 1934, al señalar que, a pesar de que el legado de cosa determinada propia del testador: «tiene como característica especial la de transmitir la propiedad de la cosa directamente del causante al legatario, según se desprende del art. 882 del mismo CC, no lo es menos que ello está subordinado a la circunstancia de que el legado quepa en la parte de bienes de que el testador pueda disponer libremente».*

Encuentra también un argumento en la legislación hipotecaria, que ya desde la Ley de 1861, ha entendido que la entrega de la posesión es necesaria para verificar la inscripción a favor del legatario, y asumiendo que dicha entrega no puede ser inmediata por requerir las citadas operaciones liquidatorias previas, *«trata de garantizar el derecho de los legatarios que, como los de cosa específica y deter-*

minada, no tienen derecho a promover juicio de división de la herencia, mediante una específica anotación preventiva (art. 42.7.º LH)».

3. Argumento del control societario de la adquisición (artículo 104 del TRLSC)

Finalmente, en el ámbito del derecho estrictamente societario, se apoya la sentencia en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: *«debe tenerse en cuenta que para el ejercicio de los derechos de socio está únicamente legitimado el sujeto inscrito en el libro registro de socios (art. 104.2 LSC), si bien la Ley también permite que el adquirente de las participaciones sociales a título pleno o limitado pueda ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen (art. 106.2 LSC). Estas dos reglas deben interpretarse conjuntamente. Para que la transmisión de las participaciones sociales tenga efectos frente a la sociedad, se requiere tanto el conocimiento de ésta, como la solicitud expresa o tácita de inscripción en el libro por parte del adquirente, a quien corresponde la facultad y la carga de comunicar la transmisión a la sociedad. Ello implica que el adquirente, en principio, no puede exigir el ejercicio de sus derechos sin solicitar su inscripción, porque, a la inversa, la sociedad debe controlar la regularidad de la transmisión».*

IV. NUESTRA POSTURA

Entendemos que los argumentos empleados por la Sentencia son, desde luego, discutibles y que la cuestión debatida bien podría haber tenido otra solución: el legatario adquiere la titularidad de las participaciones desde el fallecimiento del testador y, con la simple comunicación al órgano de administración, debería permitirle la sociedad el ejercicio de sus derechos, entre ellos, el de votar en las Juntas.

1. La entrega de la posesión material no es condición para adquirir las participaciones legadas

El Supremo (en la sentencia objeto de nuestro estudio y en otras precedentes) considera la entrega de la cosa legada como una fase más del «iter» o proceso de adquisición directa, de forma que sin entrega no hay adquisición del dominio. O por lo menos, como un requisito «sine qua non», para que el legatario pueda disfrutar por sí mismo de la cosa legada con independencia de la adquisición dominical que tendrá lugar en los términos previstos en el artículo 882 del Código Civil.

Coincidimos con CARRASCO PERERA⁹ en que la entrega posesoria solo tiene como cometido procurar a los legatarios el disfrute de la posesión, pues al tratarse

⁹ CARRASCO PERERA, Á., «¿Adquiere inmediatamente la condición de socio el legatario de acciones o participaciones sociales específicas?», en blog de Gómez Acebo & Pombo [en línea],

de un legado de cosa específica y determinada propia del testador, el dominio ya se ha adquirido por el legatario, siempre que el objeto legado se encuentre en el patrimonio del testador y no en el de su sociedad de gananciales.

Esta regla es predicable de los bienes corporales, pero, si los activos legales son incorpóreos, de forma que no quepa referirse a una posesión real, la entrega no cumple ningún otro efecto jurídico. Los legatarios son directamente socios. Es cierto que el autor exceptúa la protección de la apariencia de los títulos, cuando hablamos de legado de acciones y están representadas por medio de ellos, lo que no es predicable de las participaciones sociales, al no constituir valores mobiliarios.

De seguirse el razonamiento del Supremo, en ningún momento se produciría la adquisición directa del legado, pues debe precisarse si hay acreedores y están cubiertas las legítimas, lo que supone condicionar la adquisición del legado, en todo caso, a un acontecimiento posterior a la apertura de la sucesión, interpretación que deja sin efecto el tenor literal del artículo 882 del Código Civil, que, por cierto, es bastante claro.

En igual sentido, MARTÍNEZ-GIL VICH¹⁰ hace hincapié en la adquisición automática del legado, argumentando que el «periculum» (esto es, los riesgos y deterioros) y el «commodum» (aumentos y mejoras) corresponden al legatario desde el fallecimiento del testador. Así resulta del tenor de los artículos 882 y 883 del Código Civil y de la posibilidad de anotar preventivamente su derecho sobre los bienes legados. Sin perjuicio de dicha afirmación, el autor citado menciona la realidad doctrinal y de nuestro Centro Directivo, que, para los legados de bienes inmuebles, considera la adquisición automática del legado como una ficción, si no existe aceptación por parte del legatario, lo que dificultaría la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, en el legado de participaciones sociales, nos encontramos al margen del mundo tabular.

2. El fundamento del artículo 885 del Código Civil no está en la protección de acreedores y legitimarios

De nuevo, en este punto, debemos citar al catedrático CARRASCO PERERA¹¹, que considera que la *posesión civilísima* del heredero en el artículo 440 del Código Civil no tiene el cometido que le asigna la sentencia. La obligación del heredero de entregar el legado se incardina en la *fictio continuitatis* establecida por el legislador, a fin de que a el bien legado haya tenido poseedor en todo momento. Se trata

16 de julio de 2020 [fecha de consulta: 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/adquiere-inmediatamente-la-condicion-de-socio-el-legatario-de-acciones-o-participaciones-sociales-especificas/>

¹⁰ MARTÍNEZ-GIL VICH, I., «Algunos problemas de los legados de acciones o participaciones sociales. Comentando las SSTs de 19 de julio de 2018 y de 3 de junio de 2019», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 110, junio de 2020, pp. 443 y ss.

¹¹ CARRASCO PERERA, Á., *op. cit.*

igualmente de impedir la toma de posesión del bien legado por la fuerza, por parte del legatario, quien deberá pedir la entrega al heredero, salvo que ya posea el bien legado.

Siguiendo nuestro posicionamiento, el heredero no estaría facultado para postergar la entrega del legado a un momento posterior al pago de los acreedores y legitimarios y, si lo hiciera, este diferimiento no impediría la adquisición de la propiedad del bien legado, que viene dado por el contundente tenor literal del artículo 882 del Código Civil.

La postura que propone CARRASCO PERERA¹², a la que me adhiero, no deja desprotegidos a los acreedores y legitimarios, que, en cualquier momento, podrán accionar en defensa de sus derechos.

También consideramos que es «desmontable» el argumento de acudir al artículo 1025 del Código Civil, con el fin de retrasar la entrega. Es cierto que el precepto señala que «*durante la formación de inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados*» y el artículo 1027 del mismo cuerpo legal establece que «*el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores*». Pero ambos preceptos están regulando el modo de proceder en el caso de herencia aceptada a beneficio de inventario o con derecho a deliberar y no debe extenderse su aplicación a los casos restantes.

Cuando el heredero acepta pura y simplemente, responde de las deudas «ultra vires» y no es necesario guardar las cautelas de los preceptos aludidos, que se fundamentan en que el heredero que acepta a beneficio de inventario «no queda obligado a pagar las deudas y cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma» (tal y como señala el artículo 1023 del Código Civil). Por tanto, en caso de aceptación pura y simple, el heredero no puede diferir la entrega del legado a pretexto de pagar a acreedores y legitimarios, sin perjuicio de que unos y otros puedan impugnar el legado por su preferencia para el cobro los primeros y por inoficiosidad los segundos.

Otro argumento más podemos esgrimir a favor de nuestra postura: el artículo 1082 del Código Civil permite a los acreedores de la herencia «oponerse a la partición», hasta que «se les pague o afiance el importe de sus créditos». Podemos observar que lo único que se les permite es oponerse a la partición, no a la entrega de los legados realizada al margen de dicha partición. Además, en caso de que no se ejercite ese derecho de oposición, puede realizarse la partición sin contar con los acreedores, sin perjuicio de que estos últimos puedan ejercitar sus acciones.

Se dirá en contra de nuestro criterio que aceptar la cualidad de socio del legatario, antes del pago de acreedores y legitimarios, puede dar lugar a acuerdos

¹² CARRASCO PERERA, Á., *op. cit.*

sociales impugnables, si se reduce o deja sin efecto el legado para atender a las reclamaciones de unos u otros. Sin embargo, considero que los acuerdos sociales mantendrían en este caso su eficacia y validez. Coincido con el criterio de MARTÍNEZ-GIL VICH¹³ de mantener la validez de los acuerdos adoptados en Junta por los legatarios: del mismo modo que un heredero bajo condición resolutoria está plenamente legitimado para asistir y votar en la Juntas antes del cumplimiento de la condición, también lo debe estar el legatario antes de la entrega.

3. La inscripción de la titularidad en el Libro Registro de socios y el control societario de la adquisición no son requisitos constitutivos de la adquisición

Debemos hacer un somero estudio de la naturaleza y eficacia del Libro Registro de socios. El catedrático ALFARO ÁGUILA-REAL¹⁴ hace una distinción de la eficacia que produce la inscripción en dicho libro frente a terceros y en las relaciones socio-sociedad:

- Frente a terceros, la inscripción en el Libro Registro de socios no impide la apariencia que resulte de otro título legitimador: los títulos de las acciones, en el caso de las anónimas, circulan en el tráfico y quien adquiere confiando en dichos títulos debe resultar protegido. En el caso de las limitadas, quien exhiba una escritura de adquisición de las participaciones, como título legitimador, transmitiendo dichas participaciones a tercero, hace surgir en dicho tercero una apariencia que debe ser protegida.
- En las relaciones entre socio y sociedad, la inscripción en el Libro Registro de socios tiene eficacia legitimadora, discutiéndose si es constitutiva o declarativa. La eficacia constitutiva implica que la sociedad solo puede y debe reconocer la condición de socio al sujeto que esté inscrito. Por tanto, incluso aunque a la sociedad le constase la divergencia entre el contenido del libro y la realidad, quedaría vinculada por el libro. Mientras que los partidarios de la eficacia declarativa entienden que el libro es un título de legitimación que permitiría que la sociedad se libere cumpliendo con el que aparece como legitimado en el libro, pero si se prueba que la realidad no constatada en el libro es distinta, puede actuar con el socio que acredite su adquisición, aunque no esté registrado (reclamando el pago de los desembolsos pendientes o abonándole los dividendos). La postura mayoritaria en la doctrina se inclina por la eficacia constitutiva de la inscripción en el Libro Registro, respecto a los efectos legitimadores entre socio y sociedad.

¹³ MARTÍNEZ-GIL VICH, I., *op. cit.*, p. 453.

¹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El libro registro de socios o acciones nominativas», blog *Almacén de Derecho* [en línea], 2 de agosto de 2017 [fecha de consulta: 30 de abril de 2022]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>

Aceptando la postura mayoritaria, el legatario de participaciones ya es propietario de las mismas desde el fallecimiento del causante, si bien para ejercitar los derechos de socio (en el caso de la sentencia, el derecho de voto) debe estar legitimado por su inscripción en el Libro Registro. Así lo sostiene el propio ALFARO ÁGUILA-REAL¹⁵: “de lo que no cabe duda es que quién sea el titular se determina, no por lo que diga el libro, sino de acuerdo con las reglas sobre transmisión de la propiedad de títulos valor o de bienes muebles en el caso de las participaciones sociales. Por tanto, el verdadero propietario (porque las ha adquirido por compra-venta, porque las ha heredado, etc.) podrá forzar el cambio en el libro registro para que éste refleje la realidad (art. 122.2 LSC) y, en sentido contrario, la sociedad podrá negarse a modificar el libro registro si puede probar que el que lo pretende no adquirió las acciones”. Añade que “en lo que hace a la titularidad/propiedad de las acciones, una modificación del Libro Registro no puede tener ningún efecto y no crea apariencia alguna de titularidad”, para concluir: “las cosas cambian en relación con la legitimación: aquí, el derecho de sociedades prevalece”, de modo que la inscripción en el Libro Registro es constitutiva. Por ello, las discordancias entre la legitimación resultante del libro registro y la titularidad real de las acciones/participaciones han de resolverse a través de la corrección de errores o inexactitudes en el Libro Registro.

Ahora bien, como hemos expresado, el legatario es propietario de las participaciones desde el momento del fallecimiento, por su adquisición automática y puede comunicarlo a la sociedad para su inscripción en el Libro Registro de socios, para lo cual no será necesario aportar una escritura de entrega o adjudicación del legado, bastando acreditar el fallecimiento y su condición de legatario (con el correspondiente certificado de defunción, el de últimas voluntades y la copia autorizada del testamento). Con dicha presentación, los administradores pueden y deben inscribir la nueva titularidad de las participaciones sociales y, si no lo hicieren, los acuerdos adoptados sin su consentimiento podrán ser impugnados conforme al artículo 204 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, sin perjuicio de la acción de responsabilidad contra el administrador.

Además de lo expresado, en el marco de las sociedades de responsabilidad limitada, debemos tener en cuenta un precepto (artículo 106.2 TRLSC) que, de un modo muy explícito, señala que «el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que esta tenga conocimiento de la transmisión». Es decir, que el legatario que haya comunicado a la sociedad su adquisición debe poder votar en la junta de socios, aunque el administrador no haya practicado la inscripción en el Libro Registro de socios, siempre que justifique su adquisición en la forma indicada. Lo contrario chocaría frontalmente con el tenor del precepto, además de resultar incongruente con la posibilidad de que vote el heredero, que debe aceptar para adquirir y no ha acreditado la titularidad de las participaciones, que en ningún caso le pueden pertenecer, ya que han sido legadas a otra persona. Únicamente,

¹⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*

si dicho heredero es legitimario y el legado vulnera su legítima, puede solicitarse la reducción judicialmente y, tras la sentencia, adquirir la titularidad de las repetidas participaciones.

Es cierto que, en este punto, la sentencia establece el matiz del artículo 106.2 mencionado, cuando dice que «en principio, no puede exigir el ejercicio de sus derechos sin solicitar su inscripción». Exige únicamente la solicitud de su inscripción. No obstante, dicho requisito no se lo impone a los herederos, quienes votaron por el causante y titular de las participaciones del Libro Registro, sin aceptar expresamente la herencia y alegando en los recursos que la misma se encontraba «yacente». Si estos últimos hubieran solicitado la inscripción a su nombre en el Libro Registro de socios, dicha solicitud podría interpretarse como una aceptación tácita de la herencia, lo que impediría su «yacencia», además de que dicha solicitud no estaría basada en un título válido, dado que la propiedad de las mismas pasó «recta vía» al legatario desde el momento del fallecimiento del testador.

4. El argumento del Código Civil catalán

Para finalizar la justificación de nuestra tesis, quiero acudir a un argumento de derecho positivo. No es otro que el recogido en el Libro IV del Código Civil de Cataluña, que recoge expresamente la adquisición de la propiedad por parte del legatario de participaciones. Debemos partir del artículo 427-10, que establece en su párrafo segundo: *«el legado tiene eficacia real si por la sola virtualidad del legado el legatario adquiere bienes o derechos reales o de crédito, determinados y propios del causante, que no se extingan por su muerte, así como si el legatario adquiere un derecho real que por razón del mismo legado se constituye sobre una cosa propia del causante»*. Parece que cuando el testador establezca un legado de acciones o participaciones de su propiedad, el legado tiene una eficacia real. Añade el artículo 427-15, que *«por la delación (que se produce en el momento del fallecimiento), el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa objeto del legado si este es de eficacia real»*.

Sentados estos precedentes, el legado de acciones y participaciones está regulado en el artículo 427-33, que dispone: *«en el legado de acciones y participaciones sociales, corresponde al legatario el ejercicio del derecho de voto a partir de la delación, si es propietario de las mismas de acuerdo con los artículos 427-10 y 427-15, aunque la posesión no le haya sido entregada por el heredero»*.

La ley catalana, fundamentada en los mismos precedentes históricos que el Código Civil común, arranca de la adquisición automática del legado real, por el legatario (sin necesidad de aceptación, aunque sin perjuicio de la facultad de repudiar) y, en lógica con dichos principios, le considera propietario desde la delación, pudiendo ejercitar a partir de dicho momento los derechos de voto, sin estar supeditado a la entrega por el heredero ni a la inscripción en el Libro Registro de Socios o de Acciones Nominativas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El libro registro de socios o acciones nominativas», blog *Almacén de Derecho* [en línea], 2 de agosto de 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>
- CARRASCO PERERA, Á., «¿Adquiere inmediatamente la condición de socio el legatario de acciones o participaciones sociales específicas?», en blog de *Gómez Acebo & Pombo* [en línea], 16 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/adquiere-inmediatamente-la-condicion-de-socio-el-legatario-de-acciones-o-participaciones-sociales-especificas/>
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Barcelona, Bosch, 1981.
- MARIÑO PARDO, F., «El legado de participaciones sociales y la adquisición de la condición de socio por el legatario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2021», blog *Iuris Prudente*, 14 de enero de 2022. Disponible en: <http://www.iurisprudente.com/2022/01/el-legado-de-participaciones-sociales-y.html#:~:text=En%20el%20legado%20de%20acciones,sido%20entregada%20por%20el%20heredero%22>
- MARTÍNEZ-GIL VICH, I., «Algunos problemas de los legados de acciones o participaciones sociales. Comentando las SSTS de 19 de julio de 2018 y de 3 de junio de 2019», *Revista Jurídica del Notariado*, número 110, junio de 2020, pp. 443 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.-J., *Derecho de sucesiones común y foral*, tomo I, 3.^a ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 29 y ss.
- SELLER ROCA DE TOGORES, L., «El legado de acciones y participaciones sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *www.elderecho.com* [en línea], 13 de abril de 2022. Disponible en: <https://elderecho.com/acciones-participaciones-sociales-jurisprudencia-supremo>

(Trabajo recibido el 02/05/2022
y aceptado para su publicación el 23/05/2022)

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE MADRID 391/2021, DE 29 DE OCTUBRE,
SOBRE EL CARÁCTER LEGITIMADOR O CONSTITUTIVO
DE LA INSCRIPCIÓN EN EL LIBRO REGISTRO
DE ACCIONES NOMINATIVAS CON RELACIÓN
A LA PRENDA DE ACCIONES**

CARLOS VALVERDE GONZÁLEZ

Notario de Vila-seca

RESUMEN

El presente comentario tiene por objeto la exposición y el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 391/2021, de 29 de octubre, relativa a la constitución de una prenda de acciones nominativas cuyos títulos no han sido impresos ni entregados, y determinar el carácter constitutivo o legitimador de la notificación e inscripción en el libro registro de acciones nominativas. Todo ello pasa, primero, por determinar la naturaleza de la prenda de acciones como derecho real sobre objeto incorporal o derecho personal con efectos reales; la discusión sobre los requisitos necesarios para su constitución en derecho común con la importante cuestión de la entrega de la cosa pignorada, y el efecto de la notificación e inscripción en el referido libro registro con relación a la sociedad, al propio acreedor pignoraticio y a terceros.

Palabras clave: prenda de acciones, libro registro, efecto legitimador o constitutivo, traspaso posesorio, oponibilidad frente a terceros.

**COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE
PROVINCIAL COURT OF MADRID 391/2021,
OF OCTOBER 29, ON THE LEGITIMIZING OR
CONSTITUTIVE CHARACTER OF THE REGISTRATION
IN THE REGISTRY BOOK OF NOMINATED SHARES
IN RELATION TO THE PLEDGE OF SHARES**

CARLOS VALVERDE GONZALEZ

Notary Public in Vila-seca

ABSTRACT

The purpose of this commentary is to present and analyze the Judgment of the Provincial Court of Madrid 391/2021, of October 29, regarding the constitution of a pledge of registered shares whose titles have not been printed or delivered, and to determine the constitutive or legitimizing nature of the notification and registration in the registry book of nominative shares. All of this happens, first, by determining the nature of the pledge of shares as a real right over an incorporeal object or a personal right with real effects; the discussion on the necessary requirements for its constitution in common law with the important issue of the delivery of the pledged thing, and the effect of the notification and registration in the aforementioned registry book in relation to the company, the pledgee itself and third parties.

Keywords: pledge of shares, registry book, legitimizing or constitutive effect, transfer of possession, enforceability against third parties.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA 391/2021, DE 29 DE OCTUBRE, Y LA DECISIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID.— III. ANÁLISIS Y REFLEXIONES.— IV. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico, las sociedades disponen de diversos medios de garantía para asegurar todo tipo de obligaciones que contraen para la buena marcha empresarial de las mismas. Existen tanto garantías personales como reales, así como garantías típicas como atípicas. Piénsese, por ejemplo, en la fianza o aval, aval al primer requerimiento, cartas de patrocinio o el propio derecho de hipoteca o prenda, entre otros. Como bien es sabido, uno de los medios a los que suelen acudir por su fuerza como garantía y su adecuada adaptación al tráfico mercantil es a la figura de la prenda, ya sea de depósitos, valores o acciones nominativas, como es el caso. Y cuando hablamos de derechos de garantía, una de las cosas que primero se nos pasa por la cabeza es saber cuáles son los requisitos necesarios para que queden válidamente constituidos, pues como tal derecho de garantía, su finalidad es proteger al acreedor a cuyo favor se constituye, y así ver cubiertos sus derechos en caso de que necesite ejercitar las acciones que le concede la ley para hacerlos efectivos. La cosa se complica cuando hablamos de derechos de garantía sobre bienes incorpóreos, donde el cumplimiento de los requisitos comunes para su formación requiere de una interpretación mayor, como es el caso de prenda de acciones no impresas ni entregadas, donde la entrega de la posesión de la cosa pignorada no se puede ver cumplida tan fácilmente como la de los bienes corporales. Y si a ello le sumamos que, al tratarse de acciones, hay que comprobar los requisitos exigidos por la normativa mercantil, tenemos servido el cóctel perfecto sobre un asunto jurídico de gran complejidad que es más frecuente en el día a día de los despachos de lo que se piensa. La cuestión no es baladí, porque de seguir un planteamiento u otro, como luego veremos, el acreedor va a tener, o puede que no, la seguridad de que su derecho de garantía está válidamente constituido. Siendo, además, una necesidad que apremia en el tráfico mercantil donde prima la celeridad y la apariencia jurídica.

Para ello, trataremos de realizar un análisis de la Sentencia 391/2021, de 29 de octubre, que da pie a este comentario, y cuyo precedente judicial inmediato es la

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid, de fecha 23 de julio de 2019, que sostuvo lo contrario.

II. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA 391/2021, DE 29 DE OCTUBRE, Y LA DECISIÓN DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

El supuesto de hecho se puede resumir de una manera fácil y esquemática. Un banco concede en 2008 un crédito a una sociedad anónima (la llamaremos, «la matriz», por lo que luego se dirá). En garantía de ese crédito, otra sociedad del grupo (la llamaremos, «la filial») pignora acciones nominativas no impresas ni entregadas de una sociedad anónima (la llamaremos, «Sociedad X. SA») de la que es titular. La operación se formaliza en póliza intervenida ante notario y la referida prenda se notifica e inscribe en el libro registro de acciones de la Sociedad X SA. Posteriormente, el Banco, ante el vencimiento de ese crédito, concede en 2009 otro con un número de crédito diferente, pero por el mismo importe, las mismas condiciones y con idéntica garantía, que fue novado en sucesivas ocasiones para extender la fecha de vencimiento y modificar su interés. Esta prenda no se notifica ni se inscribe en el libro registro. E igualmente el referido crédito y su pignoración fueron intervenidos ante notario.

La sociedad filial es declarada en concurso, y un acreedor suyo (otro banco) ejercita las acciones pertinentes cuyo objeto es, por un lado, que se declare la inexistencia o nulidad radical y absoluta de la prenda de acciones no notificada ni inscrita en el libro registro, por otro, que se reintegre lo que hubiera cobrado o cobre el acreedor pignoraticio. Los argumentos ofrecidos por este otro banco son claros y sencillos. Respecto de la prenda, al tratarse de acciones no impresas ni entregadas, al no estar notificada ni inscrita en el libro registro de acciones nominativas, no existe el desplazamiento posesorio necesario para la válida constitución de la prenda. Y respecto del ejercicio de la acción rescisoria en el concurso, cabe su aplicación sosteniendo la presunción *iure et de iure* de perjuicio para la masa, por tratarse de un acto a título gratuito al otorgarse por la filial una garantía de una deuda ajena, la de su matriz; y también en la presunción *iuris tantum* de perjuicio, al tratarse de un acto dispositivo a título oneroso a favor de persona especialmente relacionada.

Antes de entrar a exponer la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, veremos, a continuación, cuál fue la respuesta del Juzgado de lo Mercantil número 11, en fecha 23 de julio de 2019, que resulta del párrafo octavo, fundamento primero de derecho, de la SAP 391/2021:

«a) En la prenda de acciones nominativas no impresas no es necesario el desplazamiento posesorio siendo eficaz por el mero acuerdo de voluntades, y con efectos frente a terceros por constar en instrumento público, produciendo la inscripción en el libro registro un mero efecto legitimador»; además considera que el

segundo crédito igualmente garantizado son, en realidad, novaciones del primero cuya garantía sí fue notificada e inscrita.

«b) La prenda no resulta perjudicial para la masa activa al ser mera renovación de las anteriores, manteniendo la situación existente, de modo que con la última póliza se elude el riesgo de ejecución de la garantía por impago del deudor; rechazando que se trate de un acto a título gratuito por su carácter contextual».

La respuesta de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia que estamos analizando es, como suele suceder en Derecho, claramente contraria a la expuesta con anterioridad. Por un lado, en base al artículo 121.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC) que dispone que *«la constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá de acuerdo con lo dispuesto en Derecho común»*, relacionado necesariamente con el artículo 1863 del Código Civil (en adelante, CC) que exige el desplazamiento posesorio de la cosa dada en prenda, se pregunta el Tribunal qué función cumple la entrega de la cosa, no ya para el nacimiento del derecho real, sino para la perfección del contrato que lo origina, respondiendo que *«es necesaria para ambas cosas, tanto para el nacimiento del derecho de prenda como para la perfección del contrato, al ser respetuosos con la tradición romana de nuestro sistema»*. Se diferencia así de otras figuras como la prenda sin desplazamiento, la prenda de valores representados en anotaciones en cuenta, o la promesa o precontratos de prenda que se constituyan en el futuro, donde no hay tal desplazamiento posesorio. Pero además, amparándose en el artículo 121.2 último párrafo del TRLSC que dispone *«En el caso de que los títulos sobre los que recae su derecho no hayan sido impresos y entregados, el acreedor pignoraticio y el usufructuario tendrán derecho a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro-registro de acciones nominativas»*, llega a la conclusión, en su fundamento de derecho segundo, párrafos trece y catorce, que es admisible como *«sustitutivos de los títulos inexistentes, su inscripción en el libro registro de acciones nominativas, sin negar otros efectos al contrato consensual; esto es, el contrato produce solo efectos obligacionales y la constitución del derecho real de prenda sobre acciones no impresas exige la inscripción en el libro registro como sustitutivo de la necesaria entrega»*.

Por otro lado, la propia Audiencia no considera que estemos ante una novación modificativa del primer crédito pignorado en base a que al conceder el crédito de 2009 *«se volvió a constituir prenda sobre las mismas acciones»* como resulta del párrafo decimosegundo de su fundamento tercero de derecho. Los argumentos jurídicos en los que se basa son en la distinción de la novación extintiva de la modificativa ex artículos 1156, 1203, 1204, 1207, 1255 del CC.

Finalmente, y como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta de la prenda de acciones, en su Fallo, la Audiencia Provincial de Madrid acuerda la restitución de contraprestaciones para el supuesto de que el acreedor pignoraticio hubiera cobrado o cobre cualquier dividendo o retribución en virtud de dicha prenda y ordena a la sociedad filial concursada a realizar los pagos a los acreedores,

con créditos concursales o contra la masa, sin tomar en consideración ni tener en cuenta la prenda sobre acciones.

III. ANÁLISIS Y REFLEXIONES

Una vez expuestos los hechos relevantes del caso, para realizar un análisis adecuado del mismo, debemos de ir desgranando todos los requisitos necesarios para una válida constitución de la garantía aludida con efectos tanto *inter partes* como respecto de los terceros. Para ello, comenzaremos primero por centrar el debate sobre la naturaleza jurídica de la prenda de acciones nominativa no impresas ni entregadas.

El artículo 92 del TRLSC en su párrafo primero dispone que *«las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios»*. Teniendo en cuenta la remisión que hace el propio TRLSC al régimen de transmisión de las acciones cuando se constituyen las garantías como la prenda, tenemos que sumar otro artículo del mismo cuerpo legal que es el 120, en su apartado primero, cuando señala que *«Mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo con las normas sobre la cesión de créditos y demás derechos incorporales. Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas»*.

Con todo ello, podemos llegar a la conclusión de que la naturaleza jurídica de la prenda de acciones nominativas no impresas ni entregadas es una prenda de créditos. Crédito especial eso sí, porque representa una cuota del capital social. Seguimos con el TRLSC y en su artículo 121 apartado primero remite para su constitución a las normas de derecho común. Por lo tanto, para saber qué requisitos son necesarios para dicha constitución nos lleva a exponer la discusión doctrinal que hay sobre la naturaleza real o personal, pero con efectos reales, del contrato de prenda de créditos y, por ende, de la prenda misma. La Audiencia provincial entiende que es necesario la entrega de la posesión a través de la notificación e inscripción en el libro registro para la perfección del contrato y nacimiento de la prenda. Da por hecho que la naturaleza del contrato de prenda es real y se perfecciona con la entrega. Pero entendemos que no deja claro varias cosas. La primera es, ¿si es un verdadero derecho real que se perfecciona con la entrega de la cosa, por qué luego le viene a reconocer efectos obligacionales al contrato de prenda identificándolo como consensual? Puede ser porque en figuras tan discutidas como la prenda de créditos, donde las líneas entre lo real y lo personal son tan difusas que impiden hacer una categoría fija de los mismos, exige prescindir de la clasificación clásica de real o personal, e identificar la prenda de créditos como una *forma de garantía* con determinados efectos según la apreciación que se haga de cada uno de sus as-

pectos¹. Es decir, podrá tener efectos reales si hablamos del aspecto de preferencia de cobro, de crédito privilegiado que proporciona al acreedor. Pero estos efectos no juegan en la constitución, donde podría ser perfectamente tratada de consensual. Y aun siendo consensual, entendemos que el efecto relativo de los contratos del artículo 1257 del CC va más allá de producir los efectos solo *inter partes* y sus herederos, sino también a terceros que conozcan su existencia, como veremos más adelante. Además, es evidente que al tratarse de acciones nominativas no impresas ni entregadas no hay posesión alguna sobre las mismas, y no es posible su traspaso posesorio salvo la sustitución de ello por la notificación, no así la inscripción en el libro registro. Notificación que, luego veremos, si es o no constitutiva o legitimadora para el nacimiento de la prenda. Y la segunda cuestión que no deja clara es la afirmación que hace al decir que la entrega de la cosa es necesaria para el nacimiento del contrato y de la prenda siendo respetuoso con *la tradición romana*. En nuestra humilde opinión, entendemos que la entrega de la posesión a la que se refiere el artículo 1863 CC no es realmente la tradición de los artículos 1462 y siguientes del CC. Es más una puesta a disposición efectiva a favor del acreedor pignoraticio que tiene en su poder la cosa para poder hacer efectivos los derechos que le reconoce la prenda, que en el caso de acciones se podría traducir, y a salvo lo dispuesto en estatutos, en poner en marcha medidas de conservación de las acciones, cobro de dividendos si así se prevé o percepción de la cuota resultante por la liquidación, entre otros. Es decir, se ha podido cumplir la teoría del título y el modo, y que falte el requisito de encontrarse la cosa dada en prenda en poder del acreedor o de un tercero. Traemos a colación palabras de MARTÍNEZ-SANCHIZ² que son bastante reveladoras sobre la distinción del concepto de *traditio* al de entrega de posesión en la prenda, cuando dice «*es un hecho cierto que los créditos, en cuanto derechos incorpóreos, no son susceptibles de posesión. La tradición de los créditos es simbólica, consiste a la luz del 1464 del Código civil en una «traditio per chartam»(1462.2), o en su defecto, una «traditio chartae», o, por último, mediante el instituto de la “patientia”, el uso mismo del derecho, aceptado o consentido por el anterior titular. La ausencia de traspaso posesorio, en el sentido propio de la palabra, no es óbice para que tenga lugar la tradición*». Por lo tanto, para dejar claro los conceptos sobre la naturaleza, cabe decir que la doctrina y la jurisprudencia navegan entre dos tesis al considerar al contrato de prenda de créditos y a la prenda en sí misma como derecho real, con afección real sobre el crédito y eficacia *erga omnes*, debido a la cosificación del crédito y su valoración patrimonial, que obliga a que se apliquen las reglas generales de la prenda ordinaria, siendo estas el artículo 1261 CC respecto de los elementos esenciales del contrato;

¹ Véase, en este sentido, TARRAGONA FERNÁNDEZ, E., *La prenda de créditos futuros*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 177 y 178; sobre todo, cuando cita a VALLET DE GOYTISOLO al decir «*esa distinción tan clásica de los derechos patrimoniales llega a ser una cuestión de apreciación, de mera visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de derechos reales; y, en caso contrario, de obligaciones. Cuando todo lo que es susceptible de apreciación, es ‘algo’ relativo que depende del rasero o unidad con que se le mida en cada uno de sus aspectos*».

² MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Lapidaria inscripción», en *El Notario del Siglo XXI* [en línea], n.º 17, enero-febrero 2008 [fecha de la consulta: 4 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-17/2115-lapidaria-inscripcion-0-31684120773974916>

los artículos 1857 y siguientes de CC como reglas general; la necesidad de entrega de la posesión del art. 1863 sustituido como luego veremos por la notificación, no así por la inscripción en el libro registro; y el artículo 1865 para que surta efectos frente a terceros. O, por el contrario, considerar que como las acciones nominativas no impresas ni entregadas son crédito, no susceptibles de posesión, realmente hay una cesión limitada de créditos con fines de garantía que implica una titularidad concurrente en el crédito entre acreedor pignoraticio y pignorante. Por lo tanto, sus normas de constitución serían los artículos 1526 y siguientes del Código Civil. Para estos últimos estaríamos en presencia de un contrato consensual, con efectos reales a favor del acreedor pignoraticio.

El segundo punto que se ha de resaltar en el análisis es el valor que tiene la notificación respecto del artículo 1863 del CC. La doctrina tradicional exigía en este tipo de prendas que existiera dicha notificación como requisito constitutivo, siendo sustituto del traspaso posesorio. Incluso como argumentos a favor para ello se remitían a la normativa catalana en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña aprobado por Ley 5/2006 de 10 de mayo, en su artículo 569.13.3, que dispone *«la prenda de créditos debe constituirse en documento público y debe notificarse al deudor o deudora del crédito empeñado»*. No podemos estar de acuerdo con esta afirmación y entendemos que la notificación tiene un valor de eficacia para que el deudor del crédito, en nuestro caso la sociedad, quede vinculado con el acreedor pignoraticio. Los argumentos residen, tanto si la naturaleza de la prenda es una cesión de créditos con fines de garantía como una auténtica prenda ordinaria, en que la notificación simplemente produce un efecto liberatorio de la sociedad para con el acreedor pignoraticio, en base a los artículos 1527 CC y 347 del Código de Comercio (en adelante CCo), este último señala en su segundo párrafo que *«el deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste»*. Se puede añadir igualmente como argumento la normativa catalana, que tras su modificación por la Ley 5/2020 de 29 de abril, en su artículo 569.13.3, último inciso, señala que *«el deudor o deudora se libera de la obligación si paga a su acreedor o acreedora antes de tener conocimiento de la prenda»*, y parece que, con ello, se aproxima a ese efecto legitimador o liberatorio, pero no constitutivo, porque del mismo precepto se desprende que la prenda existe antes de la notificación. Es decir, si se puede liberar antes de tener conocimiento de la prenda, implica que la prenda debe existir antes de su notificación, por lo que la notificación no puede ser constitutiva. Todo ello viene refrendado, además, por la Resolución de 18 de marzo de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado³, por la que se responde a las consultas presentadas por la Asociación Española de Banca y por la Conferencia Española de Cajas de Ahorro, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 en fecha 29 de marzo de 2008, en la página 17934, que dispone *«la inexistencia de corporeidad obliga a que de alguna forma se manifieste la desposesión del deudor; para lo que surge el instituto de la notificación de la prenda al deudor cedido. Ahora bien, este requisito que tiende a alcanzar, en la medida de*

³ Hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

lo posible, la publicidad de esta prenda, no adquiere el rango de requisito de constitución de la misma. En otras palabras, dicha notificación es, desde la perspectiva fáctica, útil para el acreedor puesto que, si la prenda no es notificada al deudor, éste podrá liberar pagando al acreedor primitivo y al acreedor pignoraticio no se le reconocerá legitimación a ningún efecto. Ahora bien, la inexistencia de esa notificación no priva a la prenda constituida de ninguno de los derechos antes analizados. No es, pues, un requisito de constitución, ni de eficacia erga omnes; tanto es así, que la misma normativa concursal en su artículo 90.1.6º de la LC⁴ en modo alguno exige esa notificación, ni si quiera a los efectos concurrenciales». El indicado precepto del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) señala que «*si se tratare de prenda de créditos de la masa activa, será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso*». Para los autores que defienden la naturaleza de la prenda como cesión limitada de crédito con fines de garantía el citado artículo es la consagración de su tesis donde no se requiere ni documento público para constitución de la misma, ni por supuesto notificación. Por el contrario, los defensores que consideran la prenda como derecho real, igualmente señalan que la notificación en nada mejora la información y publicidad a los terceros, no siendo exigible nada más que a los efectos liberatorios indicados, pero siguen manteniendo, como derecho real que es, el requisito de constancia en documento público ex artículo 1865 CC para su oponibilidad frente a terceros, como sucede en el supuesto de hecho de la sentencia que estamos analizando al estar intervenida por póliza notarial, argumentando, entre otras cosas, que la regulación en la ley concursal es incidental y no sustantiva, pareciendo extraño que una ley como tal alterase la forma de constitución de la garantía; aparte de señalar los efectos beneficiosos que proporciona la constancia en documento público respecto de la referida oponibilidad, carácter ejecutivo y preferencia de cobro fuera del concurso ex artículos 1218, 1922.2 del CC, arts. 320 del Código de Comercio y arts. 319 y 517 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Por lo que podemos observar, ambas tesis coinciden en atribuir un alcance legitimador o liberatorio a la notificación, pero no constitutivo.

El tercer y último punto consistirá en conjugar, con todo lo indicado anteriormente, el papel que tiene la inscripción en el libro registro de acciones nominativas para el nacimiento de la prenda. Su regulación se encuentra en el artículo 116 del TRLSC que dispone «*1. Las acciones nominativas figurarán en un libro-registro que llevará la sociedad, en el que se inscribirán las sucesivas transferencias de las acciones, con expresión del nombre, apellidos, razón o denominación social, en su caso, nacionalidad y domicilio de los sucesivos titulares, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre aquellas. 2. La sociedad solo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro. 3. Cualquier accionista que lo solicite podrá examinar el libro registro de acciones nominativas. 4. La sociedad solo podrá rectificar las inscripciones que repunte falsas o inexactas cuando haya notificado a los interesados su intención de proceder en tal sentido*

⁴ Hoy artículo 271.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 mayo.

y estos no hayan manifestado su oposición durante los treinta días siguientes a la notificación. 5. Mientras que no se hayan impreso y entregado los títulos de las acciones nominativas, el accionista tiene derecho a obtener certificación de las inscritas a su nombre».

Primero vamos a ver qué características se pueden deducir del libro registro para llegar a saber su verdadero alcance. Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL⁵, «*el libro registro es un listado que recoge los nombres de los que son socios en una sociedad (...), y permite a la sociedad saber a quién tiene que considerar socio en cada momento (...), por eso se dice que el libro registro tiene una función de legitimación*». Y sigue añadiendo que «*el efecto legitimador se produce exclusivamente en las relaciones entre el socio y la sociedad, de forma que los terceros pueden ampararse en la apariencia de titularidad que se desprende del hecho de la posesión del título, aunque del libro registro se deduzca otra cosa*». Podemos considerar que el efecto de legitimación se entiende en la esfera interna, esto es, la relación entre sociedad y socio. Y es en dicha esfera donde se puede discutir si la inscripción en el libro registro tiene efecto constitutivo o solo declarativo de la titularidad de las acciones y por ende de la prenda de acciones. Pero en la esfera externa, esto es, con relación a terceros, como bien se ha expuesto, la vinculación viene dada por los títulos. En nuestro supuesto, las acciones nominativas no están impresas ni entregadas, pero los verdaderos títulos que pueden servir de base para la oponibilidad a terceros serán, entre otros, el de la escritura de constitución, aumento de capital o suscripción de las referidas acciones que acreditan la titularidad, pero, sobre todo, respecto de la prenda, la póliza intervenida por notario, la cual produce el carácter ejecutivo y el efecto de oponibilidad *erga omnes* como venimos exponiendo. Por tanto, en el caso analizado, el tercero perjudicado que era otro banco que pretende destruir la existencia de la prenda para no verse perjudicado en el concurso de acreedores por otro crédito privilegiado, no puede alegar la necesidad de cumplir unos requisitos que se predicen de la esfera interna. O lo que es lo mismo, si no consta en el libro registro la prenda de acciones, la sociedad, veremos si amparándose en el carácter constitutivo o declarativo de dicha inscripción, debería o no, si así se pactó en estatutos, pagar o no dividendos o cuota de liquidación al acreedor pignoraticio; pero el tercero, debería de verse perjudicado por la prenda en todo caso si se cumplen todos los demás requisitos y, sobre todo, el de la oponibilidad que lo da la póliza intervenida. Y aun amparándose este tercero en la falta de inscripción de la prenda en el libro registro, trataremos de demostrar que su alcance es meramente declarativo y no constitutivo, por los siguientes argumentos:

1. La ratio del libro registro es manifestar formalmente quién es el titular de las acciones o derechos reales sobre las mismas, pero no prejuzga su titularidad real o material. Quien solicita la inscripción en el libro registro es el interesado legitimado para ello, pero respecto de la sociedad tendrá dicha solicitud un mero alcance recepticio sin valor de carácter negocial porque este, ya sea adquisición

⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El libro registro de socios o acciones nominativas», en el blog *Almacén de derecho* [en línea], 28 febrero 2022 [fecha de la consulta: 4 de abril de 2022]. Disponible en: <https://almacendederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>

de acciones o derechos reales, ha surgido antes de la inscripción. Como ya hemos visto en el art. 116 TRLSC, se establece que se inscribirá la constitución de los derechos reales, partiendo de que dichos derechos reales ya han nacido fuera de su constancia en el libro registro, como sucede en la transmisión de las acciones. Y ni los artículos 120 y 121 TRLSC exigen dicha inscripción como constitutiva, como sí podría suceder en otros preceptos del ordenamiento jurídico para otras garantías, como la referente a valores en anotaciones en cuenta, que luego veremos, o hipotecas inmobiliarias, que igualmente, como sabemos, es muy discutido su carácter constitutivo.

2. Las rectificaciones en el libro registro, *ex* artículo 116.4 TRLSC, requieren que no haya oposición del socio. El origen del precepto, para aquellos que sostienen que la inscripción en el libro registro tiene un valor constitutivo, surge de la ley alemana de sociedades por acciones que regula el libro de acciones nominativas, donde se impedía desmentir las indicaciones del libro registro si este no se rectificaba o corregía. Por lo tanto, para la sociedad, es constitutiva la inscripción respecto de quién y qué consta en el libro registro mientras no sea rectificado. No obstante, el juego de la rectificación puede desmontar ese mencionado carácter constitutivo. Ello es así porque hay dos tipos posibles de errores para su rectificación; unos errores son aquellos que pueden afectar al negocio traslativo o constitutivo del derecho real, que no afectan a la sociedad y que operan al margen del libro registro, subsanándolos por las normas relativas a la constitución del derecho real. Y hay otros errores internos de llevanza del libro registro que sí afectan a la organización de la sociedad y que se resuelven por el derecho de sociedades. De la indicada distinción se entiende que, para el ámbito externo de nacimiento y oponibilidad de la prenda respecto de terceros, requiere del cumplimiento de requisitos del negocio constitutivo de la garantía que exige el derecho común, y no así del derecho de sociedades, que se encargaría del ámbito interno que con la inscripción en el libro registro se ocuparía solo de fijar las condiciones del ejercicio del derecho de prenda entre sociedad y accionista, pero no de su nacimiento. Ello resulta igualmente claro en el artículo 132 del TRLSC que dice que *«salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio. El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos»*. Finalmente, respecto a la rectificación, y a mayor abundamiento, se podría decir que, en nuestro caso, el socio que podría oponer algo por esta inexactitud entre la titularidad real de la prenda existente respecto de la formal inexistente por no constar en el libro registro es el mismo socio que ha constituido la garantía sobre las acciones y ha consentido, pues, su nacimiento, diluyéndose el posible efecto constitutivo de la inscripción en beneficio de uno declarativo.

3. El legislador mercantil no ha querido atribuir el carácter constitutivo a la inscripción en el libro registro, ni al nacimiento de las acciones o garantías sobre las mismas, ni a su transmisión, como sí puede haberlo querido en otro supuesto como es el de las acciones representadas en anotaciones en cuenta. El artículo 118 TRLSC dispone en su primer apartado que *«las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se regirán por lo dispuesto en la normativa reguladora*

del mercado de valores». El Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, TRLMV) establece en su artículo 10 que *«Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este capítulo»*. El artículo 12 dice que *«La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título. La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que haya practicado la correspondiente inscripción»*. Y, finalmente, el artículo 11 prefija en sus tres primeros apartados que *«1. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos. La transmisión será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la inscripción. El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave»*. El elenco de los preceptos indicados no es, ni mucho menos, aplicables a las acciones representadas por títulos porque el legislador ha querido claramente lo contrario. Aunque las acciones nominativas no tengan sus títulos impresos ni entregados y no estén inscritas en el libro registro no implica que no existan. Al contrario, el legislador permite su transmisión ex artículo 120 TRLSC porque prevé su existencia. Esto es porque la cualidad de socio se adquiere con la suscripción de las acciones, obteniendo la consideración de parte alícuota del capital y de conjuntos de derechos que se atribuyen al socio sin necesidad de incorporarlo a un título físico o libro registro. Tampoco resulta de ninguno de los artículos del Código Civil o TRLSC que regulan la constitución del derecho de prenda sobre las acciones nominativas lo dicho en el art. 12 del TRLMV respecto de la oponibilidad y el desplazamiento posesorio a través de la inscripción en el libro registro. Igualmente, el artículo 11 no es aplicable a las acciones nominativas, porque dicho régimen no ha sido previsto por el legislador en su artículo 120 TRLSC que trata las transmisiones. Y más aún, es muy discutida la expresión que utiliza de *«producirá los mismos efectos que la tradición»*, porque se ha considerado que no viene a sustituir la teoría del título y el modo, y pueden haberse adquirido antes los derechos porque se haya producido la tradición por cualesquiera otros medios admitidos en derecho como la escritura pública. Respecto de los terceros, también hay que decir que a los que trata de proteger el artículo 11 TRLMV son a los terceros adquirente de buena fe y sin culpa grave, pero no así a los terceros acreedores, porque a estos les es aplicable algo parecido a lo que sucede en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que no protege al anotante, siéndole además oponible el contenido del instrumento público ex art. 1218 CC. En nuestro caso, el tercero es el otro banco, un acreedor, que no puede quedar amparado por una supuesta no inscripción en un libro registro, y máxime con el conocimiento de la póliza intervenida que tiene. ¿En qué le mejoraría el hecho de estar la prenda reflejada en el libro registro?, entendemos que en nada, pues ya tiene conocimiento de ella por la póliza intervenida. Es evidente, siendo la buena fe uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico, que este acreedor

no pueda alegar desconocimiento alguno para pretender ser protegido. Además, los principios sobre el funcionamiento del registro contable, a saber, legitimidad, irreivindicabilidad, tracto sucesivo o prioridad, no son aplicables salvo el primero de ello, y con matices, al libro registro de acciones, que tiene un alcance interno y no publicitario respecto de los terceros, donde la oponibilidad de la prenda resulta de su constancia en el instrumento público.

4. Y, por último, la consagración del carácter declarativo de la inscripción en el libro registro resulta de la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha 26 de noviembre de 2007, BOE de 19 de diciembre de 2007, en su página 52298, relativa a una constitución de una Junta de SA, donde el presidente había admitido válido, como socios asistentes, aquellos cuyas acciones no constaban en el libro registro, estableciendo dicha resolución lo siguiente: *«Para resolver esta cuestión ha de tenerse en cuenta que la inscripción en el libro registro de acciones nominativas tiene una finalidad esencialmente legitimadora, no constitutiva, de suerte que la sociedad ha de reputar como accionista a quien figure inscrito como tal en aquel libro. Así resulta del apartado 2 del citado precepto legal («La sociedad sólo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro»), que ha de cohonestarse con el sistema de transmisión de acciones del artículo 56⁶ de la misma Ley (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992 y 15 de junio de 1994 —sin que a ello se opongan las sentencias citadas en la calificación impugnada—; y la Resolución de esta Dirección General de 9 de diciembre de 1997). Se trata de una anotación que despliega su eficacia en las relaciones entre la sociedad y el socio. En este ámbito, y limitado el presente análisis a la esfera de la legitimación activa del socio para ejercitar los derechos inherentes a la acción, la inscripción en el libro registro genera una presunción «iuris tantum» (cfr. artículo 1251 del Código Civil) que actúa a favor del socio (en el sentido de que le libera de la obligación de exhibir el título de la acción —cfr. artículo 58⁷ de la Ley de Sociedades Anónimas—) y, fundamentalmente, en beneficio de la sociedad, que podrá reputar como socio al quien figure en dicha anotación, lo que no impide que dicha entidad pueda, a riesgo suyo, permitir el ejercicio de tales derechos a quien según le conste ostente dicha titularidad societaria aunque no ésta no haya obtenido el oportuno reflejo librario».* En nuestra opinión, el mismo fundamento debe aplicarse a las sociedades limitadas, estableciendo un régimen uniforme a las sociedades de capital no cotizadas, donde su libro registro de socios, cuya regulación es prácticamente igual al de acciones nominativas, tiene un valor declarativo y legitimador, pero no constitutivo. Y todavía más claro por la importante contradicción que hay en el artículo 104. 2 TRLS que dice que *«la sociedad sólo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro»* y el artículo 106.2 que dispone que *«el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen»*. Por lo que se da una gran importancia al conocimiento real y efectivo, por cualquier medio admitido en

⁶ Hoy artículo 120 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

⁷ Hoy artículo 122 del TRLS.

derecho, de la existencia de titularidad de las participaciones y, por ende, de otros derechos como la prenda, más que a una transcripción formal en un libro registro.

Para terminar, y como última reflexión a modo de conclusión, tras el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid comentada, se podría decir que aquellos que piensen que la solución dada por la Audiencia es correcta al equiparar la prenda de acciones cuyos títulos no se han impreso ni entregado a lo que sucede en los valores representados en anotaciones en cuenta, y le den un carácter constitutivo a la inscripción en el libro registro de acciones nominativas porque esta sustituye el desplazamiento posesorio, sería conveniente que en la intervención de la póliza o escritura pública de la prenda comparezca el órgano de administración de la sociedad para que certifique, bajo su responsabilidad, una vez ya inscrito en el libro registro la referida prenda, que la misma ya consta en él. Por el contrario, aquellos que sostengan que la prenda de acciones nominativas no impresas ni entregadas es tratada de una prenda de crédito donde la notificación, que tiene valor de legitimación y no de constitución, sustituye la entrega de la posesión, y que además su reflejo en el libro registro solamente puede ser declarativo, a los efectos de determinar la forma del ejercicio de la prenda, no así su nacimiento, deberían de constituir la prenda en póliza intervenida o escritura pública para su oponibilidad respecto de terceros, pero asegurándose de la notificación o efectivo conocimiento de la existencia de la prenda por parte de la sociedad, para la vinculación de esta con el acreedor pignoraticio.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El libro registro de socios o acciones nominativas», en el blog *Almacén de derecho* [en línea], 28 febrero 2022. Disponible en: <https://almacenederecho.org/libro-registro-socios-acciones-nominativas>

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Lapidaria inscripción», *El Notario del Siglo XXI* [en línea], número 17, enero-febrero 2008. Disponible en: <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-17/2115-lapidaria-inscripcion-0-31684120773974916>

RECALDE CASTELLS, A., «Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas», en *Homenaje a Muñoz Planas* [en línea]. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/205342124/Homenaje-Munoz-Planas-4-pdf>

TARRAGONA FERNÁNDEZ, E., *La prenda de créditos futuros*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

(Trabajo recibido el 07/04/2022
y aceptado para su publicación el 02/05/2022)

LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA EN EL CONTRATO DE AGENCIA: COMENTARIO A LA SENTENCIA 528/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE OCTUBRE DE 2020

FRANCISCO JAVIER GARCÍA BIELSA

Abogado

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo aborda determinados aspectos relativos a la indemnización por clientela y su cuantificación. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo permitía la ponderación equitativa de la concesión en atención a las vicisitudes concretas del contrato de agencia. Sin embargo, el Alto Tribunal se ha pronunciado recientemente en varias sentencias exponiendo que el *quantum* indemnizatorio no puede ser moderado. En el comentario se analizan los presupuestos que dan lugar a la indemnización por clientela, así como los conceptos retributivos a tener en consideración para el cálculo indemnizatorio y si la compensación debe ser calculada sobre los beneficios netos o a partir de los ingresos brutos del agente. Por último, se aborda la posibilidad de moderar la indemnización por clientela y si esta se encuentra sujeta al IVA o si, por el contrario, no es posible la repercusión del impuesto.

Palabras clave: contrato de agencia, resolución unilateral, indemnización por clientela, conceptos retributivos a tomar en consideración, posibilidad de moderación de la indemnización.

COMPENSATION FOR CLIENTELE IN THE AGENCY CONTRACT: COMMENTARY ON DECISION 528/2020 OF THE SUPREME COURT OF OCTOBER 14, 2020

FRANCISCO JAVIER GARCÍA BIELSA

Lawyer

ABSTRACT

The decision of the Supreme Court addresses certain aspects related to compensation for clientele and its quantification. The jurisprudential doctrine of the Supreme Court allowed the equitable weighting of the concession in response to the specific circumstances of the agency contract. Nevertheless, the Spanish Supreme Court has recently ruled in several judgments stating that the amount of compensation cannot be moderated. In the reflection, the budgets that give rise to compensation for clients are analyzed, as well as the remuneration concepts to be considered to calculate the compensation. It also discusses whether it should be calculated on the net benefits or on the gross income of the agent. Finally, the paper addresses the possibility of moderating the compensation for customers and discusses whether it is subjected to VAT or if, on the contrary, the repercussion of the tax is not possible.

Keywords: agency contract, unilateral resolution, compensation for clientele, remuneration concepts to be taken into consideration, possibility of moderation of the compensation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Consideraciones preliminares. 2. Aspectos fácticos de la controversia. 3. Argumentación del órgano judicial.— II. CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA. 1. Extinción del contrato. 2. Aportación de nuevos clientes o incremento sustancial de las transacciones con los preexistentes. 3. Ventajas sustanciales para el empresario. 4. Procedencia, por equitativa, de la indemnización.— III. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN. 1. Conceptos computables a efectos de la indemnización por clientela. 2. Determinación del *quantum* indemnizatorio dentro del límite máximo establecido en el art. 28 LCA. 3. El Impuesto sobre el Valor Añadido y el cálculo sobre beneficios brutos o netos en la indemnización por clientela.— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFÍA.— VI. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Consideraciones preliminares

En el ámbito del contrato de agencia, y una vez finalizada su vigencia, existe una gran conflictividad y litigiosidad en los juzgados y tribunales vinculada a la determinación de si en el caso concreto se cumple con los presupuestos legales que dan lugar a la indemnización por clientela prevista en el art. 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (en adelante, LCA). En el supuesto de corresponderle al agente la citada indemnización, la disputa se centrará en el *quantum* indemnizatorio que el empresario principal deberá abonar al agente. Por ello, para efectuar adecuadamente los cálculos indemnizatorios, resulta imprescindible conocer previamente los conceptos retributivos del agente que se tomarán como base para la cuantificación. Del mismo modo, es obligado determinar si la indemnización debe calcularse sobre los beneficios netos o, por el contrario, en atención a los ingresos brutos. Una vez concretada la cuantía que, en su caso, debe percibir el agente en concepto de indemnización por clientela, debe dilucidarse si esta se encuentra sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA).

Respecto de la cuantificación de la indemnización, cabe destacar que, con anterioridad a la sentencia objeto del presente estudio¹, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo² permitía una ponderación equitativa de la concesión indemnizatoria en atención a las circunstancias concretas del contrato de agencia. Entre estas últimas se encontraba el prestigio de la marca, las inversiones realizadas por el

¹ Sin perjuicio de la STS 226/2020, de 1 de junio, FJ 4º, que sostuvo por primera vez, y en contra de su propia doctrina anterior, que es *«incorrecta una solución [...] que limita o aminora la indemnización que corresponde al agente conforme a las previsiones legales, al infringir el art. 3.1 LCA»*.

² STS 341/2012, de 31 de mayo, FJ Único. Afirma en este sentido que: *«[...] conviene advertir que el legislador no cuantifica la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo, en el apartado 3 del art. 28 LCA»*.

empresario principal en el territorio del agente, la publicidad del signo distintivo o de los productos que comercializa el agente, así como otras de índole similar. Esta postura jurisprudencial se justificaba en que todas ellas facilitaban o coadyuvaban en la captación de clientes. Así pues, en relación con esta reducción del *quantum* es necesario un análisis individualizado de las circunstancias fácticas en las relaciones jurídicas mantenidas entre el agente y el empresario principal. Sin embargo, esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, pacífica hasta la resolución judicial que aquí se analiza, se encuentra en absoluta contradicción con esta última.

Así pues, el estudio se centrará, en primer lugar, en la indemnización por clientela y en sus presupuestos. De igual modo, se analizará la exclusión del derecho a la indemnización en caso de extinción del contrato por incumplimiento del agente (II). En segundo lugar, será objeto de análisis el *quantum* de la indemnización, enfatizando sobre los conceptos que se deben tomar como base para la cuantificación, así como la moderación de la indemnización. Al tiempo, se realizará la oportuna valoración de la problemática relativa a la sujeción de las cuantías indemnizatorias por la clientela al IVA. Finalmente, se dilucidará si la indemnización debe ser calculada sobre los beneficios netos o a partir de los ingresos brutos (III).

2. Aspectos fácticos de la controversia

La controversia tratada en la Sentencia 528/2020 del Tribunal Supremo³, de 14 de octubre de 2020, versa sobre la resolución de un contrato de agencia en exclusiva. El empresario principal, Vodafone España, S.A., adoptó de forma unilateral la decisión de extinguir el contrato de agencia con la sociedad Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. por incumplimiento contractual del agente. La decisión del principal —tal como indica la sección 1ª de la Audiencia Provincial de León⁴— se fundamentó en la cláusula octava del contrato suscrito entre las partes, que establecía los objetivos mínimos de ventas que debía alcanzar el agente. Esta cláusula se puso en relación con la estipulación 2.3 del citado contrato, que permitía la resolución contractual a instancia del principal por el incumplimiento grave y reiterado del agente.

Tras la extinción de la referida relación contractual, Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. procedió a reclamar a Vodafone España, S.A. la cantidad de 20.000,00 euros por comisiones pendientes de pago. Además, se solicitó la condena al pago de la cantidad de 692.989,07 euros de indemnización por clientela (art. 28 LCA). Sobre estas cuantías, se requirió la condena al pago de los intereses legales desde la reclamación judicial (arts. 1100 y 1108 CC), que debían incrementarse en dos puntos desde que se dictó la sentencia de instancia —tal como prevé el art. 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Por lo demás, se solicitaba la con-

³ La Sentencia 528/2020 del Tribunal Supremo ha sido comentada por ÁLVAREZ DÍEZ, M., «El Tribunal Supremo introduce confusión en la cuestión sobre el cálculo de la indemnización por clientela a favor del agente», *Diario La Ley*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, n.º 9777.

⁴ SAP León 228/2017 (sección 1.ª), de 7 de junio, FJ 2º y 3º.

dena al pago del IVA sobre la indemnización por clientela y sobre las comisiones pendientes de pago. Por último, la actora reclamaba la nulidad de la cláusula 17.1⁵ del contrato de agencia suscrito entre las partes el 1 de abril de 2009 y la expresa imposición de las costas del proceso a la demandada.

La referida indemnización por clientela que solicitaba la actora consistía en la media de las remuneraciones percibidas por el agente durante los cinco años anteriores a la resolución unilateral del contrato de agencia. El demandante consideraba que le correspondía esta indemnización por ser la causa de resolución contractual promovida por el empresario arbitraria e injustificada, al entender que no había incumplido los mínimos de venta por comercial establecidos contractualmente.

La cuestión controvertida surge a consecuencia de la cláusula octava del contrato de agencia. En ella se establecían los objetivos mínimos del agente, extremo que debía ponerse en relación con el anexo I del negocio jurídico. Este último disponía que cualquier variación en el número de comerciales del agente se tendría que reflejar en un nuevo cálculo de objetivos. Así, en caso de incumplirse durante seis meses consecutivos o cuatro alternos los objetivos de ventas, la estipulación 2.3 del anexo facultaba al empresario principal a resolver el contrato.

3. Argumentación del órgano judicial

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ponferrada estimó parcialmente la reclamación. No efectuó expresa imposición de costas y declaró que la resolución del contrato de agencia por el principal se realizó de forma injustificada y no conforme a derecho. En este sentido, consideró que no había quedado acreditado que el agente incumpliera el contrato de agencia. Declaró, en consecuencia, que Vodafone España, S.A. no podía resolver unilateralmente la relación contractual sin derecho a la indemnización por clientela del agente.

La sentencia de primera instancia consideró que, a la vista de la prueba practicada y, en especial, del informe del perito judicial, se desprendía que, si bien existían determinados meses en los que no se cumplían los objetivos pactados, a la finalización del periodo correspondiente se sobrepasaban en términos globales⁶.

⁵ La cláusula discutida es del siguiente tenor: «[...] para la valoración de la procedencia de la indemnización por clientela, así como, en su caso, para la determinación de su cuantía, se tendrán en consideración, entre otros, los siguientes extremos: (i) La importante actividad publicitaria, promocional y de marketing que desarrolla VODAFONE para la captación y fidelización de sus Clientes. (ii) El reconocido prestigio e imagen de la marca Vodafone, que contribuye de forma decisiva a la captación fidelización de sus Clientes».

⁶ El juzgado de instancia entendió que la cuestión principal para determinar, en su caso, si el agente incumplió el objetivo mínimo de ventas, consistía en relacionar el número de comerciales mensuales que tenía empleados el agente con el de altas mensuales de telefonía por comercial previsto en el contrato. Del contrato se desprendía que la obligación contractual del agente consistía en realizar un mínimo de 13 altas brutas de voz al mes por comercial. Al respecto, cabe aclarar que contractualmente no existía obligación alguna de mantener un número mínimo de comerciales.

En consecuencia, el órgano judicial de instancia condenó al empresario principal al pago de la suma de 20.000,00 euros en concepto de comisiones debidas y a la indemnización por clientela por importe de 262.232,80 euros (art. 28 LCA)⁷. A lo anterior se añadían los intereses legales de ambas cuantías. Además, condenó a Vodafone España, S.A. al abono del IVA respecto de las cantidades anteriores. Finalmente, el juzgador consideró que no existía justificación para declarar la nulidad de la cláusula 17.1 del contrato de agencia.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, el empresario principal interpuso recurso de apelación al considerar que el juez *a quo* incurrió en error en la valoración de la prueba. Además, el recurrente discrepaba respecto de la falta de justificación para resolver el contrato de agencia, así como de la procedencia de la indemnización por clientela. Asimismo, consideró que el órgano judicial erraba al condenarle al pago de las comisiones debidas y de la comisión por clientela y a la repercusión del IVA sobre las citadas cuantías. Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. se opuso al recurso e impugnó la sentencia. En este sentido, solicitó que se estimasen íntegramente todas las pretensiones formuladas en la demanda. Esto suponía que todas las remuneraciones percibidas fuesen incluidas en el cálculo de la indemnización y que no procedía la moderación indemnizatoria.

La Audiencia Provincial de León confirmó la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la falta de justificación de la resolución contractual por incumplimiento del agente y en relación con el derecho de este a percibir una indemnización por clientela. Asimismo, confirmó la condena al empresario principal al pago de las comisiones debidas y las fijó en idéntico importe al establecido en la sentencia de primera instancia. No obstante, la Audiencia Provincial rechazó la tesis del juzgador *a quo* en el extremo relativo a la repercusión del IVA sobre la indemnización por clientela⁸.

En relación con los elementos de la indemnización, el agente consideró que debe formar parte de ella la retribución percibida por las *ayudas* al servicio posventa. Sin embargo, la sentencia de primera instancia entendió que estas comisiones no retribuían la actividad comercial del agente en la captación y en el manteni-

En suma, al reducir el agente el número de comerciales, el mínimo de altas mensuales de voz que tenía que concluir a favor de Vodafone disminuía —dado que las altas de voz se vinculaban a los comerciales contratados—. Por ello, el Juzgado de Primera Instancia dictaminó que no existió durante seis meses consecutivos o cuatro alternos el incumplimiento contractual de los mínimos de venta por comercial que alegaba Vodafone.

⁷ El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ponferrada estimó el derecho del agente a percibir la indemnización por clientela (art. 28 LCA). Ahora bien, aplicó una moderación de la cuantía solicitada por el agente, al tener en cuenta el «reconocido prestigio de imagen de la marca VODAFONE».

⁸ La SAP León 228/2017 (sección 1ª), de 7 de junio, FJ 7º se ha pronunciado al respecto matizando que: «jurisprudencialmente el artículo 28 LCA no establece una auténtica retribución diferida de prestaciones futuras, sino una compensación legal por los beneficios o ventajas que se derivan para el empresario por los servicios ya prestados por el agente». En consecuencia, considera la Audiencia Provincial de León que la indemnización de daños y perjuicios, entendido el concepto en su sentido *lato*, no se encuentra sujeta al IVA, de conformidad con el artículo 78.3.1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Valor Añadido.

miento de la clientela⁹. En consecuencia, el órgano judicial las excluyó de la base para el cálculo de la indemnización y moderó la indemnización resultante en un 20 %. Así, consideró que el propio prestigio de la marca Vodafone contribuía a la captación de clientela. Idénticas conclusiones alcanzó la Audiencia Provincial, al entender que la argumentación de la resolución recurrida era adecuada, tanto en la exclusión de la base de la retribución por los *programas de ayudas* como en la ponderación que se efectuó sobre el resultado del cálculo indemnizatorio. Por lo demás, el órgano judicial no realizó expresa imposición de costas, ya que acogió las pretensiones del recurrente en lo referente a la no sujeción del IVA en las comisiones debidas por el empresario principal al agente.

Contra la sentencia de apelación, Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. interpuso recurso de casación. Entendía que la resolución infringía los arts. 3.1, 11.1 y 11.2, en relación con el art. 28.3 LCA, y que contravenía la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Argumentaba que, a efectos del cálculo de la indemnización por clientela, deben computarse todas las retribuciones que percibe el agente y no solo las comisiones. De este modo, estando el agente constreñido contractualmente a prestar el servicio postventa y percibir una retribución por ella —aunque esta se denomine ayuda—, la referida retribución debe tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización por clientela.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. Entendió que la *remuneración* que percibe el agente cuando se establece contractualmente una diversidad de servicios a prestar debe entenderse incluida a efectos del cálculo de la indemnización por clientela. En consecuencia, deben tenerse en cuenta la totalidad de las retribuciones percibidas por la actividad prestada, sin que quepa realizar un fraccionamiento en detrimento del agente a efectos del cálculo indemnizatorio. De igual modo, el Alto Tribunal entendió que la imperatividad del art. 3.1 LCA impedía aplicar factores

⁹ Entiende la Audiencia Provincial que estas comisiones no son una retribución equivalente a la comisión para la captación de clientela, al tener un carácter diferenciado del objeto del contrato de agencia, «pues sirven de soporte o apoyo a la labor empresarial, pero no retribuyen la actividad pactada como objeto principal del contrato de agencia. No puede entenderse como realización de la actividad de captación y mantenimiento de la clientela un programa de ayuda para el desarrollo de la actividad comercial, ni el de desarrollo de la actividad comercial de captación, en la medida en que supone un apoyo a la función, pero no un pago como consecuencia de la misma [...]» (SAP León 228/2017, sección 1ª, de 7 de junio, FJ 8º). En idéntico sentido, se manifiesta ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y APARICIO GONZÁLEZ M. L., *Curso de derecho mercantil (T. II)*, 2.ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2007, p. 185, señalando que, «el empresario está obligado a satisfacer al agente la remuneración pactada conforme al sistema escogido, que podrá consistir en una cantidad fija, una comisión (normalmente en función del volumen de ventas) o una combinación de ambas. El carácter imperativo de estos sistemas de retribución no impide la posibilidad de complementarlos con otras fórmulas no reguladas, como las gratificaciones, bonificaciones u otras que no pueden ser calificadas como comisiones en función de lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley», y añadiendo que, «el abono de otros servicios complementarios de los específicos del contrato de agencia (factoring, recobro, almacenaje, etc.) suele hacerse de manera integrada junto con las comisiones, aunque es necesario precisar que no se tendrán en cuenta a efectos de computar el límite máximo de la indemnización por clientela».

de moderación que minorasen el *quantum* indemnizatorio. En consecuencia, condenó al pago de 571.356,18 euros a Vodafone¹⁰ —media del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años—. No obstante, indicó que la indemnización por clientela no se encontraba sujeta al IVA, en idénticos términos a los expuestos por la Audiencia Provincial.

II. CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR CLIENTELA

La Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembro en lo referente a los agentes comerciales independientes, otorgaba la posibilidad a los legisladores europeos de optar tras la terminación del contrato de agencia entre la *indemnización por clientela* y la *reparación del perjuicio*.

El Estado español escogió la tutela al agente en el momento extintivo del contrato mediante el sistema de la *indemnización por clientela*, consignado en el art. 28 LCA. Ahora bien, la citada indemnización por clientela no resulta de aplicación de manera automática, sino que requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos cumulativos de los que se da cuenta en los siguientes apartados. Es necesario, en primer lugar, que se extinga el contrato de agencia (1). A ello se añade en segundo lugar que el agente aporte nuevos clientes o se produzca un aumento sensible de transacciones con los preexistentes (2). Se requiere, por lo demás, en tercer lugar, que la actividad del agente anterior a la extinción produzca ventajas sustanciales al empresario principal (3). Finalmente, resulta oportuno constatar la procedencia equitativa de la indemnización (4).

1. Extinción del contrato

El presupuesto que la ley exige para que surja el derecho a percibir la indemnización por clientela consiste en la extinción del contrato de agencia. Esto puede darse por el transcurso del término establecido contractualmente o de duración indefinida, por mutuo disenso, por muerte o declaración de fallecimiento del agente (art. 28.2 LCA)¹¹ o por denuncia del empresario principal, siempre que ello no venga precedido de un incumplimiento legal o contractual del agente. Ahora bien, el art. 28 LCA no opera con carácter automático¹², dado que el art. 30.a) LCA

¹⁰ Con todo, el Tribunal Supremo otorga una cantidad inferior a los 692.989,07 euros solicitados por el agente. Esto se debe a que se excluye la partida atribuida a la subvención variable de terminales. Al considerar el Alto Tribunal que esta partida no es una remuneración, sino la compensación de un anticipo efectuado por el agente.

¹¹ Tanto en el supuesto de muerte, como en la declaración legal de fallecimiento del agente, serán los beneficiarios sus herederos, y a ellos corresponderá efectuar la pertinente reclamación de la indemnización por clientela al empresario principal. Cabe reseñar que la muerte o declaración de fallecimiento del empresario principal no es causa *per se* de extinción del contrato (art. 27 LCA).

¹² STS 19/2003, de 27 de enero, FJ 4º.

pone de manifiesto que el empresario principal queda facultado para denunciar el contrato de agencia, sin necesidad de preaviso, y sin obligación de abonar la indemnización por clientela¹³ cuando la causa de la extinción se deba al «[...]/ incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente».

No obstante, hay que tener presente que la facultad resolutoria del empresario principal prevista en el apartado a) del art. 30 LCA se fundamenta en la infracción del art. 1124 CC y la jurisprudencia que lo interpreta¹⁴. Es decir, no todo incumplimiento del agente faculta al empresario principal a resolver el contrato, sino que la jurisprudencia¹⁵ —y también la doctrina¹⁶— exigen que el incumplimiento revista cierta gravedad¹⁷ como para frustrar la finalidad del contrato o las expectativas económicas que la parte perjudicada depositó en el contrato de agencia¹⁸.

Al respecto, cabe aclarar que se considera un incumplimiento grave cuando el agente no alcanza el objetivo mínimo de ventas acordado anualmente¹⁹. Ahora bien, se requiere que exista una conducta dolosa o al menos culpable del agente para que el empresario principal pueda invocar el apartado a) del art. 30 LCA²⁰. De este modo, si se constata un descenso sustancial del volumen de ventas, originado

¹³ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. Madrid, Civitas, 1995, p. 222.

¹⁴ SAP Valencia 141/2020 (sección 8ª), de 9 de marzo, FJ 3º.

¹⁵ En este sentido, ATS Roj:1636/2017, de 1 de marzo, FJ 2º, indica que «los incumplimientos que el actor imputa a la demandada o no se han dado o son tan irrelevantes que en modo alguno justifican en lo más mínimo la resolución contractual denunciada, pues: primero, el sistema de reporte comercial con teléfono móvil que se implantó en 2009, no lo fue con carácter obligatorio, por lo que el actor y otros agentes podían o no hacer uso del sistema a su voluntad; segundo, que el sistema informático global implantado por la demandada en 2012, tanto en lo relativo a facturación, contabilidad, catálogos o tarifas, no afectó al derecho de información del agente, pues acudía semanal o quincenalmente a la empresa para obtener la información que precisara para el desempeño de su cometido; tercero, que en toda la relación de agencia desarrollada durante veinte años [...]».

¹⁶ En este sentido, CLEMENTE MEORO, M., «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2011, año LXV, n.º 2131, p. 4, indica que «no cualquier incumplimiento faculta para resolver, y así, se ha distinguido entre el incumplimiento de las obligaciones principales y el de las accesorias, se ha exigido que el incumplimiento sea grave, y se atiende a lo pactado por las partes respecto del incumplimiento y a la imputabilidad y culpabilidad del deudor incumplidor»; MONTÉS PENADÉS, V. L.; «Tomo XV, vol. 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.); *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978, p. 1230, señala que «se ha dicho que no cualquier tipo o especie de incumplimiento debe servir de base para la resolución, sino sólo aquel que, siendo imputable, constituya por su gravedad una verdadera inexecución, por no satisfacer ya plenamente el interés de la parte a quien la prestación ha de ser integrada».

¹⁷ SAP Palencia 31/2017 (sección 1ª), de 7 de febrero, FJ 2º.

¹⁸ STS 511/2013, de 18 de julio, FJ 11º.

¹⁹ SAP Sevilla 247/2018 (sección 6ª), de 19 de julio, FJ 2º. En idéntico sentido, SAP Pontevedra 427/2018 (sección 6ª), de 28 de septiembre, FJ 4º; SAP Navarra 616/2018 (sección 3ª), de 14 de diciembre, FJ 4º; SAP Madrid 452/2015 (sección 9ª), de 29 de octubre, FJ 2º; SAP Cádiz 316/2017 (sección 2ª), de 8 noviembre, FJ 8º.

²⁰ SORIA FERRANDO, J., *El agente de comercio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 127-128.

por circunstancias ajenas al agente²¹, tales como la existencia de una grave crisis económica, o bien por cuestiones de salud o enfermedad del agente —sin dolo o culpa de este—, se ha desechado la idea de que el agente se vea privado de la indemnización por clientela²².

En la resolución objeto del presente estudio, cabe destacar que inicialmente Vodafone España, S.A. defendía que el incumplimiento de los mínimos de ventas del agente había sido la causa que originó la extinción del contrato de agencia con fundamento en el artículo 30 LCA apartado a). Esta estrategia procesal fue abandonada en casación para defender que no todas las retribuciones que percibe el agente deben ser tomadas en consideración para el cálculo de la indemnización. A su vez, alegaba Vodafone que sobre el cálculo resultante de la indemnización por clientela debía aminorarse el *quantum* indemnizatorio, dado que la actividad publicitaria llevada a cabo por Vodafone y el prestigio de su marca atrajo a gran parte de la clientela captada por el agente. Esta modificación de la estrategia tuvo lugar como consecuencia del dictamen emitido por el perito judicial. En él se acreditaba que, durante el periodo de referencia, se alcanzó el mínimo de altas de voz pactado contractualmente. Este cumplimiento de los mínimos se produjo al reducir el agente el número de comerciales empleados, dado que con ello disminuyó el objetivo mínimo de ventas que debía cumplir cada uno de los comerciales²³.

2. Aportación de nuevos clientes o incremento sustancial de las transacciones con los preexistentes

El segundo de los requisitos que debe apreciarse consiste en que el agente *«hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente»*²⁴. La interpretación del artículo denota que se trata de requisitos alternativos, bastando el cumplimiento de uno solo de ellos para darse por cumplido. La LCA es clara en relación con las operaciones con la clientela preexistente, ya que el presupuesto de hecho que contempla el precepto exige que el aumento de pedidos con los clientes que el empresario aportó al agente, sea sustancial. Por otro lado, la norma indica que sobre esta clientela debe producirse un incremento de las operaciones. Sin embargo, no debemos limitarlo a

²¹ SAP Castellón 500/2018 (sección 3ª), de 28 de diciembre, FJ 2.º.

²² En este sentido, SAP Vizcaya 731/2018 (sección 3ª), de 29 de noviembre, FJ 4º indica que *«evidente la baja de la cifra de ventas, con pérdida de clientes y/o volumen de facturación, [...] no se ha acreditado que tal situación fuera consecuencia de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la agente [...], puesto que en la caída de ventas del último año es evidente que estuvo de baja laboral, pudiendo incidir en esta caída de las ventas»*.

²³ Esto se constata por el perito judicial, dado que el agente tenía el compromiso contractual de suscribir 13 altas brutas de voz al mes por comercial, pero no existía estipulación alguna que impidiera al agente reducir el número de comerciales empleados para la venta de los productos o servicios de Vodafone.

²⁴ SAP Córdoba 3/2002 (sección 1.ª), de 8 de enero, FJ 5º, niega el derecho a indemnización del agente, dado que el cliente fue cedido por el empresario principal al agente y no quedó acreditado que *«los beneficios económicos [...] se debieran a actuación personal del actor sino más bien a las condiciones ofertadas por la empresa demandada»*.

un aumento cuantitativo²⁵. En este sentido, debe entenderse cumplido el requisito cuando el cliente preexistente realiza el mismo número de pedidos —o incluso un número inferior— a aquellos que realizaba con anterioridad, pero estos nuevos pedidos²⁶ que tienen lugar gracias a la intervención del agente suponen un mayor volumen de facturación²⁷. Esto se debe a que el precepto tiene como finalidad última incrementar el volumen de negocio gracias a la intervención del agente, con independencia del número de pedidos que este realiza.

Respecto de la aportación de nuevos clientes, debemos desechar la idea de computar aquellos clientes causales y que no quepa esperar de ellos que reiteren en el futuro una nueva demanda de productos o servicios del empresario principal²⁸. Es por este motivo que el concepto de *clientela* se encuentra estrechamente vinculado a que los clientes sean susceptibles de ser aprovechados en el futuro por el empresario principal —aunque se trate pedidos lejanos temporalmente entre sí²⁹—. El precepto también exige que los clientes captados por el agente sean *nuevos*. Esto supone que no deben haber mantenido en el pasado relaciones con el empresario, pero, además, tendrán también la condición de *nuevos* aquellos que, habiendo sido clientes con anterioridad, dejaron de serlo, y debido a la labor del agente, este logró captarlos de nuevo como clientes³⁰.

El demandado, Vodafone, intentó dejar patente ante la Audiencia Provincial de León la existencia de bajas en los contratos de voz para, de este modo, justificar la ausencia del requisito exigido por el artículo 28 LCA y eludir de esta forma la indemnización por clientela. No obstante, debemos diferenciar entre dos situaciones distintas. La primera de ellas hace referencia a aquellos supuestos en los que el agente, si bien aporta nuevos clientes, simultáneamente pierde gran parte de la clientela originaria que le fue entregada por el empresario principal. Si al comparar el volumen de facturación con los nuevos clientes en relación con la facturación perdida de los antiguos clientes preexistentes, disminuye el volumen facturación, debe considerarse que no se cumple el requisito³¹.

²⁵ Es decir, que el agente aumente significativamente el número de pedidos, dado que el incremento no supone *per se* un mayor beneficio para el empresario principal, ya que el agente puede engrosar el número de pedidos, pero no con ello la facturación de la clientela preexistente.

²⁶ VÁZQUEZ ALBERT, D., «Efectos patrimoniales de la terminación de los contratos de distribución», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 177.

²⁷ DANIELA PARJOLEA, A., «Sentencia de 8 de octubre de 2010. Indemnización por clientela; nulidad de la cláusula de cuantificación de la indemnización; prohibición de toda cláusula que impide al agente llegar a la indemnización máxima prevista legalmente», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2011, vol. 12, n.º 87, pp. 1565-1584 y p. 1578.

²⁸ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op. cit.*, p. 137.

²⁹ STS 1071/2003, de 19 de noviembre, FJ 3º.

³⁰ JIMÉNEZ MANCHA, J., «Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia: análisis jurisprudencial y crítico», *Revista de derecho privado*, Madrid, Reus, 2004, vol. 6, n.º 88, pp. 787-820 y p. 793.

³¹ SAP Alicante 386/2009 (sección 8ª), de 15 de octubre, FJ 2º.

Por su parte, el segundo supuesto hace referencia a la pérdida de los clientes que fueron captados por el agente y que, en consecuencia, no fueron entregados por el empresario principal al inicio de la relación contractual. Por tanto, aquí lo que disminuye es la facturación que aporta el agente al empresario. Es por esta razón que, aunque el agente disminuya la facturación, esta última ha supuesto un aumento de la clientela que el agente aporta al principal al extinguirse el contrato de agencia. Por consiguiente, el principal verá aumentado su volumen de facturación respecto al que tenía con carácter previo a la celebración del contrato de agencia. Por esta razón, la bajada de ventas no equivale al incumplimiento de los presupuestos que otorgan el derecho a la indemnización (art. 28 LCA), siempre que se acredite que la actividad comercial del agente supuso la aportación de nuevos clientes³². Fue esta razón la que motivó a la Audiencia Provincial de León —de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo— a rechazar el argumento sostenido por Vodafone. En este sentido, el órgano judicial manifestó que la concurrencia del número de bajas en la clientela o descenso en la facturación «no impide la apreciación de los requisitos legales pues efectivamente los clientes aumentaron por la actividad del agente»³³.

3. Ventajas sustanciales para el empresario

Este presupuesto resulta esencial, dado que se trata de valorar la ventaja futura que el agente otorgará al empresario principal con su actividad una vez finalizado el contrato³⁴. Aquí debe ser objeto de análisis si la actividad de captación de clientela por parte del agente puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario, de tal modo que la clientela captada sea susceptible de aprovechamiento económico por parte del principal³⁵. En multitud de ocasiones será manifiesto que la clientela captada producirá ventajas al empresario a la finalización del contrato de agencia, produciendo una cesión de un activo intangible en beneficio del empresario principal y ocasionando un enriquecimiento a favor del empresario por esa cesión de la clientela³⁶.

³² ATS Roj: 3264/2018, de 4 abril, FJ 3º.

³³ SAP León 228/2017 (sección 1ª), de 7 de junio, FJ 4º.

³⁴ VAQUERO PINTO, M. J., «Compensación por clientela», en CARBAJO CASCÓN, F. (dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y la práctica contractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 612.

³⁵ ARROYO VENDRELL, T., «Sentencia de 22 de febrero de 2010: Contrato de distribución sin pacto de exclusiva. Resolución del contrato de distribución por decisión unilateral del principal. Derecho del distribuidor al pago de la indemnización por clientela y aplicación por analogía del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Cálculo de la indemnización por clientela a razón del margen de beneficio obtenido por el distribuidor con la reventa y no por el contrario, a razón del descuento concedido por el principal al distribuidor sobre el precio del producto», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2010, n.º 84, pp. 1817-1832.

³⁶ STS 343/2004, de 30 de abril, FJ 2. y STS 328/2003, de 7 de abril, FJ 5. Sin embargo, alguno autor como PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. A., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», en: AA.VV., *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1998, pp. 1287-1304, sostiene, al respecto, que la clientela que queda bajo el disfrute del empresario principal a la extinción del contrato, «está plenamente justificada,

Sin embargo, pesará sobre el agente la carga de la prueba³⁷, debiendo acreditar razonablemente que su actividad anterior puede continuar produciéndole ventajas sustanciales al empresario. No obstante, esta prueba resulta de gran dificultad, dado que, por un lado, el agente tiene que acreditar hechos o circunstancias futuras —cuya realidad es algo que solo con el tiempo podrá constatare—. A ello se añade, por otro lado, que el agente solo dispone del plazo de un año de prescripción para reclamar la indemnización por clientela (art. 31 LCA). Estas dos cuestiones hacen prácticamente imposible, en la brevedad requerida, acreditar ese beneficio futuro en el momento de interposición de la demanda.

Ante esta dificultad, la jurisprudencia³⁸ ha consolidado una presunción *iuris tantum* y considera que el requisito se da simplemente con que el agente acredite que ha efectuado relaciones comerciales con clientes. Ahora bien, se exige la participación del agente en la captación de la clientela³⁹, siendo necesario que al menos exista una conducta activa del agente en la fidelización de la clientela⁴⁰, por pequeña que sea. Además, cabe reseñar que el tenor literal del artículo 28.1 LCA emplea el término *puede*, por lo que el agente meramente tendrá que acreditar un pronóstico razonable acerca del comportamiento de la clientela y no una prueba plena⁴¹. No obstante, existen situaciones en las que resulta evidente que el empresario principal no obtendrá ventajas sustanciales de la actividad anterior del

toda vez que se funda en la prestación contractual debida por el agente o por el concesionario, que justamente consiente en promover las ventas del fabricante durante la vigencia del contrato y aumentar su clientela. Es manifiesto por ello que la atribución no carece de causa, sino que la tiene el propio contrato [...]».

³⁷ DANIELA PARJOLEA, A., «Sentencia de 8 de octubre de 2010...», *op. cit.*, p. 1579.

³⁸ La STS 830/2009, de 4 de enero, FJ 5º se ha pronunciado al respecto matizando que el agente requiere únicamente probar un pronóstico razonable de cuál será el comportamiento de la clientela. Concretamente, indica el Alto Tribunal que: «*Sin embargo también debe puntualizarse que, según esta misma jurisprudencia, el requisito de que la actividad anterior del agente pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario no permite imponer al agente la prueba de la efectividad de tales ventajas o del efectivo disfrute por el empresario, después de extinguido el contrato, de los clientes que aportó el agente, pues también cabe un «pronóstico razonable», en contemplación del momento inmediato posterior a la ruptura del vínculo contractual, acerca de cuál será el comportamiento probable de dicha clientela y, por tanto, de si es posible que el empresario continúe disfrutando o favoreciéndose de la misma».*

³⁹ No computándose como clientela aquellas situaciones en que el agente únicamente gestiona o tramita los pedidos que le son requeridos por la clientela, sin realizar verdaderamente captación alguna.

⁴⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, «Informe sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva del Consejo relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (86/653/CEE)», COM (1996) 369 final, 20.07-1997, p. 3.

⁴¹ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, *op. cit.*, p. 178, señala que, los tribunales «no exigen que las ventajas sean efectivas, sino que basta con que sean probables [...]». En idéntico sentido, MERCADAL VIDAL, M., «Sentencia de 31 de diciembre de 1997. Contrato de agencia. Resolución por el principal sin haber mediado incumplimiento del agente. Omisión del plazo de preaviso pactado; procedencia de la indemnización por lucro cesante. Improcedencia de la indemnización por inversiones no amortizadas. Procedencia de la indemnización por clientela. Inaplicabilidad de la Ley sobre Contrato de Agencia por razón del momento en que tuvo lugar la celebración del contrato», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 1998, n.º 47, pp. 629-638.

agente a la finalización del contrato de agencia. Algunas de estas realidades serán, por ejemplo: i) cuando el agente y el principal acuerdan, con fundamento en el art. 1255 CC, que a la finalización del contrato el empresario no podrá competir con el agente en el territorio en exclusiva⁴²; ii) cuando el agente continúe su actividad con otro empresario del mismo sector⁴³; iii) cuando se trate de productos o servicios que, por su naturaleza, no quepa esperar la reiteración de pedidos⁴⁴; iv) cuando se produzca el cese⁴⁵ o la transformación de la actividad del empresario principal⁴⁶; v) o la declaración en concurso del empresario principal⁴⁷.

Las ventajas sustanciales que ocasionará a Vodafone España, S.A. aquella clientela captada por el agente Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. es objeto de controversia en sede de la Audiencia Provincial de León. De hecho, Vodafone discrepa de la sentencia de instancia e interpone recurso de apelación manifestando la improcedencia de la indemnización por clientela (art. 28.1 LCA). El argumento sostenido por Vodafone consiste en que las bajas en la cartera de clientes de voz manifiestan un descenso constante en la clientela, de tal modo que no reporta ventajas sustanciales como requisito inexcusable para el otorgamiento de la indemnización.

Sobre esta cuestión, cabe reseñar que el descenso de ventas no impide que reporte beneficios futuros al empresario principal. Esto es así, en primer lugar, porque la norma exige el mero *pronóstico razonable* de cuál sería el comportamiento de la clientela a la finalización del contrato. De este modo, si bien se producen bajas en los contratos de voz de telefonía, nada impide que aquellos clientes cuya baja de servicios solicitaron a Vodafone⁴⁸ reiteren la solicitud de sus servicios en

⁴² VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 178.

⁴³ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «El contrato de agencia», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.); *Contratos mercantiles*, 6.ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2017, pp. 698-699.

⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en los circos u obras de teatro, en los que mediante agentes se promueve la venta de entradas y, tras la finalización del espectáculo, no cabe una reiteración del mismo, ya que el principal finaliza su función para dar comienzo a la misma en otra zona geográfica.

⁴⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, op. cit., p. 169 y JIMÉNEZ MANCHA, J., «Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia...», op. cit., p. 797.

⁴⁶ Piénsese, por ejemplo, la Standard Oil Co. Inc. de John D. Rockefeller, que inicialmente extraía del petróleo queroseno para lámparas y, tras la llegada de la electricidad a las viviendas, transformó su industria para comercializar gasolina para automóviles, que hasta entonces habían considerado como un producto de desecho.

⁴⁷ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, op. cit., p. 123. Ahora bien, la clientela captada por el agente no reportará ventajas sustanciales al empresario concursado si este cesa su actividad y/o se abre la fase de liquidación del concurso. Esto es así dado que, si la sociedad en concurso llega a un convenio con los deudores, evitando la liquidación del patrimonio y permitiendo el mantenimiento de la actividad o si se produce la enajenación de la empresa concursada, podríamos afirmar que efectivamente se producen ventajas al empresario principal, cumpliendo, por tanto, los requisitos para adquirir la indemnización por clientela.

⁴⁸ En este sentido, la SAP León 228/2017 (sección 1.ª), de 7 de junio, FJ 4º, indica que: «La concurrencia de bajas no impide la apreciación de los requisitos legales pues efectivamente los clientes aumentaron por la actividad del agente, aunque coincidan en el tiempo con la existencia de numerosas bajas en la clientela preexistente, ya que se trata de negocios de telefonía que cuentan

el futuro. En segundo lugar, porque, tal como resuelve el Tribunal, a la finalización del contrato de agencia, los clientes captados por el agente continúan vinculados con la operadora de voz Vodafone por los contratos firmados entre los clientes y el empresario principal, al menos durante un tiempo⁴⁹.

De hecho, la baja de los clientes captados por Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A., perjudica al agente por duplicado. Por un lado, este percibirá menos comisiones del empresario principal. Por otro lado, a la hora de realizar el cálculo de la indemnización por clientela, ese descenso en la comisión tendrá repercusión al computar el importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente (art. 28.3 LCA).

4. Procedencia, por equitativa, de la indemnización

Por último, el art. 28.1 LCA permite que el empresario no deba pagar la indemnización por clientela cuando se entienda que esta no resulte equitativa —incluso concurriendo los presupuestos de hecho mencionados con carácter previo—. La LCA no ofrece pauta alguna para dilucidar qué supuestos se entienden incluidos dentro de este presupuesto. No obstante, la cuestión de la equidad prevista en el art. 28 LCA no es ajena al legislador español⁵⁰, dado que el art. 3.2 CC viene a señalar en el ordenamiento jurídico que aquella debe funcionar como criterio interpretativo. De este modo, el titular de la potestad jurisdiccional, al aplicar las normas, deberá optar siempre por la solución más justa para el caso concreto. La noción de *equidad* o *justicia del caso concreto* tiene como finalidad evitar que el Derecho aplicado de forma estricta y sin contemplaciones genere situaciones injustas⁵¹.

Ahora bien, cabe señalar que el art. 28.1 LCA indica que la indemnización se otorgará cuando, cumpliéndose los presupuestos citados anteriormente, «[...] resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran». Por tanto, el tenor literal del precepto indica que la *equidad* entra en

con clientes que modifican frecuentemente sus contratos. Esta circunstancia no impide el potencial aprovechamiento de la clientela por el empresario principal».

⁴⁹ Debe tenerse en cuenta que resulta habitual entre las empresas operadoras de telefonía suscribir contratos de permanencia con los clientes a cambio de descuentos en las tarifas, regalos o descuentos en la adquisición de terminales móviles. Esto ocasionará que, a la finalización del contrato entre el agente y el empresario, los clientes captados continúen vinculados con el empresario principal, al menos, hasta que estos finalicen el plazo de permanencia.

⁵⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 10.^a ed. Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2021, p. 38, expone que: «La equidad no es fuente del derecho, no crea normas, si bien se añade, se superpone, en la aplicación de las normas y la adecua al caso particular». Ahora bien, «se aplica directamente tan sólo en el supuesto en que una norma se remita a la equidad».

⁵¹ ATAZ LÓPEZ, J., «Aplicación de las normas jurídicas. Artículo 3», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil: tomo I (Arts. 1 a 151)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 122.

juego para determinar si existen razones de justicia para otorgar o no la indemnización, así como para su cuantificación⁵².

En la práctica se presume que el requisito se cumple siempre que se acrediten todos los prepuestos cumulativos expuestos con anterioridad. No obstante, el propio precepto manifiesta que el requisito de *equitatividad* se da cuando el agente y el empresario hubieran suscrito cláusulas comerciales restrictivas de la competencia en perjuicio del agente al amparo del artículo 20 LCA. No obstante, es preciso aclarar que la ausencia de pactos que limiten la competencia no debe conducir —al menos necesariamente— a descartar la indemnización. Así pues, el art. 28.1 LCA establece igualmente como circunstancia de equidad las pérdidas de comisiones que sufra el agente, y también, cuando concurran otras circunstancias no tipificadas, diferentes de las expresadas en el precepto, siendo estas de carácter alternativo.

Por tanto, esta última parte del art. 28.1 LCA obliga a tomar en consideración el resto de las realidades que concurran en el caso concreto⁵³, de tal modo que la norma reconoce un listado que constituye un *numerus apertus* de circunstancias de equidad que pudieran justificar o excluir la indemnización por clientela. No obstante, estas últimas, indeterminadas, tendrán que ser valoradas por el juzgador en el asunto concreto para otorgar en su caso la concesión indemnizatoria⁵⁴. Ahora bien, deberán estar vinculadas con el contrato o con la relación y circunstancias existentes entre el principal y el agente, rechazándose aquellos extremos que no guarden relación con el contrato de agencia⁵⁵ —edad, situación económico-social, salud, situaciones personales o familiares, etc.—.

De igual modo, entendemos que resultaría equitativo denegar la indemnización por clientela cuando, durante el transcurso del contrato de agencia, se produzca una *deserción* de un número considerable de clientes que ya mantenían relaciones comerciales con el empresario antes de incorporarse el agente⁵⁶. En este supuesto, nos encontramos con que, si bien el agente ha captado nuevos clientes, también se ha producido una pérdida considerable de clientes preexistentes al contrato de agencia. De este modo, la aportación de nuevos clientes del agente no compensa la pérdida de los antiguos, habiendo actuado el agente con negligencia ante la *fuga* de clientes preexistentes, debido a su falta atención y descuido de las elementales normas de fidelización y retención de la clientela.

⁵² MARÍN HITA, L., «Sentencia de 31 de mayo de 2012. Contrata de agencia: Indemnización por clientela y criterios para su determinación. Obligado a su pago tras cesión del contrato», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2013, n.º 91, pp. 303-318 y VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil* (vol. I), 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 1636.

⁵³ LLOBREGAT HURTADO, M., *El contrato de agencia mercantil*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 248.

⁵⁴ ORTEGA PRIETO, E., *El contrato de agencia, la nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1993, p. 155.

⁵⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op. cit.*, p. 197.

⁵⁶ MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, *op. cit.*, p. 204.

III. CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

1. Conceptos computables a efectos de la indemnización por clientela

La LCA no formula ningún sistema para el cálculo de la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, de tal modo que permita a las partes saber con certeza cuál es la cuantía que le corresponderá al agente en concepto de indemnización por clientela a la finalización del contrato⁵⁷. Por el contrario, se limita a establecer un máximo y, por tanto, el juzgador dispondrá de un gran margen de discrecionalidad para ponderar la cuantía indemnizatoria que le corresponderá al agente en atención a las circunstancias y peculiaridades concretas del caso.

Para el cálculo indemnizatorio se debe tomar, en primer lugar, la base retributiva del agente, con el fin de efectuar sobre esta los cálculos correspondientes y fijar el *quantum* indemnizatorio. Como se verá, se plantea una gran controversia en el caso de autos en torno a esta cuestión entre el agente y el empresario principal. De hecho, Leonesa de Comunicaciones Integrales, S.A. procedió a reclamar a Vodafone España, S.A. la cantidad de 692.989,07 euros de indemnización por clientela (art. 28 LCA), consistente en la media de todas las remuneraciones percibidas durante los cinco últimos años de relación contractual. Esta cuantía fue reducida por el Juzgado de Primera Instancia a la suma de 262.232,80 euros, al considerar la Ilma. Magistrada-juez que se debían excluir para computar la indemnización por clientela las retribuciones percibidas en concepto de *ayudas*. Esta conclusión es la alcanzada por el juzgador al considerar que estas ayudas al servicio postventa no retribuían la actividad comercial del agente en la captación y el mantenimiento de la clientela.

El agente recurrió la decisión ante la Audiencia Provincial, al entender que la exclusión de las comisiones percibidas denominadas *ayudas* de la base retributiva para efectuar sobre esta los cálculos indemnizatorios contravenía lo dispuesto en LCA. En consecuencia, el agente solicitó en la segunda instancia la inclusión, para el cálculo de la indemnización, de todas las remuneraciones que percibía por parte de Vodafone. El órgano *ad quem*⁵⁸ entendió que era correcta la interpretación que realizaba el juez *a quo*. Puso de manifiesto que las comisiones postventa por reparación del teléfono de clientes y los programas de renovación de tecnología y del desarrollo de la actividad comercial de captación y fidelización que percibía el agente perseguían finalidades distintas del objeto principal del contrato de agencia, que era en suma la captación y el mantenimiento de la clientela. De este modo, estas comisiones, si bien servían de soporte o apoyo a la labor empresarial y estaban estrechamente vinculadas con el contrato de agencia, no eran parte de este a los efectos previstos en los arts. 1 y 11 LCA. Por tanto, la Audiencia Provincial de

⁵⁷ ÁLVAREZ LATA, N., «Sentencia de 27 de junio de 2013. Imperatividad de la indemnización por clientela en el contrato de la agencia», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2014, n.º 94, pp. 391-401.

⁵⁸ SAP León 228/2017 (sección 1.ª), de 7 de junio, FJ 8º.

León desestimó la pretensión del agente y no tomó en consideración estas cuantías retributivas a efectos del cálculo indemnizatorio.

El agente presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando la vulneración de los arts. 3.1 y 28.3 LCA y de la doctrina jurisprudencial, dado que consideró que debían tenerse en cuenta, a efectos del cálculo de la indemnización por clientela, todos los conceptos retributivos que percibía el agente y no solo las comisiones. De este modo, si el agente percibía una retribución denominada *ayuda*, por prestar un servicio postventa a los clientes del que se encontraba obligado contractualmente, esta remuneración debía ser tenida en cuenta para el cálculo indemnizatorio.

No obstante, para efectuar adecuadamente el cálculo de la indemnización por clientela debemos partir del propio precepto, que establece que deberá tomarse en consideración para el cálculo el «[...] importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente». Así pues, es la propia LCA la que establece como una obligación esencial del empresario principal satisfacer la remuneración del agente [art. 10.2.c) LCA]. Esta remuneración se materializa en el artículo 11.1 LCA, que pone de relieve que «se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente».

Por tanto, el concepto *comisión* debe entenderse en sentido amplio, de tal modo que se considerarán incluidos dentro de la definición de comisión —a efectos del cálculo de la indemnización por clientela— aquellos complementos retributivos que perciba el agente, tales como bonificaciones, ayudas, incentivos o gratificaciones. Todas estas sumas que percibe el agente conforman un conjunto de conceptos jurídico-económicos con un único objeto negocial —la promoción y venta de productos y servicios del empresario principal— y, por tanto, persiguen idéntica finalidad que la *comisión* entendida en sentido estricto que percibe el agente⁵⁹.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo pone de manifiesto en la resolución judicial que aquí es objeto de análisis⁶⁰ que debe tomarse en consideración como *remuneración* a efectos del cálculo de la indemnización por clientela lo que la sala denomina *el conjunto retributivo*. Es decir, no deben computarse únicamente las comisiones fijas o porcentuales en sentido estricto, sino que, por el contrario, debe considerarse la totalidad de cantidades percibidas por el agente en el desempeño de sus funciones. De este modo, cuando el agente presta una pluralidad de

⁵⁹ ORTEGA PRIETO, E., *El contrato de agencia, la nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio*, op. cit., p. 132, sostiene al respecto que existen dos tipos de comisiones: «las ordinarias, entendiendo como tales las que consisten en la aplicación de un determinado porcentaje sobre el precio de la operación ejecutada», y las comisiones «especiales, definiendo así las que se traducen en determinadas cantidades, premios o porcentajes de comisión adicionales si concurren determinadas circunstancias —consecución de determinados cupos de facturación u objetivos; introducción en nuevos mercados; captación de nuevos clientes, etcétera—».

⁶⁰ STS 528/2020, de 14 octubre, FJ 2º.

tareas retribuidas por Vodafone conforme a un único modelo retributivo, no puede el empresario principal fraccionar las retribuciones —excluyendo algunas de ellas a efectos del cálculo— en detrimento del agente. Desde este punto de vista, entiende el Tribunal Supremo que, si el agente estaba obligado a prestar un servicio postventa, percibiendo una retribución por aquel, el abono de la correspondiente cuantía debe computarse a efectos del cálculo indemnizatorio.

Una vez determinadas qué retribuciones deben computarse a efectos del *quantum* indemnizatorio, cabe matizar en este segundo punto del análisis que deberán computarse todas aquellas comisiones que el agente dejase de percibir respecto de la totalidad de la clientela y no solo los clientes nuevos aportados por el agente o aquellos clientes previos sobre los que incrementase el volumen de ventas⁶¹. Ahora bien, no puede ignorarse, sin embargo, que sobre esta cifra se deberán descontar aquellas cantidades que el empresario principal deje de percibir por los clientes que hubieran sido perdidos por el agente⁶².

2. Determinación del *quantum* indemnizatorio dentro del límite máximo establecido en el art. 28 LCA

El artículo 28.3 LCA indica expresamente que «*la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si este fuese inferior*». Por tanto, debemos partir de que el propio precepto fija con carácter imperativo el *techo* máximo indemnizatorio⁶³ mediante la fórmula prohibitiva «*la indemnización no podrá exceder, en ningún caso [...]*». Por el contrario, el precepto no fija un *suelo*⁶⁴ indemnizatorio. Esto ocasiona una gran inseguridad jurídica entre las partes del contrato, dado que agente y empresario principal desconocen *a priori* cuál será la indemnización que fijará el juzgador dentro del margen de discrecionalidad que le otorga la LCA. Además, la concreta cuantía indemnizatoria que percibirá el agente es una cuestión que no deja de estar sometida a un cálculo probabilístico y a cierta dosis de subjetivismo. Por tanto, y dado que nuestro ordenamiento no ha prefijado un sistema de medición o cuantificación del pronóstico futuro de las comisiones, resultará de gran complejidad alcanzar una valoración estimativa satisfactoria para las partes y, en consecuencia, las partes se verán abocadas, ante la

⁶¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe sobre la aplicación del artículo 17...*, *op. cit.*, p. 4.

⁶² STS 19/2003, de 27 de enero, FJ 6º.

⁶³ ARROYO VENDRELL, T., «Sentencia de 22 de febrero de 2010...», *op. cit.*, p. 1830.

⁶⁴ No obstante, la enmienda a la propuesta de la Directiva relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, realizada el 29 de enero de 1979, contenía una cuantía mínima que debía obtener el agente. En su artículo 30.2, indicaba «[...] *It shall be equal to not less than one-tenth of the annual remuneration calculated on the basis of the average remuneration during the preceding five years*». Es decir: «[...] *representará por cada año de contrato, al menos un décimo de la remuneración anual calculada basándose en la remuneración media durante los cinco años anteriores*». Sin embargo, esta cuantía mínima desapareció en la versión final del de la Directiva 86/653/CEE.

controversia que esto suscita, a iniciar en muchas ocasiones una contienda judicial para determinar la cuantía indemnizatoria.

Como anteriormente hemos puesto de relieve en el párrafo anterior, el legislador ha establecido un límite máximo para la cuantificación de la indemnización por clientela⁶⁵. Esta decisión legislativa se encuentra constreñida por el contenido del artículo 17 de la Directiva 86/653/CEE —del que proviene el artículo 28 LCA—. Como pone de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁶, el art. 17 de la Directiva tiene carácter imperativo y, muy especialmente, en lo referente a la protección del agente una vez que se ha extinguido el contrato de agencia. Así pues, los Estados miembros únicamente pueden legislar estableciendo los métodos de cálculo de la indemnización por clientela dentro del marco jurídico fijado por los arts. 17 y 18 de la Directiva⁶⁷.

El TJUE⁶⁸ indica que el cálculo debe establecerse en tres fases. La primera fase tiene como objeto computar aquellas ventajas o beneficios que obtendrá el empresario principal de los pedidos que provengan de los clientes aportados por el agente. La segunda fase tiene como finalidad acreditar si la cuantía resultante es equitativa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y, especialmente, de la pérdida de comisiones que soportará el agente comercial. Finalmente, en la última fase, si la cuantía resultante sobrepasa el límite legalmente establecido, la indemnización se verá reducida al límite máximo, salvo pacto entre las partes en beneficio del agente. Por todo ello, podemos afirmar que la LCA no establece criterio o parámetro alguno para cuantificar la indemnización por clientela, sino que se limita a establecer un tope máximo a favor del agente⁶⁹.

Sentado lo anterior, cabe poner de manifiesto que la cuantía máxima indemnizatoria prevista en el artículo 28.3 LCA puede ser modificada por voluntad de las partes, pero únicamente en beneficio del agente. Ahora bien, los términos contundentes del art. 28.3 LCA exigen que, en defecto de pacto a favor del agente, *no podrá exceder, en ningún caso*⁷⁰, del importe que se indica. Por tanto, la cuantía indemnizatoria se encuentra sujeta a parámetros de equidad, pero siempre teniendo en cuenta el tope máximo legal que imperativamente precisa el párrafo tercero del artículo 28 LCA⁷¹.

⁶⁵ CASADO ROMÁN, J., «La indemnización por clientela en el contrato de agencia», *Actualidad civil*, Madrid, Wolters Kluwer, 2017, n.º 9, pp. 108-115; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil* (vol. II), 24.ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 129.

⁶⁶ STJUE, de 26 de marzo de 2009, asunto C-348/07, § 18-19; STJUE, de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98, § 22; STJUE, de 23 de marzo de 2006, asunto C-465/04, § 36.

⁶⁷ Así pues, la Directiva otorga a los Estados miembros un marco jurídico mínimo de protección al agente comercial, disponiendo los distintos legisladores europeos de la facultad de para ampliar o no la protección al agente.

⁶⁸ STJUE, de 26 de marzo de 2009, asunto C-348/07, § 19.

⁶⁹ STS 341/2012, de 31 de mayo, FJ Único.

⁷⁰ STS 868/2010, de 10 de enero, FJ 4º.

⁷¹ MERCADAL VIDAL, M., *El contrato de agencia mercantil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, p. 148.

En el supuesto sobre el que versa la sentencia, el Alto Tribunal realiza una valoración distinta y completamente antagónica al tenor literal de la norma. Esto se debe a que el Tribunal Supremo argumenta en su fundamento jurídico tercero que el art. 3.1 LCA establece el carácter imperativo de los preceptos de la LCA «[...] a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa». La consecuencia de tal imperatividad es que el *quantum* indemnizatorio resultante del «importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años» no puede ser moderado por los juzgados y tribunales. Por consiguiente, entiende el Tribunal Supremo que la decisión tomada por la Audiencia Provincial es incorrecta, dado que —entre otras cuestiones— fija en la indemnización por clientela «una rebaja del 20 %, en atención a criterios diferentes a los previstos por la Ley para el cálculo de la indemnización por clientela»⁷². Sin embargo, el tenor literal del artículo 28.3 LCA indica también que la «indemnización no podrá exceder, en ningún caso [...]». Por consiguiente, el legislador estableció con carácter imperativo el máximo indemnizatorio que podría llegar a percibir el agente como consecuencia de la citada indemnización por clientela⁷³. Así pues, el propio precepto de la LCA⁷⁴ —al igual que la Directiva 86/653/CEE⁷⁵— contemplan un máximo indemnizatorio, permitiendo que el juzgador pueda reducir el *quantum* previsto en la LCA, en atención a las peculiaridades que en caso concreto puedan existir⁷⁶.

El Alto Tribunal adopta como precedente jurisprudencial para dictaminar que la imperatividad de la LCA impide reducir la cuantía máxima prevista en el art. 28.3 LCA las sentencias previas de la Sala Primera, 582/2010, de 8 de octubre, 456/2013, de 27 de junio, y 226/2020, de 1 de julio. Al respecto, no puede ignorarse, sin embargo, que las citadas resoluciones 582/2010, de 8 de octubre y 456/2013, de 27 de junio, se pronuncian sobre la posibilidad de que las partes puedan establecer pactos anticipados sobre la indemnización por clientela. Sin embargo, la *ratio decidendi* de aquellas sentencias es totalmente distinta a la que es objeto de análisis en el presente asunto. Esto se debe a que la cuestión litigiosa objeto de aquel debate consistía en determinar si la partes, al amparo de la autonomía

⁷² STS 528/2020, de 14 octubre, FJ 3º.

⁷³ STS 346/2009, de 20 de mayo, FJ 2º; STS 868/2010, de 10 de enero de 2011, FJ 4º; STS 206/2015, de 3 de junio, FJ 3º; STS 404/2015, de 9 de julio, FJ 2º; STS 341/2012, de 31 de mayo, FJ Único; STS 1029/2003, de 4 de noviembre, FJ 2º; STS 622/2003, 26 de junio, FJ 5º y STS 360/2000, de 26 de abril de 2002, FJ 5º.

⁷⁴ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, op. cit., pp. 179-180. Sostiene que «el legislador [...] sólo impone un límite cuantitativo máximo de dicha indemnización, la cual “no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior” (art. 28.3 LCA). Este límite tiene por finalidad evitar que la indemnización sea excesivamente onerosa para el empresario, de modo que de facto impida la facultad que éste posee de denunciar el contrato y de modificar el sistema de distribución a fin de acoger el que le resulte más conveniente a sus necesidades».

⁷⁵ En idénticos términos se pronuncia el artículo 17 de la Directiva 86/653/CEE, al indicar que: «El importe de la indemnización no podrá exceder de una cifra equivalente [...]».

⁷⁶ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 179; BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *El contrato de agencia...*, op. cit., pp. 698-699 y JIMÉNEZ MANCHA, J., «Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia...», op. cit., p. 800.

de la voluntad (art. 1255 CC), podían establecer pactos que limitaran anticipadamente la indemnización máxima que podía llegar a percibir el agente —cuestión vetada por la imperatividad de la norma, que conllevaría la nulidad de la cláusula contractual⁷⁷—. Por el contrario, la cuestión aquí controvertida versa sobre si el juzgador puede, en atención a circunstancias y peculiaridades concretas del asunto, disminuir la cuantía indemnizatoria que le corresponderá al agente dentro del máximo legalmente previsto.

Cabe destacar que la propia STS 582/2010, de 8 de octubre, indica en su fundamento jurídico quinto que la interpretación del artículo 3.1 LCA en relación con el carácter imperativo del máximo previsto en el art. 28.3 LCA «*expresado mediante la fórmula prohibitiva «La indemnización no podrá exceder, en ningún caso...», sólo regirá para el Juez en caso de conflicto entre agente y empresario tras extinguirse el contrato de agencia, pero no para las partes, ni después de la extinción del contrato ni antes [...]»*. Por tanto, la propia resolución, si bien establece la prohibición de pactos anticipados respecto de la indemnización por clientela por las partes, permite al juzgador otorgar una indemnización por clientela equivalente a la media de las retribuciones percibidas durante los últimos cinco años o bien, y con fundamento en la libre valoración de la prueba que se practicara, conceder una cantidad inferior⁷⁸. Dicha cuantía es el máximo retributivo que percibirá el agente, puesto que el párrafo tercero del art. 28 LCA establece la cuantía máxima, que no condiciona imperativamente la resolución del tribunal, sino que le sirve de referencia y *techo* indemnizatorio.

Con relación a la STS 226/2020, de 1 de julio, citada por Tribunal Supremo, si bien el asunto versa sobre una cuestión análoga a la del presente estudio, esta toma como precedente jurisprudencial la STS 582/2010, de 8 de octubre, sobre la que nos hemos pronunciado ya en el párrafo anterior; por tanto, debemos manifestarnos en idénticos términos a los ya expuestos. No obstante, cabe indicar que tanto la STS 226/2020, de 1 de julio, como la STS 528/2020, de 14 de octubre, que aquí es objeto de análisis, constituyen una excepción jurisprudencial⁷⁹. De hecho, frente a este planteamiento, mayoritariamente se aboga por una solución distinta por parte

⁷⁷ VÁZQUEZ ALBERT, D., *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, op. cit., p. 181. En idéntico sentido, STS 226/2020, de 1 de junio, FJ 4.º; STS 456/2013, de 27 de junio, FJ 5.º.

⁷⁸ STS 346/2009, de 20 mayo, FJ 2.º.

⁷⁹ Cabe reseñar, que tal como incide Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016), *Sistema de derecho civil. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas* (vol. I), 13.ª ed., Madrid, Tecnos, p. 143, sostiene que para que se origine la jurisprudencia, «[...] es menester que existan, por lo menos, dos fallos o sentencias. No hay jurisprudencia cuando las afirmaciones se encuentran contenidas en una única sentencia». Además, tal como señala O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia*, op. cit., p. 24, es preciso que «la doctrina haya sido establecida como fundamento del fallo, no incidentemente «obiter dicta»». Por tanto, al existir dos sentencias del Tribunal Supremo (STS 226/2020 de 1 de julio, y STS de 14 de octubre), con una sustancial analogía entre los hechos de las sentencias, y no tratándose de consideraciones o argumentaciones incidentales, sino que por el contrario ser la *ratio decidendi* de las sentencias, debemos entender que esta decisión es la nueva doctrina jurisprudencial. Se mantendrá inalterada mientras que el Tribunal Supremo no varíe su propia jurisprudencia.

de la doctrina jurisprudencial consolidada⁸⁰. Así pues, el Tribunal Supremo ha interpretado de forma constante, desde la entrada en vigor de la LCA, que el legislador no cuantifica la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo y sobre el límite indemnizatorio el juez puede reducir la cuantía indemnizatoria, moderándola en atención a las circunstancias del caso concreto y a las pruebas practicadas.

3. El Impuesto sobre el Valor Añadido y el cálculo sobre beneficios brutos o netos en la indemnización por clientela

En el supuesto analizado resulta controvertido si debe repercutirse el IVA sobre la cuantía resultante de la indemnización por clientela. Concretamente, el actor solicitó en su demanda la condena al pago del IVA respecto de la indemnización clientela —y también de las comisiones debidas—. En primera instancia se estimó la petición del agente respecto de la repercusión del impuesto. El juzgador entendió que la indemnización por clientela del art. 28 LCA tiene la naturaleza de una contraprestación o compensación por prestación de servicios y, en consecuencia, el IVA debía repercutirse sobre la indemnización resultante.

Ante este planteamiento, la Audiencia Provincial de León adoptó una solución distinta con fundamento en la STS 206/2015, de 3 de junio de 2015. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no consideró la indemnización por clientela como una retribución diferida de prestaciones futuras, sino que, por el contrario, indicó que esta tiene la naturaleza de una compensación legal por aquellos servicios ya prestados por el agente⁸¹. Este criterio adoptado en segunda instancia fue acogido en su integridad por el Tribunal Supremo, siendo firme el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en relación con este extremo.

A la luz de las cuestiones apuntadas hasta aquí, la última cuestión objeto de análisis versa sobre si la indemnización por clientela del agente debe calcularse sobre los beneficios brutos o netos. Han sido muy reducidos los casos en los que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. Sin embargo, parece ser un criterio jurisprudencial constante hasta el momento que no puede computarse sobre el beneficio neto percibido por el agente por la prestación realizada, sino en atención a la cuantía que realmente es abonada al agente por la actividad que desarrolla a favor del empresario principal. Esto es así, ya que los beneficios netos no determinan la efectiva remuneración del agente⁸².

⁸⁰ En este sentido podemos encontrar, entre muchas otras: STS 346/2009, de 20 de mayo, FJ 2º; STS 868/2010, de 10 de enero de 2011, FJ 4º; STS 206/2015, de 3 de junio, FJ 3º; STS 404/2015, de 9 de julio, FJ 2º; STS 341/2012, de 31 de mayo, FJ Único; STS 1029/2003, de 4 de noviembre, FJ 2º; STS 622/2003, de 26 de junio de 2003, FJ 5º; STS 360/2000, de 26 de abril de 2002, FJ 5º.

⁸¹ Adoptando el criterio seguido por la STS 558/2014, de 21 de octubre, FJ 2º; STS 803/2012, de 15 de enero 2013, FJ 2º.

⁸² AATS Roj: 986/2016, de 3 de febrero, FJ 3º.

El Alto Tribunal entiende que la LCA trata del mismo modo el artículo 18 LCA, puesto que, en principio —y salvo pacto expreso en sentido contrario por las partes—, el agente carece del derecho al reembolso de aquellos gastos en los que el empresario independiente hubiese incurrido en el ejercicio de su actividad⁸³. Por tanto, y en atención a lo expuesto, debemos rechazar la idea de calcular la indemnización tomando como base el beneficio neto obtenido por el agente. Por el contrario, deberán computar los ingresos brutos, puesto que son estos los que representan la efectiva remuneración del agente.

IV. CONCLUSIONES

1. El contrato de agencia constituye para el empresario un mecanismo útil para introducir sus productos o servicios en zonas o territorios no explotados. Si bien es cierto que tanto el principal como el agente son empresarios independientes con una estructura propia y diferenciada, resulta oportuno dotar a esta relación jurídica de una normativa imperativa que proteja a los agentes de abusos que pudieran cometer los empresarios y, en especial, en el momento de la extinción del contrato de agencia, por encontrarse estos en una situación de inferioridad en la negociación de las estipulaciones contenidas en el referido negocio jurídico.

2. Así pues, la indemnización por clientela tiene la vocación de tutelar al agente en el momento de extinción del contrato. De este modo, el carácter imperativo de la LCA se proyecta sobre la indemnización por clientela a fin de proteger la posición del agente ante los excesos que pudiera cometer el empresario principal al finalizar la relación contractual. Esto supone que el sistema indemnizatorio previsto en el artículo 28 LCA únicamente se puede alterar mediante la autonomía de la voluntad de las partes, siempre y cuando se efectúe en beneficio del agente.

3. Por consiguiente, las partes tienen vetado, antes del vencimiento del contrato, cualquier acuerdo que impida la posibilidad de que el agente pueda llegar a percibir el límite máximo indemnizatorio previsto en el art. 28.3 LCA. Ahora bien, esta imperatividad no opera frente al juzgador, dado que el legislador en el apartado 3 del art. 28 LCA no cuantifica la indemnización por clientela ni establece los parámetros para ello, sino que se limita a establecer un tope máximo.

4. Por tanto, el juzgador, puede —y debe— tomar en consideración la equidad, no solo para determinar la procedencia de la indemnización por clientela prevista en el art. 28.1 LCA, sino también para fijar su importe concreto, respetando en todo caso el límite legal contenido en el 28.3 LCA. De este modo, una vez calculada la indemnización, esta deberá reducirse, teniendo en cuenta la pérdida probable de la clientela que el agente cede al empresario al finalizar el contrato, debido a la reducción del número de clientes por su movilidad geográfica, así como

⁸³ STS 206/2015, de 3 de junio, FJ 3º y FJ 4º.

por el pago anticipado que recibe el agente de la indemnización⁸⁴. Por su parte, el empresario principal recuperará esa indemnización con la solicitud de aquellos pedidos que la clientela le requiera en el futuro.

5. En consecuencia, el máximo indemnizatorio previsto en el artículo 28.3 LCA y que puede otorgar el juzgador en atención a las circunstancias fácticas concretas del asunto que es sometido a su deliberación es en realidad factor de corrección de la indemnización final. De este modo, si la indemnización que le corresponde al agente es inferior a la media anual de los últimos cinco años —o, durante todo el período de duración del contrato, si este fuese inferior—, se otorgará esa cuantía indemnizatoria. Si, por el contrario, esta última superase el máximo previsto en el art. 28.3 LCA, se reduciría hasta el máximo legal que el precepto prevé. Es por esta causa que resulta inusual que el agente perciba el tope indemnizatorio, a no ser que este hubiera captado y aportado al empresario principal al finalizar el contrato la totalidad o la mayoría de los clientes de los que se sirve el empresario principal⁸⁵.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y APARICIO GONZÁLEZ M. L., *Curso de derecho mercantil* (T. II), 2.ª ed., Navarra, Civitas, 2007.
- ÁLVAREZ DíEZ, M., «El Tribunal Supremo introduce confusión en la cuestión sobre el cálculo de la indemnización por clientela a favor del agente», *Diario La Ley*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, n.º 9777.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Sentencia de 27 de junio de 2013. Imperatividad de la indemnización por clientela en el contrato de la agencia», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2014, n.º 94, pp. 391-406.
- ARROYO VENDRELL, T., «Sentencia de 22 de febrero de 2010: Contrato de distribución sin pacto de exclusiva. Resolución del contrato de distribución por decisión unilateral del principal. Derecho del distribuidor al pago de la indemnización por clientela y aplicación por analogía del art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Cálculo de la indemnización por clientela a razón del margen de beneficio obtenido por el distribuidor con la reventa y no por el contrario, a razón del descuento concedido por el principal al distribuidor sobre el precio

⁸⁴ BAR, V. C., CLIVE, E., y SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2009, p. 1075.

⁸⁵ En idéntico sentido, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informe sobre la aplicación del artículo 17...*, op. cit., p. 4.

- del producto», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2010, n.º 84, pp. 1817-1832.
- ATAZ LÓPEZ, J., «Aplicación de las normas jurídicas. Artículo 3», en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil: tomo I (Arts. 1 a 151)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 122.
- BAR, V. C., CLIVE, E., y SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., «El contrato de agencia», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), *Contratos mercantiles*, 6.ª ed., Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2017.
- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil* (vol. II), 24.ª ed., Madrid, Tecnos, 2017.
- CASADO ROMÁN, J., «La indemnización por clientela en el contrato de agencia», *Actualidad civil*, Madrid, Wolters Kluwer, 2017, n.º 9, pp. 108-115.
- CLEMENTE MEORO, M., «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2011, año LXV, n.º 2131.
- DANIELA PARJOLEA, A., «Sentencia de 8 de octubre de 2010. Indemnización por clientela; nulidad de la cláusula de cuantificación de la indemnización; prohibición de toda cláusula que impide al agente llegar a la indemnización máxima prevista legalmente», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2011, vol. 12, n.º 87, pp. 1565-1584.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas* (vol. I), 13.ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.
- JIMÉNEZ MANCHA, J., «Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato de agencia: análisis jurisprudencial y crítico», *Revista de derecho privado*, Madrid, Reus, 2004, vol. 6, n.º 88, pp. 787-820.
- LLOBREGAT HURTADO, M., *El contrato de agencia mercantil*, Barcelona, Bosch, 1994.
- MARÍN HITA, L., «Sentencia de 31 de mayo de 2012. Contrata de agencia: Indemnización por clientela y criterios para su determinación. Obligado a su pago tras cesión del contrato», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2013, n.º 91, pp. 303-318.

MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, Civitas, 1995.

MARTÍNEZ SANZ, F., PALAU RAMÍREZ, F., y MONTEAGUDO MONEDERO, M., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, Civitas, 2000.

MERCADAL VIDAL, M., *El contrato de agencia mercantil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.

—, «Sentencia de 31 de diciembre de 1997. Contrato de agencia. Resolución por el principal sin haber mediado incumplimiento del agente. Omisión del plazo de preaviso pactado; procedencia de la indemnización por lucro cesante. Improcedencia de la indemnización por inversiones no amortizadas. Procedencia de la indemnización por clientela. Inaplicabilidad de la Ley sobre Contrato de Agencia por razón del momento en que tuvo lugar la celebración del contrato», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 1998, n.º 47, pp. 629-638.

MONTÉS PENADÉS, V. L., «Tomo XV, Vol 1º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil comentado y con jurisprudencia*. 10.^a ed. Madrid, Wolters Kluwer-La Ley, 2021.

ORTEGA PRIETO, E., *El contrato de agencia, la nueva normativa aplicable a los agentes comerciales y representantes de comercio*, Bilbao, Ediciones Deusto, 1993.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. A., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», en AA. VV., *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1998.

SORIA FERRANDO, J., *El agente de comercio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

VAQUERO PINTO, M. J., «Compensación por clientela», en CARBAJO CASCÓN, F. (dir.), *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo: repercusiones en el derecho español y la práctica contractual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

VÁZQUEZ ALBERT, D., «Efectos patrimoniales de la terminación de los contratos de distribución», en VÁZQUEZ ALBERT, D. (dir.), *Los contratos de distribución comercial. Novedades legislativas y jurisprudenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil* (vol. I), 23.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

Sentencias

STS 360/2000, de 26 de abril de 2002.

STS 19/2003, de 27 de enero.

STS 328/2003, de 7 de abril.

STS 622/2003, 26 de junio.

STS 1029/2003, de 4 de noviembre.

STS 343/2004, de 30 de abril.

STS 830/2009, de 4 de enero.

STS 346/2009, de 20 de mayo.

STS 868/2010, de 10 de enero.

STS 868/2010, de 10 de enero de 2011.

STS 341/2012, de 31 de mayo.

STS 803/2012, de 15 de enero 2013.

STS 511/2013, de 18 de julio.

STS 558/2014, de 21 de octubre.

STS 206/2015, de 3 de junio.

STS 404/2015, de 9 de julio.

STS 226/2020, de 1 de junio.

STS 528/2020, de 14 octubre.

Autos

AATS Roj: 986/2016, de 3 de febrero.

ATS Roj:1636/2017, de 1 de marzo.

ATS Roj: 3264/2018, de 4 abril.

Audiencia Provincial

SAP Córdoba 3/2002 (sección 1ª), de 8 de enero.

SAP Alicante 386/2009 (sección 8ª), de 15 de octubre.

SAP Madrid 452/2015 (sección 9ª), de 29 de octubre.

SAP Palencia 31/2017 (sección 1ª), de 7 de febrero.

SAP León 228/2017 (sección 1ª), de 7 de junio.

SAP Cádiz 316/2017 (sección 2ª), de 8 noviembre.

SAP Valencia 141/2020 (sección 8ª), de 9 de marzo.

SAP Sevilla 247/2018 (sección 6ª), de 19 de julio.

SAP Pontevedra 427/2018 (sección 6ª), de 28 de septiembre,

SAP Vizcaya 731/2018 (sección 3ª), de 29 de noviembre.

SAP Navarra 616/2018 (sección 3ª), de 14 de diciembre.

SAP Castellón 500/2018 (sección 3ª), de 28 de diciembre.

Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE, de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98.

STJUE, de 23 de marzo de 2006, asunto C-465/04.

STJUE, de 26 de marzo de 2009, asunto C-348/07.

*(Trabajo recibido el 19/04/2022
y aceptado para su publicación el 02/05/2022)*

PRÁCTICA JURÍDICA

INTERVENCIÓN DE PRÉSTAMOS FORMALIZADOS EN PÓLIZA Y LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

JUAN PÉREZ HEREZA
JORGE PRADES LÓPEZ

Notarios de Madrid

RESUMEN

En este trabajo se abordan las principales cuestiones que en la práctica está planteando la intervención notarial de las pólizas en aquellos casos en los que nos encontramos antes un contrato sujeto a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. A tal fin, los autores tratan tanto cuestiones relativas al ámbito de aplicación de la citada ley, como al régimen jurídico de los contratos sujetos a la misma y a los deberes del notario en la intervención de este tipo de pólizas, dedicando un último epígrafe al clausulado específico a incluir en las mismas.

Palabras clave: contrato de crédito inmobiliario, intervención notarial, ámbito de aplicación, póliza, clausulado.

INTERVENTION OF POLICY LOANS AND THE LAW REGULATING REAL ESTATE CREDIT CONTRACTS

JUAN PÉREZ HEREZA
JORGE PRADES LÓPEZ

Notaries Public in Madrid

ABSTRACT

This work deals with the main questions which in practice are being raised by the notary's intervention of policies in those cases in which we find ourselves before a contract subject to Law 5/2019, of 15 March, regulating real estate credit contracts. To this end, the authors deal with questions relating to the scope of application of the aforementioned law, as well as the legal regime of the contracts subject to the same and the duties of the notary in the intervention of this type of policy, dedicating a final section to the specific clauses to be included in the same.

Keywords: real estate credit contract, notary's intervention, scope of application, policy, clauses.

SUMARIO: I. LAS PÓLIZAS SUJETAS A LA LCCI: ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y OBJETIVO.— II. SU RÉGIMEN JURÍDICO.— III. MODELOS Y CUESTIONES PRÁCTICAS.

I. LAS PÓLIZAS SUJETAS A LA LCCI: ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO Y OBJETIVO

El artículo 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) regula el ámbito de aplicación estableciendo un primer elemento común delimitador: debe tratarse de un préstamo o crédito¹ en el que el prestatario o acreditado, fiador o garante sea persona física y el prestamista realice la actividad de manera profesional, sea persona física o jurídica. Partiendo de lo anterior la ley se aplica:

a) Los préstamos garantizados con hipoteca u otra garantía real constituida sobre un inmueble de carácter residencial.

b) Los préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Este ámbito de aplicación hace posible que quede sujeto a la LCCI un préstamo o crédito personal formalizado en póliza cuya problemática trataremos de abordar, desde una perspectiva puramente práctica, en el presente artículo. También pueden quedar dentro del ámbito de la ley las pólizas en las que se formalice la constitución de garantías (normalmente, prendas) distintas de la hipoteca inmobiliaria, siempre que el garante sea una persona física, normalmente consumidor².

¹ El artículo 4 LCCI define en términos amplios el contrato de préstamo, incluyendo en el ámbito de aplicación del artículo 2, cualquier forma de pago aplazado, crédito u otra facilidad de pago similar. Esta definición extensiva puede plantear la aplicación a de la LCCI a contratos distintos de préstamo y crédito (v. gr. aplazamientos concedidos por el promotor al vender), pero difícilmente se formalizarán en póliza intervenida notarialmente.

² La condición de consumidor no será exigible cuando se trate de una garantía adicional a la hipoteca inmobiliaria porque, en ese caso, el préstamo queda sujeto a la ley por la intervención de una persona física sea o no consumidor por aplicación del artículo 2.1 a).

En primer lugar, procede concretar aún más el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo para determinar **qué contratos formalizados en póliza quedarán sujetos al ámbito de aplicación de la ley**.

La ley solo es aplicable a préstamos y créditos concedidos a personas físicas o garantizados por ellas. Tratándose de financiación sin garantía hipotecaria, que es la que se formaliza en póliza, juega una limitación subjetiva adicional: el prestatario, fiador y garante debe ser consumidor. La LCCI no contiene un concepto de consumidor que podemos encontrar en el artículo 1.1 *in fine* de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, según el cual «*Tienen la consideración de consumidores las personas físicas y jurídicas que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional*». Conviene recordar que es «consumidor» la persona física con ánimo inversor que actúa al margen de su actividad empresarial o profesional (SSTS 16 de enero de 2017, 15 de febrero de 2017 y 11 de octubre de 2017). Por ello es indiferente la finalidad a la que se destinará el inmueble adquirido, ya sea uso propio o ajeno, incluso bajo el régimen de arrendamiento, ya que nuestro legislador no se ha hecho eco de la exclusión permitida en el artículo 3.3 b) de la Directiva, según el cual, los Estados pueden excluir de la aplicación de la presente Directiva a los contratos de crédito para la adquisición de un bien inmueble que estipulen que el bien no puede ser ocupado en ningún momento como vivienda u otro tipo de residencia por el consumidor o por un miembro de su familia, y que va a ser ocupado como vivienda u otro tipo de residencia sobre la base de un contrato de alquiler.

Para el caso de préstamos conferidos a sociedades y afianzados por persona física socio o administrador de las mismas, la vinculación funcional excluye la condición de consumidor, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia comunitaria³. En este caso, no es invocable la doctrina de la DGSJFP (contenida en Resolución de 5 de diciembre de 2019 y otras) que sometió a la LCCI préstamos hipotecarios a sociedades afianzados por el administrador porque precisamente en el apartado a) del artículo 2.1 no se exige que el garante tenga la condición de consumidor.

Finalmente, puede plantear problemas el préstamo cuya finalidad sea parcialmente cubrir necesidades empresariales o profesionales y en otra parte necesidades

³ Al respecto de la inclusión dentro del ámbito de la LCCI del préstamo empresarial con persona física conviene tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, cristalizada en el auto de 14.11.2016 (asunto C-534/15) —el cual encuentra su precedente en el auto de 19.11.2015 (asunto C-74/15)— que opta por eliminar la vinculación entre el contrato principal y el fiador que lo garantiza, de manera que el fiador persona física será consumidor «cuando [...] actúe[n] con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca[n] de vínculos funcionales con la citada sociedad». Entre los vínculos funcionales, se encuentran «la gerencia de la [sociedad] o una participación significativa en su capital social».

inmobiliarias. Siguiendo el mismo criterio sentado para deslindar el préstamo de consumo del empresarial o profesional⁴, habrá que atender a la finalidad principal.

Menos dudas suscita el concepto de prestamista profesional, al menos en el ámbito de las pólizas, ya que, por definición, solo puede utilizarse esta forma documental cuando se trata de contratos que forman parte del tráfico habitual de una de las partes, en este caso necesariamente el acreedor (artículo 144 del Reglamento Notarial).

Pasando al examen de los presupuestos objetivos, las mayores dudas se sitúan en la interpretación del artículo 2.1b), que delimita la aplicación de la ley por la finalidad del préstamo, con independencia de la existencia o no de garantía. La cuestión fundamental es determinar si por préstamo inmobiliario debe entenderse el que tiene por finalidad adquirir cualquier inmueble o solo los inmuebles de carácter residencial. Existen numerosos argumentos a favor de una y otra solución⁵. Nos inclinamos por la interpretación más restrictiva porque es la que parece más coherente, pero hay que reconocer que no es la que ha seguido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, primero en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019, donde optó por la solución más amplia, incluyendo los préstamos para la adquisición de todo tipo de inmuebles (v. gr., la resolución de 27 de julio de 2020, entre otras).

Sin embargo, frente a la interpretación extensiva, el Centro Directivo ha optado por restringir el ámbito de aplicación de la LCCI, tratándose de préstamos personales formalizados en póliza, a aquellos que tienen por finalidad la adquisición de inmuebles, excluyendo los de finalidad conservativa o rehabilitadora⁶.

⁴ Después de que se plantearan ciertas dudas, esta cuestión ha sido resuelta finalmente por el TS, que ha optado por el criterio del objeto o fin predominante. Con arreglo a este criterio, el contratante que destina su importe a satisfacer necesidades personales y empresariales o profesionales deberá ser considerado consumidor si el objeto empresarial o profesional no predomina en el contexto general del contrato.

⁵ A favor de la solución más amplia está el tenor literal de la ley y la consideración de que el legislador español puede establecer un ámbito de aplicación más amplio que la Directiva en esta cuestión (como lo ha hecho en el ámbito subjetivo para extender el régimen a todas las personas físicas). A favor de la limitación al ámbito de los inmuebles de carácter residencial estaría la Directiva comunitaria que hace profesión de su opción en el propio título y en el régimen de posibles excepciones y que, sin embargo, utiliza una literalidad idéntica a la de la ley española sin que nadie en el ámbito europeo se haya planteado la extensión del régimen a los inmuebles no residenciales. También obra en favor de la tesis restrictiva la Exposición de Motivos de la LCCI y la literalidad de los artículos 24 y 25 LCI, 129 bis LH y 693 LEC.

⁶ En este sentido, la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 señala que: «Cuestión distinta es si el préstamo personal dirigido a realizar obras de conservación o mejora de la finca también quedaría sujeto a la Ley 5/2019. A la vista del tenor literal de los dos artículos arriba citados, esa sujeción parece excluida, puesto que «adquirir o conservar derechos de propiedad» parece distinto de conservar la cosa objeto de la propiedad. Por lo demás, la propia Directiva 2014/17/UE sustenta claramente esa conclusión, ya que, como señala su considerando 18, esos contratos de crédito no garantizados, cuando su importe sea superior a 75.000 euros deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, recibiendo el nivel de protección previsto en dicha Directiva, y evitando el vacío regulatorio entre ambas. Y

Para terminar con la delimitación del ámbito de aplicación conviene referirse a dos cuestiones adicionales:

1.^a) *Las novaciones.* Con respecto a las mismas parece haberse impuesto la interpretación literal y rigurosa de la DT 1^{a7} para sujetar a la LCCI toda novación, incluso aquella que consista en una modificación que supone una mejora objetiva para el deudor (v. gr., cuando se limita a reducir el diferencial o eliminar una comisión). La Instrucción citada de la DGSJFP sienta este criterio con el argumento de que la LCCI no hace distinción alguna, pero pronto se ha visto que esta extensión del ámbito de aplicación de la ley es excesiva y cuando se ha tenido que proceder a efectuar novaciones en masa con motivo de la epidemia, no solo se ha prescindido de la aplicación de la LCCI, sino de la propia comparecencia del deudor en la escritura de novación cuyo contenido estaba prácticamente predeterminado por la ley (Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo).

2.^a) *Presupuesto de sujeción a la LCCI, que se trate de un préstamo sujeto al ordenamiento jurídico español.* Tratándose de préstamos hipotecarios, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (a nuestro juicio de forma equivocada, ignorando el carácter accesorio de la hipoteca con respecto del préstamo) ha considerado que la constitución de la hipoteca sobre un inmueble sito en España atrae todo el préstamo a la legislación española sometiéndolo a la LCCI. Pero esta doctrina no puede extenderse al préstamo personal por el hecho de que se formalice en póliza intervenida por notario español. Si el préstamo está sujeto al derecho extranjero por aplicación a las normas de derecho internacional privado (singularmente habrá que atender al lugar de residencia habitual del prestatario si

por ello, en su art. 46 modificará la Directiva 2008/48/CE, a cuyo artículo 2 añade un apartado 2 bis, que establece que «no obstante lo dispuesto en el apartado 2, letra c), la presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros». Resulta claro por tanto que la Directiva 2014/17/UE no exige proporcionar la protección que en ella se regula a los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas (aunque tampoco lo excluiría, puesto que para los estados miembros es posible extender su nivel de protección a otros supuestos), sino que ha optado por dotar a los mismos del régimen de protección establecido para los contratos de crédito al consumo en general. Por consiguiente, no imponiendo la Directiva de 2014 la obligación de proteger los préstamos personales para rehabilitación de viviendas de acuerdo con sus estándares, y no entrando ese supuesto en la letra de la Ley 5/2019 (cuyo artículo 2.1.b coincide por lo demás, como se ha visto, con el 3.1.b de la Directiva), parece claro que las pólizas de los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas no se encuentran incluidas dentro de su ámbito y en ningún caso requieren el otorgamiento del acta previa. No obstante, en ocasiones pueden presentarse circunstancias especiales que obliguen a interpretar otra cosa: Ocurrirá así, por ejemplo, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda: en este supuesto, la finalidad económica de la total operación será finalmente adquirir la vivienda en estado que la haga habitable, por lo que todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como la destinada a la rehabilitación, deben recibir una consideración unitaria, sujetándose el mismo a la Ley 5/2019».

⁷ La disposición transitoria primera establece en su segundo párrafo que «el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente».

es consumidor), habrá que atender las normativa extranjera que sea aplicable en materia de protección de consumidores y no a la LCCI⁸.

Apuntados los problemas sustantivos, queda la cuestión de su acreditación al notario. La casi imposible prueba documental de los presupuestos apuntados obligará en la práctica a estar a lo manifestado por las partes siempre que no exista un elemento que lo contradiga.

II. SU RÉGIMEN JURÍDICO

Sujeto el contrato a la LCCI, serán aplicables todos los preceptos que, con respecto a su contenido, establece aquella. Así, no podrá incorporar clausula suelo (art. 21), el tipo de demora será el resultado de adicionar tres puntos al interés remuneratorio (art. 25)⁹, el vencimiento anticipado por impago vendrá determinado por lo establecido en el artículo 24 y los gastos de formalización en póliza deberán ser asumidos por la entidad acreedora (art. 14).

Puede plantear algún problema el préstamo mixto en sentido subjetivo, cuando existen personas físicas y jurídicas en las distintas posiciones contractuales pasivas o, siendo todas personas físicas, algunas tienen la consideración de consumidores y otras no. La duda que entonces surge es si la presencia de una persona física consumidora en una cualquiera de esas posiciones arrastra la aplicación de la LCCI a todo el bloque formado por el contrato principal y el contrato de garantía, y por aquí, a todos los intervinientes, incluidas las personas jurídicas y físicas empresarios o profesionales que actúen en el ámbito de su actividad. La solución más razonable (patrocinada por la —entonces— DGRN en su Instrucción de diciembre de 2019) es permitir el desdoblamiento del régimen jurídico, de tal forma que la LCCI operaría únicamente en lo relativo a las relaciones entre el acreedor y la persona física consumidora (sea esta deudora, fiadora o hipotecante), mientras que la protección que la ley dispensa no alcanzaría a la persona jurídica y a los empresarios o profesionales. Evidentemente, es sencillo con respecto a determinadas situaciones y normas (v. gr., si la persona física consumidora es fiadora, está claro que los límites imperativos en cuanto al interés de demora, gastos o vencimiento anticipado pueden operar solo respecto de él y estipularse un régimen distinto para

⁸ Es difícil plantearse en qué caso podrá tener lugar la formalización de este tipo de préstamos ante notario español, pero sí puede darse el caso tratándose de la constitución de garantías (v. gr., pignoración de valores o saldos depositados en entidades domiciliadas en España).

⁹ Dada la imperatividad de la norma parece que no podrá pactarse un tipo inferior de demora o la ausencia de interés de demora alguno, pues estamos ante un efecto automático derivado de la ley. La única libertad que quedaría para el acreedor sería optar por reclamar o no unos intereses ya devengados. Esta es la doctrina, a nuestro juicio equivocada, que ha seguido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en resolución de 19 diciembre de 2019 (seguida por otras como la de 28 de enero de 2020), según la cual, no cabe pactar un interés de demora que altere la norma legal imperativa contenida en el artículo 25 de la LCCI, aunque el pacto sea en beneficio del deudor. Curioso resultado el que produce una norma protectora del consumidor que termina perjudicándole, por lo que defendemos la posibilidad, en este caso, de intervenir la póliza aún con la debida advertencia.

el deudor no consumidor o persona jurídica, puesto que el fiador puede obligarse a menos que el deudor principal). En otras ocasiones no será tan sencillo el deslinde (v. gr., el caso de deudor persona físicas consumidoras y fiador persona jurídica) y la aplicación de la LCCI respecto de la persona física beneficiará también a la persona jurídica. Y, por encima de estas posibilidades teóricas, cabe señalar que, en la práctica, nos encontramos con una tendencia expansiva de la LCCI con arreglo a la cual la presencia de una persona física en cualquiera de las partes del contrato suele conllevar la aplicación en bloque de toda la ley.

Dejamos para el final la cuestión que, en un primer momento, fue más debatida, en gran parte por ser su solución la más urgente. Presupuesta la aplicación del régimen de transparencia impuesto para las entidades acreedoras en el artículo 14 de la LCCI a los préstamos formalizados en póliza, ¿es aplicable en estos casos el requisito del acta notarial de información precontractual teniendo en cuenta la dicción literal de los artículos 14, 15 y 22 LCCI que reiteradamente se refieren a la escritura?

La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de diciembre de 2019 dio respuesta en sentido negativo a esta pregunta al expresar que «... *no parece obligado en tal supuesto el otorgamiento del acta previa informativa ante el notario, según se desprende con claridad del tenor literal de la norma. El art. 15, en su segundo párrafo, dispone que todo ello se hará constar “en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario”, lo que limita el ámbito de dicho acta a las operaciones de préstamo hipotecario. Y, en la misma línea, el art. 22.2 establece que “en la contratación de préstamos regulados por esta Ley, el notario no autorizará la escritura pública si no se hubiere otorgado el acta prevista en el artículo 15.3”, sin hacer referencia alguna a la póliza de un préstamo personal, ni menos aún al préstamo personal firmado en documento privado, cualquiera que sea su formato, sin acudir a la póliza notarial. A mayor abundamiento, el art. 14.1 g) al hacer referencia a la obligación del prestatario de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario se limita al supuesto en que “esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública” y que el asesoramiento lo preste el notario “que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública contrato de préstamo”. Y análogamente, la disposición final sexta modifica la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadiendo un supuesto de infracción muy grave por los notarios entre los incluidos en su art. 43, que queda concretado en “el incumplimiento del período de información precontractual obligatorio previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial y de levantar el acta previa a su formalización en los términos previstos en la Ley”».*

Y fijado el régimen sustantivo, se plantea de nuevo el tema de la comprobación del cumplimiento de los requisitos de transparencia por parte del notario. No siendo aplicable el artículo 15 LCCI, la situación parece reconducirnos al régimen de los préstamos hipotecarios en la época anterior a la LCCI. Parece claro que el notario deberá recabar la manifestación del prestatario de haber recibido la documentación precontractual con la antelación legalmente prevista.

Es más dudoso resolver si el notario debe efectuar alguna comprobación adicional exigiendo la documentación precontractual entregada al prestatario para verificar su existencia y cotejarla con el contenido del préstamo para verificar su identidad. Así lo exigían las sucesivas Ordenes de Transparencia de 1994 y 2011, lo que generó la costumbre de incorporar a las escrituras de préstamo las ofertas vinculantes (luego llamadas FIPER). ¿Debe actuarse de la misma forma en las pólizas?

Ante el silencio legal no es exigible ni la comprobación y menos aún la incorporación (que sería una práctica alejada de la usual en las pólizas). Cuestión distinta es que pueda ser requerida por las partes, como también lo puede ser el acta para mayor seguridad de la entidad a la hora de probar el cumplimiento de sus obligaciones.

III. MODELOS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

Sentado lo anterior, cabe hacer algunas consideraciones prácticas para la intervención de pólizas mercantiles de préstamo o crédito en las que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física consumidora, es decir, pólizas en las que intervenga como prestatario, fiador o garante una persona física que esté actuando en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional.

El hecho de que, como se ha expuesto anteriormente, el criterio de la Dirección General, en la referida Instrucción de 20 de diciembre de 2019, haya sido el de excluir para las pólizas sujetas a la LCCI la obligación de autorizar el acta previa de transparencia no excluye, en el marco de las obligaciones que competen al notario y pese a la dificultad objetiva que ello pueda comportar, que este recabe de las partes intervinientes la información pertinente para conocer si la operación concreta que se somete a su intervención, por sus circunstancias subjetivas y objetivas, está o no sujeta a dicha LCCI. Solo entonces, una vez aclarado dicho extremo y determinado por tanto el régimen jurídico aplicable a la operación, el notario podrá llevar a cabo el juicio de legalidad y el asesoramiento que le compete de forma congruente.

Si en la póliza a intervenir con persona física consumidora, como es habitual, no se establece la finalidad del préstamo o crédito, serán los intervinientes quienes han de manifestar tal extremo. En el supuesto de que, por su finalidad, y a resultas de las manifestaciones de los intervinientes, resulte que el préstamo o crédito no esté incluido en el ámbito de aplicación de la LCCI, podría incorporarse, bien en el cuerpo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

«Según manifiestan los intervinientes, bajo su responsabilidad, la finalidad del préstamo objeto de la presente operación no está incluida en el ámbito de apli-

cación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario, haciendo yo, el notario, las oportunas advertencias».

Si su finalidad es inmobiliaria, pero de mera conservación o rehabilitación de un inmueble, ya propiedad de la parte prestataria en su totalidad, podría entonces incorporarse, bien en el cuerpo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

«Los intervinientes, a los efectos y de conformidad con lo previsto en la Instrucción de 20 de diciembre de 2019 de la DGRN. sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, manifiestan, bajo su responsabilidad, que la finalidad del préstamo objeto de la presente operación, es decir, la rehabilitación de una vivienda que ya es propiedad de la parte prestataria en su totalidad, no está incluida en el ámbito de aplicación de la citada Ley, haciendo yo, el notario, las oportunas advertencias».

Debe recordarse que si el préstamo se solicita para adquirir y rehabilitar, la reiterada Instrucción de 20 de diciembre de 2019 interpreta que la «finalidad económica de la total operación será finalmente adquirir la vivienda en estado que la haga habitable, por lo que todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como la destinada a la rehabilitación, deben recibir una consideración unitaria, sujetándose el mismo a la ley 5/2019».

En el caso de préstamos inmobiliarios conferidos a sociedades y afianzados por persona física socio o administrador de las mismas, la vinculación funcional, como se ha detallado anteriormente, excluye la condición de consumidor de dicha persona física y por tanto la sujeción de la operación a la propia LCCI. En este caso podría incorporarse, bien en el cuerpo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

*«Manifiesta el fiador *, bajo su responsabilidad, que en la póliza objeto de la presente actúa con un propósito empresarial y que tiene vínculos funcionales con la parte prestataria toda vez que es socio y administrador único de la sociedad prestataria “*, S.L.”, por lo que su condición en la presente financiación destinada a la adquisición de un inmueble para su explotación empresarial es de NO CONSUMIDOR, sin que le sea por tanto de aplicación el contenido de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, extremo todos ellos que expresamente ratifica el aquí interviniente en su calidad de administrador de la sociedad prestataria, haciendo yo, el notario, las oportunas advertencias».*

En el caso de que la póliza a intervenir, por razón de su elementos subjetivos y objetivos, esté sujeta al régimen jurídico de la LCCI, el notario, en razón del principio de legalidad, ha de verificar que las cláusulas de la póliza, al menos en lo que al consumidor persona física se refiere, se ajustan estrictamente a lo previsto por dicha norma. Caben aquí diferentes escenarios.

Existe la posibilidad de que se formalice una prenda mobiliaria en póliza que se añada a la garantía hipotecaria formalizada en escritura. En estos casos, en la diligencia de intervención se hará constar el acta de información precontractual que se habrá otorgado.

En otras ocasiones, aún sin ser obligatorio, algunas entidades bancarias optan, con la justa y legítima finalidad de lograr la mayor seguridad jurídica, por introducir la operación en el sistema para la autorización de las actas de transparencia de préstamos hipotecarios para que el mismo notario al que se requiere la intervención de la póliza actúe en la fase precontractual, tal y como lo haría en una operación ordinaria con garantía hipotecaria, con la diferencia, en este caso, del devengo de aranceles, pues la gratuidad no parece que deba extenderse a las actas no obligatorias.

En estos casos podría incorporarse, bien en el cuerpo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

«Ha sido otorgada por la parte prestataria y pignorante* acta notarial de transparencia el día * con el número * de mi protocolo en los términos del artículo 15.2.a de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de la que resulta, bajo mi responsabilidad, que la parte prestataria* y pignorante* han recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en dicho artículo».*

En el caso de que existan garantías pignoraticias parece que será suficiente a los efectos de autorizar el acta de forma positiva que el proyecto de póliza las contemple de forma explícita, aunque no estén específicamente recogidas en la FEIN.

Más frecuente será el caso en que no se otorgue, por no ser obligatorio, acta previa de transparencia para una póliza sujeta a la LCCI que se someta a la intervención notarial. Como ha quedado expresado anteriormente, no cabe exigir al notario que compruebe, y menos aún incorpore, la documentación precontractual y personalizada prevista en la ley y mucho menos, por razones obvias, que aquel pueda dar fe de la recepción en plazo de la misma. Lo anterior no es óbice para que el notario, en su obligación de prestar el debido asesoramiento a las partes, en especial, al consumidor (no el asesoramiento específico del acta de transparencia contemplado *ex lege*, sino el general que corresponde a cualquier instrumento), recabe las oportunas manifestaciones de las partes y practique las actuaciones que considere pertinentes en atención al caso concreto. En este caso podría incorporarse, bien en el cuerpo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

*«La entidad financiera y el prestatario-pignorante * manifiestan expresamente, bajo su responsabilidad:*

(i) que la finalidad del préstamo objeto de la presente operación está incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario,

(ii) que la primera ha entregado y el segundo ha recibido, respectivamente, con una antelación de, al menos, diez días naturales respecto al día de hoy toda la información precontractual y personalizada prevista en el artículo 14.1 de dicha ley, así como las oportunas explicaciones de dicha entidad,

(iii) que la reseñada documentación me ha sido exhibida a mi, el notario, con la referida antelación, (OPCIONAL);

*(iv) que según resulta de dicha documentación, la vigencia de la FEIN se extiende hasta el *, (OPCIONAL);*

(v) que al no existir garantía hipotecaria no es preceptivo el otorgamiento del acta previa informativa».

En el caso frecuente de que el tipo de demora aplicable a la persona física consumidora sea +2% en lugar de +3% que, como se ha referido anteriormente, no admite, para la vigente doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, pacto en contrario, conviene advertir de dicha circunstancia expresamente, bien con motivo del otorgamiento del acta de transparencia, bien con motivo de la intervención de la póliza. En este segundo caso podría incorporarse, ya en el cuerpo de la póliza, ya en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

*«Yo, el notario, hago constar que, para la operación de préstamo * objeto de la presente, he prestado al prestatario-pignorante * el oportuno asesoramiento y, advertido, en relación al tipo de interés de demora pactado, del criterio que establece la Resolución de la DGRN, de fecha 19 de diciembre de 2019, señalando que las reglas relativas al interés de demora no admitirán pacto en contrario».*

La sustitución y/o modificación de las prendas ya constituidas en garantía de una operación sujeta a la LCCI previamente formalizada en póliza no parece que deba estar sujeta a dicha norma. En este caso podría incorporarse, bien en el cuerpo de anexo de la póliza, bien en la diligencia de su intervención, una cláusula con el siguiente contenido:

«Según manifiestan, la prenda sobrevenida a la obligación de préstamo principal y que es objeto de la presente cláusula no está en ningún caso incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito inmobiliario, haciendo yo, el notario, las oportunas advertencias».

*(Trabajo recibido el 03/06/2022
y aceptado para su publicación el 20/06/2022)*

RECENSIONES

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA COMERCIALIZACIÓN A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS A CONSUMIDORES

Autor: Joaquín José NOVAL LAMAS
Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, 331 páginas

LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO

*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla*

I. Una vez leí —o, tal vez, escuché— que los libros nunca se terminan y que el autor solo puede optar entre arrojarlo al fuego purificador o bien entregarlo a la imprenta. La comunidad científica-universitaria puede y debe congratularse de que el doctor D. Joaquín José Noval Lamas, profesor asociado de Derecho Mercantil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, haya escogido la segunda posibilidad y, con ello, egoístamente, me conceda el placer y me otorgue el honor de recensionarlo.

II. Según enseña el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la recensión consiste en dar noticia o reseña de una obra literaria o científica. Voy a seguir fielmente la definición académica, puesto que mi propósito, en las páginas que siguen, es ofrecer a los lectores de la monografía una información crítica de sus principales rasgos distintivos.

III. Más antes de iniciar la labor estrictamente recensora, desearía dejar por escrito el contexto de la obra y el de la persona. Conocí al profesor, y abogado en ejercicio, Joaquín Noval, en el año 2009, en uno de esos congresos que, de cuando en vez, se celebran en Sevilla sobre nuestra especialidad, el Derecho Mercantil. Coincidimos en la mesa del ágape.

Comenté yo una impertinencia sobre el «mundo bancario», creo recordar aquella frase que sentencia que un «banco te da un paraguas cuando hace sol y te lo quita cuando llueve». Yo desconocía su cargo a la sazón (jefe de la Asesoría Jurídica de Cajasol). Cuando algún comensal me le comentó, sentí cierto rubor. Intenté, en

la medida de lo posible, disculparme. Joaquín me espetó: estoy sustancialmente de acuerdo con lo que has dicho.

Charlamos distendidamente esa noche. Recuerdo dos circunstancias; la primera: ese año se habían publicado los volúmenes que recogían toda la obra escrita del maestro Olivencia. Yo, que había participado en el proceso de publicación, no tenía los libros. Joaquín me dijo que disponía de «algún contacto» y que intentaría facilitarme la obra íntegra. En escasos quince días, llegó a mi domicilio; y la segunda: me comentó su interés y su ilusión por hacer una tesis doctoral, pero que esos momentos su ingente carga de trabajo se lo impedía. Yo aprecié, realmente, interés e ilusión en Joaquín y le animé a «embarcarse» en esa travesía. El camino fue largo, duro, empinado; fue una «carrera de fondo» y, como en todas estas carreras, hubo lugar para pequeños y frecuentes desfallecimientos, desánimos, dudas... pero si se tiene entre «ceja y ceja» llegar a «buen puerto», SE LLEGA y SE LLEGÓ.

No sé latín... entre otras tantísimas cosas. **Lo poco que aprendí** lo hice en 2.º de BUP —recuérdese el añorado, al menos para mí, Bachillerato Unificado Polivalente—, pero he retenido en la memoria algunas frases. Una de ellas es la que dice: *doctus sine opera, ut nubes est sine pluvia*». Lo que podría traducirse, más o menos, como «erudito o doctor sin obra, es como nube sin lluvia». Y el profesor doctor ya tiene obra, su primera obra de referencia que, indubitadamente, no será la última. Así lo deseo y espero.

IV. Para realizar esta recensión, honestamente he de confesar que no he leído todas las seiscientas noventa y seis (696) notas a pie de página contenidas en la monografía. Mas, de igual modo, con sinceridad, señalo que todas las leídas, muchas, ni son superfluas ni constituyen simples transcripciones doctrinales; la redacción de las notas otorga un *plus* de eficacia al libro y se revelan como un factor clave para su correcta comprensión e interpretación. Queda y quede escrito en mi descargo.

V. Para escribir este libro, que tengo el privilegio de recensionar, hay que saber mucho y bien, si se acepta la simplicidad de la expresión: mucha teoría, bien aplicada a las exigencias y necesidades de la eficaz y eficiente protección de los legítimos intereses y derechos de los consumidores en la comercialización a distancia de servicios financieros que se prestan en el mercado; solo aquel que disfruta de solidificados conocimientos teóricos está capacitado para escribir un profundo y útil libro como el presente.

VI. El libro es extenso y bueno: la primera de estas dos calificaciones es patente. Basta ver el libro para apreciar su volumen. La segunda es fruto de mayor esfuerzo: se requiere su lectura para concluir en ello. La bondad de la obra deriva de los, generalmente, acertados entendimiento y discusión que, de los temas de fondo y del alcance práctico y técnico del derecho de desistimiento, el autor demuestra, de modo especial, según mi criterio, en los capítulos seis a doce de la obra.

VII. La monografía que recensiono, si bien es cierto que es el resultado del *aggiornamento* de su tesis doctoral —que obtuvo, por cierto, la máxima calificación académica— no constituye solo su mera puesta al día. Antes al contrario, ha exigido un esfuerzo de profunda revisión de aquel trabajo inicial, al abordar el tema del derecho al desistimiento en la comercialización de servicios financieros a consumidores desde una dimensión global y comprensiva de todos los intereses en presencia, y no ya no solo de los consumidores, incorporando las importantes novedades introducidas en el Ordenamiento Jurídico español por mor de la flamante Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.

VIII. En suma, impecable exposición, profundo análisis y rigor bibliográfico son cualidades que adjetivan y adornan el excelso libro escrito por el profesor Noval Lamas, libro de otra parte, *abierto, no definitivo*. Intentaré explicarme y explicarlo.

Siempre he pensado que las buenas obras jurídicas deben dejar puertas francas, indicar otras vías de profundización, señalar otros caminos de investigación y que, consecuentemente, en este sentido habría que desconfiar de los libros «presuntamente cerrados y concluyentes», en la idea de que agotaban, en sí y por sí, el tema objeto de análisis y estudio. Nada más lejos en este caso: Joaquín Noval abre líneas de debates, plantea problemas de futuro, deja abiertas cuestiones latentes que exigirán nuevos y renovados esfuerzos doctrinales y, sobre todo, jurisprudenciales.

IX. La extensión del libro es justa y está justificada; el lector encontrará perfectamente estructurados los catorce (14) capítulos que lo integran —con sus correspondientes trescientas treinta y una (331) páginas—. En el inicio de la monografía, modestamente recomendando la lectura del lucido y lúcido prólogo, brillante prólogo, redactado por el profesor Dr. D. Agustín Madrid Parra, **catedrático de Derecho Mercantil** de la Universidad Pablo de Olavide, director y tutor de la tesis doctoral germen de aquella. En dicho prólogo se contiene una lograda sinopsis del alcance y de la relevancia práctica de la monografía.

X. En el capítulo 1 (pp. 19-24), en escasas pero enjundiosas páginas, el autor, precisa y concisamente, sienta los pilares sobre los que construye su libro; el derecho de desistimiento configurado como una especie de «doble cara» del dios Jano: como institución de defensa de los legítimos derechos e intereses de los consumidores y como institución galvanizadora del correcto funcionamiento del mercado.

Se anuncia que se va a escudriñar la relación-vinculación que se establece entre este derecho y el de información.

XI. El nervio fundamental del capítulo 2 (pp. 25-46) es explicar al lector, en apretada y magnífica síntesis, el derecho del comercio electrónico como punto de partida de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Por ello, considero altamente

recomendable la lectura reflexiva de las páginas dedicadas a la tarea de engastar aquel derecho en la citada ley. El Dr. Noval analiza con pulcritud los principios rectores del Derecho del comercio electrónico, siendo el de equivalencia funcional y de no discriminación, a mi juicio, uno de los más característicos de esta nueva, ya no tan novedosa, forma de comerciar.

Al cobijo de las sensatas explicaciones y consideraciones vertidas por el Dr. Noval Lamas en las páginas indicadas, permítaseme expresar por escrito una reflexión que estimo pertinente: el comercio y la contratación mercantil en *Internet* no son más que la universalización y generalización del comercio mediante canales que se presumen infinitos. Los semiólogos denominan hipertexto a un texto sin principio ni fin, ya que *Internet* ha universalizado la escritura, lo escrito.

La contratación mercantil (bancaria) en *Internet* puede —lo hace y lo hará— cambiar la forma —el soporte— de comerciar, mas no la esencia del contrato. Los contratantes (consumidores, clientes) electrónicos terminarán por imprimir aquellos contratos, cláusulas o condiciones contractuales que más les interesen o más problemáticas les resulten, para su posterior pausada lectura y discusión sosegada. En mi opinión, *Internet*, más allá de terminar con el comercio tradicional, lo expande, lo expandirá. Y, así, los contratantes electrónicos seguirán, en numerosas ocasiones, discutiendo, pactando y concluyendo operaciones comerciales (bancarias) por los métodos tradicionales (orales y escritos), aun cuando ofertas y demandas de bienes y servicios se efectúen a través de la Red.

En este orden de ideas, los principios básicos del Derecho patrimonial privado, del Derecho de obligaciones y contratos, van a seguir siendo aplicables, se mantendrán vigentes. La lectura comprensiva, especialmente de los capítulos 6, 7 8, 9, 10 y 11, de los que seguidamente daré cumplida referencia, podría corroborar lo por mí adverbado. También D. Joaquín Noval, supongo, estará de acuerdo con lo escrito.

XII. El capítulo 3 (pp. 47-55) lo dedica el autor a reflexionar sobre el llamado derecho del consumo como marco en el que se integra la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. Son páginas escritas con carácter divulgativo que permiten al lector obtener las *herramientas* adecuadas para adentrarse en el estudio exhaustivo del derecho al desistimiento.

Debe tenerse en cuenta que el consumidor, otrora «*convidado de piedra*» (Bercovitz) de la contratación mercantil en los albores de los años sesenta de la pasada centuria, se ha convertido, tras la promulgación de la Constitución de 1978 (art. 51) y de otras numerosas leyes (singularmente, la Ley 3/1991, de 8 de enero, de Competencia Desleal) en el árbitro del mercado. Desgraciadamente, conforme pienso, la tragedia de la colza (1981) también resultó ser una innegable e indubitable catalizadora de la presencia activa de los consumidores españoles en el tráfico jurídico-económico.

XIII. El derecho de desistimiento y su encuadre en el Ordenamiento jurídico español es el contenido del capítulo 4 (pp. 57-83) de la obra. No puedo más que coincidir con la fundamentada opinión del autor de que el desistimiento no constituye una excepción a una norma general, sino, antes al contrario, una forma de extinción de las obligaciones, extinción que puede venir configurada legal o convencionalmente. En estas páginas, en su redacción, se constata la sólida formación *iusprivatista* del Dr. Noval Lamas.

Mención especial debe realizarse del apartado III de este capítulo, donde se estudia el artículo 1256 del Código Civil y la voluntad unilateral como causa de extinción de los contratos. De igual manera merece resaltarse el apartado IV dedicado al análisis de la introducción del derecho de desistimiento en la normativa de protección de consumidores contenida en las Directivas comunitarias.

XIV. Dentro del extenso capítulo 5 (pp. 85-124) el profesor Joaquín Noval desentraña el *iter* prelegislativo y legislativo **de la Ley 22/2007**, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, ley estatal a la par que especial. Para llevar a cabo esta necesaria y conveniente tarea ha debido realizar, con indudable perspicacia, un análisis de los antecedentes normativos, del procedimiento de elaboración y de las características de la norma. En este punto, la referencia al Derecho Comunitario ha resultado ser ineluctable.

Siempre he pensado que el estudio de los textos prelegislativos, siempre que la ley en cuestión se promulgue en el Boletín Oficial del Estado —tal como sucede en nuestro caso— es muy conveniente para apreciar de «dónde se viene», «dónde se está» y «a dónde se va». Las páginas redactadas —magníficamente por cierto— a tal fin, pienso, que **reafirman mi opinión**.

XV. Escasamente en cien (100) páginas, concretamente las que van **(transcurren)** de la *página 125 a la 226*, y que engloban a los capítulos 6 a 11, el autor, de forma magistral, «levanta el edificio dogmático» del derecho de desistimiento. Esta ingente tarea teórica se ve completada con una rigurosa disección de los aspectos prácticos que propician el correcto ejercicio del mismo por parte de los consumidores. Y así, el lector podrá conocer: su fundamento y naturaleza jurídica (capítulo 6, pp. 125-142), los elementos personales de este derecho (capítulo 7, pp. 143-174), el plazo y la forma de ejercicio del derecho de desistimiento (capítulo 8, pp. 175-197), el alcance y la virtualidad del «requisito» de la buena fe en el ejercicio del derecho de desistimiento (capítulo 9, pp. 199-206), los supuestos excluidos del derecho de desistimiento (capítulo 10, pp. 207-217) y, finalmente, los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento (capítulo 11, pp. 219-226).

De todo lo reseñado, singularmente recomendaría al lector que se detuviera en la redacción de las páginas 199-206, donde hallará agudas reflexiones y consideraciones sobre la virtualidad y el alcance y relevancia, en este ámbito, del principio de buena fe *ex* artículo 57 de nuestro venerable Código de comercio.

Por lo demás, el método de investigación empleado por el profesor Noval Lamas para la construcción, en dichos capítulos, de la disciplina jurídica-privada del derecho de desistimiento es particularmente acertado, pues combina, de manera adecuada, el pormenorizado análisis de la jurisprudencia, el examen del Derecho que se incorpora, vía condiciones generales de la contratación, a los formularios-tipo del contrato y la interpretación, ordenada e integradora, del acervo jurídico español. Por ello, la combinación realizada por el autor le ha permitido, en primer lugar, conocer y describir la realidad en su más amplio sentido (social, económico y normativo); en segundo, realizar una abstracción que coadyuva a delimitar y a perfilar la presencia de los diferentes intereses en juego y, finalmente, aplicar sólidamente un concepto del derecho de desistimiento sobre la realidad socioeconómica-jurídica escudriñada.

En esta línea, y como tuve ocasión de estudiar hace ya algún tiempo, la Ciencia del Derecho posee un método peculiar que la distancia y la diferencia de otras ramas del saber humano. Si bien es verdad que, en el seno del Derecho, no hay específicamente metodologías para cada uno de sus sectores, tampoco admite duda razonable que el denominado método de la *jurisprudencia de intereses* se adecua, a mi juicio, como ningún otro (jurisprudencia de conceptos, de valores...) a las exigencias del Derecho Mercantil: si el Derecho Mercantil está íntimamente ligado a la vida práctica de los negocios, al ser esencialmente un Derecho de obligaciones, este Derecho constituye un campo ideal de nítida observación de la contraposición de intereses (Heck, Müller-Erzbach, Mossa, Garrigues). El método de la *jurisprudencia de intereses* se consolida, así, como un método adecuado para la correcta interpretación de la realidad socioeconómica sometida a constantes cambios, que son el substrato de la materia mercantil (el Derecho Mercantil entendido y concebido como categoría histórica).

Y esto es lo que ha realizado con un acierto innegable en la redacción del libro el profesor de la Universidad Pablo de Olavide: partiendo de la evidente presencia jurídico-económica del derecho de desistimiento ha construido, mediante la utilización engarzada de retales (entiéndase preceptos aislados del Código Civil, del Código de comercio, de normas sectoriales, de normas comunitarias) su edificación normativa, teniendo muy presente los intereses en juego de las partes contratantes.

XVI. El capítulo 12 (pp. 227-259) aborda, con fundada y razonada argumentación jurídica, aquellos supuestos legales del derecho de desistimiento posteriores al establecido para los servicios financieros a distancia. Y así, se disecciona magistralmente el derecho de desistimiento en los contratos al consumo, en los contratos a distancia, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y, finalmente, en los créditos hipotecarios (opción prevista en la directiva, pero, finalmente, no acogida en la norma nacional).

En algunos casos, estas normas jurídicas vigentes que reconocen el derecho de desistimiento considero, al igual que el autor, que mejoran la disciplina que

presenta en la normativa sobre comercialización a distancia de servicios financieros, «pudiendo servir de criterios interpretativos de la misma o como modelo para ulteriores reformas» (p. 261).

En mi opinión, debe resaltarse singularmente el brillante análisis realizado del derecho del desistimiento en los créditos hipotecarios (pp. 250-259) y la acertada referencia a la normativa de la Unión Europea.

XVII. Justo es reconocer que D. Joaquín Noval realiza significativas aportaciones en relación con las cuestiones planteadas en el capítulo 13 (pp. 261-278) dedicado al análisis de las propuestas de regulación en otros ámbitos, propuestas que, en muchos casos, por su novedad y complejidad, sigue y seguirán abiertas al debate tanto en el escenario patrio cuanto en el foráneo. Modestamente recomendaría la lectura de las páginas 269 a 275 dedicadas al estudio de la propuesta de modernización del Código Civil.

Por otro lado, este capítulo es fiel reflejo, al menos parcialmente, de la consideración de la dicotomía insuperable entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil que concurre en nuestro Ordenamiento jurídico en este momento histórico-legislativo. Admítaseme al respecto una breve digresión sobre esta materia: la Constitución de 1978 consagra, en su artículo 149.1, 6.^a y 8.^a, la existencia de dos ramas distintas del Derecho Privado y ello acarrea trascendentes consecuencias jurídicas a propósito de la atribución de competencias legislativas. Mientras que la Ley Fundamental considera esencial la uniformidad del Derecho Mercantil en todo el Estado como garante de la unidad del mercado nacional (art. 149.1, 6.^a), admite distintas y diversas disciplinas jurídicas en algunas Comunidades Autónomas en relación con el Derecho Civil (art. 149.1, 8.^a). En consecuencia, hasta tanto la Constitución de 1978 continúe en vigor, el Derecho Mercantil como derecho especial por razón de la materia regulada (el empresario y su actividad desarrollada en el mercado para colocar bienes y servicios) no desaparecerá. El texto constitucional de 1978 consagra, de esta manera, la dualidad del Derecho Privado español, Derecho Civil y Derecho Mercantil. La Constitución de 1978 ha fosilizado o solidificado esta duplicidad.

Todo este razonamiento, intuyo, el profesor Noval Lamas lo ha tenido presente en la redacción de este capítulo.

XVIII El último capítulo, el 14 (pp. 279-282), lo dedica el Dr. Noval Lamas a aventurarse en el futuro del derecho de desistimiento. Contiene, *lato sensu*, una propuesta articulada de *lege ferenda* relativa a la venidera disciplina jurídica del derecho de desistimiento. Quisiera destacar al respecto la «valentía intelectual» del autor sevillano al realizar estas propuestas, porque (y existen algunos casos) si en un futuro se acoge por el legislador, se dirá, tal vez, que «era muy fácil» llegar a las mismas conclusiones, y si no se recibe, o no se sigue, quizá se manifestará que se ha partido «desde cero». Mi cordial enhorabuena por este esfuerzo intelectual que constituye, en sí mismo, un trabajo arriesgado.

Es un capítulo, en consecuencia, de redacción bizarra, que finaliza con una conclusión que comparto plenamente: «(...) **entendemos muy relevante la inclusión de la buena fe del consumidor como requisito para el ejercicio del derecho de desistimiento**».

Al respecto, y para ulteriores ediciones de la monografía, dejo por escrito que, por mor del artículo 1.9 de la Ley 4/2022, de 25 de febrero de 2022, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 2022) se añade un segundo párrafo al artículo 72 —Prueba del ejercicio del derecho de desistimiento— de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con la siguiente redacción: «En el caso de las personas consumidoras vulnerables, se facilitará la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento bastando una afirmación de parte en plazo».

XIX. Con la redacción de tres anexos se da por concluida la monografía. El primero de ellos contiene una reseña normativa (pp. 283-294); en ellas se recoge un índice cronológico de disposiciones normativas —y de algunos textos no vinculantes—.

En la segunda reseña (jurisprudencial, pp. 295-297) se incluyen, de manera exquisitamente sistematizada y presentada, las sentencias más relevantes de todas las instancias españolas y también las emanadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Una tercera, y muy bien cuidada y actualizada reseña bibliográfica (pp. 299-331), pone fin a este trabajo que, sin duda alguna, resulta de muy instructiva lectura.

Quiero dejar por escrito que solo aquel que alguna vez haya realizado una tarea similar sabe de su dificultad.

XX. Siempre he creído y pensado, y así lo tengo escrito, que la llaneza y simplicidad deslumbrantes y convincentes constituyen los legítimos, quizá los únicos, marchamos de calidad de lo que, en última instancia, en el lenguaje vulgar, nosotros, los juristas, entendemos y valoramos como un «buen libro», un «muy buen libro». Este, es uno de ellos.

XXI. Tiene escrito Werner Sombart en el prólogo de su ya clásico libro *El burgués* (1913) esto que transcribo: «**Que el lector decida si el cauce de este libro discurre felizmente, como es mi intención, entre los dos extremos de lo que acertadamente Vischer ha denominado el exceso de datos y el exceso de conceptos**».

Yo, que antes de recensor he tenido, obviamente, que ser lector, asevero y dejo por escrito, en esta recensión que he tenido, reitero, el privilegio y el honor de

realizar, que el futuro lector va a encontrar un cauce narrativo meritoriamente ponderado: sin excesos de datos, ni de conceptos.

XXII. Permítaseme que concluya estas páginas recordando una frase del maestro Garrigues que, desde mi incorporación al Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en un ya lejano, *rectius*, lejanísimo otoño de 1985, siempre escuché, de manera casi machacona, de labios de mis mayores: «la claridad es la cortesía del jurista». Desconozco muchas veces, tal vez demasiadas, si yo en mis escritos alcanzo esa claridad, aunque siempre lo intento. Mas no tengo dudas cuando la encuentro, la detecto, en escritos ajenos.

El profesor Joaquín Noval ha sido un jurista cortés con sus lectores, sus futuros lectores, porque ha escrito un libro claro y, por ende, profundo en esa claridad.

XXIII. Decía Miguel de Unamuno que «**una persona solo alcanza la madurez cuando logra ver la espalda de las cosas**». A mi juicio, la monografía escrita por Joaquín Noval ha visto la «espalda» del ejercicio del derecho de desistimiento, derecho que el Ordenamiento Jurídico español atribuye y reconoce a los consumidores.

Estimado lector, ¡créame y léala!

*(Trabajo recibido el 14/03/2022
y aceptado para su publicación el 04/04/2022)*

INFORMACIÓN PARA AUTORES

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica con la finalidad de garantizar no solo la calidad de su contenido sino también la ética del mismo.

En este sentido, la revista se basa en el Código de Conducta para Editores de Revistas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE), con el fin de establecer normas y pautas dirigidas a promover un comportamiento ético en todas las fases del proceso de publicación y a asegurar la calidad científica de los trabajos y su contenido ético.

Pautas de actuación para los autores

1. Los autores no podrán presentar para su publicación trabajos que estén sometidos o hayan sido aceptados para su publicación en otra publicación.

2. Los autores deberán reconocer en sus trabajos la bibliografía empleada en la investigación y citar las publicaciones que hayan influido en la redacción de sus manuscritos. Si fuere necesario, deberán obtener la autorización correspondiente para reproducir el contenido de una fuente.

3. Los autores deberán informar, en su caso, sobre quién ha financiado la investigación, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación.

4. Los autores deben presentar trabajos originales y propios. Se considera plagio, además de apropiarse de un trabajo ajeno en todo o en parte; atribuirse ideas de otros sin citar a su autor; parafrasear sin citar la fuente correspondiente o parafrasear en exceso aun citando la fuente; no emplear las comillas cuando se trate de citas literales; o no informar correctamente sobre la fuente en cuestión. Junto al plagio, constituye fraude científico la fabricación, falsificación u omisión de datos, la publicación reiterada o redundante y los conflictos de autoría.

5. Si un autor descubre una inexactitud, omisión o errata importante en su artículo publicado, tendrá que notificarlo al editor de la revista, prestando toda su colaboración con la finalidad de corregir o retirar el artículo correspondiente.

6. La autoría corresponde a todos aquellos que hayan contribuido de forma significativa en la redacción, estructuración o concepción del trabajo, debiendo figurar necesariamente el autor o coautores de la obra. En los supuestos de coautoría, todos los que hayan contribuido en la creación del artículo habrán de prestar su conformidad con el manuscrito definitivo.

7. Las citas, opiniones o referencias consignados en cada artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Pautas de actuación para los miembros del Consejo Editorial

1. El Consejo Editorial velará en todo momento por la calidad de los trabajos publicados y su adecuación a la revista, teniendo en cuenta la importancia, originalidad y claridad de los mismos y evaluando únicamente su contenido intelectual.

2. El Consejo Editorial de la revista podrá rechazar los textos presentados para su publicación cuando no respeten las normas de la misma sin necesidad de someterlos a evaluación externa. A tal fin, el Consejo Editorial habrá de analizar si se trata de una publicación original y que el manuscrito no contiene plagio, utilizando para ello el programa a que se hace referencia en «Instrucciones para publicar».

3. El Consejo Editorial aceptará, rechazará o devolverá los manuscritos para su corrección o modificación por el autor como resultado de la revisión por expertos evaluadores.

4. En caso de detectar plagio o cualquier otra mala conducta, el Consejo Editorial deberá publicar las aclaraciones, retracciones, rectificaciones o disculpas que fueren necesarias.

5. Los miembros del Consejo Editorial habrán de guardar la debida confidencialidad en relación con los artículos enviados para su publicación.

6. Los miembros del Consejo Editorial deberán abstenerse de realizar gestión alguna en relación con los manuscritos enviados cuando exista cualquier tipo de conflicto de intereses con los autores. Tanto el Consejo Editor como el Coordinador de la evaluación externa cuidarán de que no se produzca una situación de conflicto de intereses entre el autor y los evaluadores externos.

Pautas de actuación para el equipo técnico

Lo dispuesto sobre confidencialidad, conflicto de intereses o imparcialidad en relación con los miembros del Consejo Editor será de aplicación también a los miembros del equipo técnico de la revista.

Pautas de actuación para los evaluadores externos

1. El Consejo Editorial garantiza el anonimato de los evaluadores a los que se encomiende la revisión de los trabajos, de manera que ni el autor conozca la identidad de quienes hayan evaluado su trabajo ni éstos la del autor.

2. Los evaluadores externos tendrán un plazo de 15 días desde la recepción de los trabajos para emitir su informe de evaluación. Cualquier revisor que considere que no va a poder cumplir con el plazo de revisión establecido o que el artículo que le ha sido remitido queda fuera de su campo de investigación deberá comunicarlo de inmediato al Coordinador de la evaluación externa.

3. En caso de apreciar cualquier interés contrapuesto, deberán comunicarlo al Coordinador de la evaluación externa antes de comenzar con la evaluación.

4. Los evaluadores externos están obligados a guardar confidencialidad sobre los trabajos que se les remitan para su evaluación, no pudiendo enseñarlos o discutirlos con terceras personas salvo autorización expresa del editor.

5. La evaluación de los manuscritos deberá realizarse de forma objetiva, pudiendo determinar qué trabajos publicados en la materia deben ser citados y verificar que las opiniones o argumentos divulgados previamente se acompañen de la cita correspondiente. Al terminar la evaluación deberán emitir un informe valorando los trabajos sometidos a examen y recogiendo, en su caso, las correcciones o sugerencias que fueren pertinentes.

ETHICAL PRINCIPLES OF PUBLICATION

The journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* is committed to the ethical principles by which scientific activity must be guided, so as to guarantee not only the quality but also the ethical standards of its content.

In this regard, the journal is based on the Code of Conduct for Journal Publishers established by the Committee on Publication Ethics (COPE) in order to promote ethical conduct at all stages of the publication process and to ensure the scientific quality of works and their ethical content.

Practical guidance for authors

1. Authors must not present for publication any works that have been submitted or accepted for publication elsewhere.

2. Authors must acknowledge in their works the bibliography employed in the research, and cite those publications that influenced the authoring of their texts. Where necessary, the relevant authorisation must be obtained in order to reproduce content from a source.

3. The authors must, where applicable, declare who funded the research and also the role in research played by the funding party, if any.

4. Authors must present their own original work. Plagiarism is deemed to include not only the appropriation of all or part of another's work, but also the claiming of others' ideas without citing their author; paraphrasing without citing the corresponding source, or excessively paraphrasing even if the source is cited; failing to use inverted commas in the case of verbatim quotations; or not properly declaring the source in question. Alongside plagiarism, scientific misconduct constitutes the fabrication, falsification or omission of data, repeated or redundant publication, and conflicts of authorship.

5. If an author discovers any inaccuracy, omission or major error in their published article, they must notify the publisher of the journal and offer all possible cooperation in order to correct or withdraw the article in question.

6. Authorship lies with all those who made a significant contribution to the authoring, structuring or conception of the work, all of whom must be recorded as authors or co-authors of the work. In cases of co-authorship, all those who contributed to the creation of the article must register their approval of the definitive text.

7. The citations, opinions or references included in each article are the sole responsibility of the authors.

Practical guidance for members of the Editorial Board

1. The Editorial Board shall at all times oversee the quality of the works published and their appropriateness for the journal, in accordance with their significance, originality and clarity, evaluating only their intellectual content.

2. The Editorial Board of the journal may reject texts presented for publication if they do not comply with its standards, without the need to submit them to external evaluation. The Editorial Board will to this end need to analyse whether the publication is original, and ensure that it is free of plagiarism by using the program referred to in «Instructions for publishing».

3. The Editorial Board will accept, reject or return manuscripts for correction or modification by the author, as a result of the review conducted by expert appraisers.

4. If any plagiarism or other misconduct is detected, the Editorial Board shall publish any clarifications, retractions, rectifications or apologies that might be necessary.

5. The members of the Editorial Board must maintain due confidentiality with regard to the articles sent for publication.

6. The members of the Editorial Board must refrain from conducting any procedures in connection with the texts submitted if there is any type of conflict of interest with the authors. Both the Editorial Board and the external evaluation coordinator shall ensure that no situation of conflict of interest arises between the author and the external evaluators.

Practical guidance for the technical team

The terms regarding confidentiality, conflict of interest and impartiality with regard to the members of the Editorial Board shall likewise apply to the members of the technical team of the journal.

Practical guidance for external evaluators:

1. The Editorial Board guarantees the anonymity of the evaluators entrusted with reviewing the works, and as a result neither will the author be aware of the identity of those evaluating their article, nor the evaluators know who the author is.

2. External evaluators shall be granted 15 days from receipt of the works to issue their evaluation report. Reviewers who believe they will be unable to meet the review deadline that has been set, or that the article sent to them lies outside their field of research, must immediately inform the external evaluation Coordinator.

3. If any contradictory interest is noted, they must inform the external evaluation Coordinator before embarking on the evaluation.

4. External evaluators are obliged to maintain confidentiality regarding the works sent to them for evaluation, and must not show them to or discuss them with third parties without the explicit authorisation of the publisher.

5. The evaluation of texts must be performed on an objective basis, serving to establish which works published in the field should be cited, and to verify that opinions or arguments previously disclosed are accompanied by the corresponding citation. Upon conclusion of the evaluation a report must be issued, evaluating the works examined and setting out any corrections or suggestions that might be deemed relevant.

INSTRUCCIONES PARA PUBLICAR

ORIGINALIDAD

Todos los trabajos enviados a la revista deberán ser originales, inéditos y plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico.

A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

Con el fin de garantizar la originalidad y carácter inédito, la revista analizará que los trabajos enviados por los autores no adolezcan de plagio a cabo a través de la aplicación informática TURNITN.

En todo caso, las opiniones, los comentarios y los datos consignados en cada trabajo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, no haciéndose responsable la revista Cuadernos de Derecho y Comercio ni cualquiera de sus órganos de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, el autor consiente la cesión a la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* de los derechos de distribución, comunicación pública, transformación y reproducción de su trabajo. La cesión alcanza a la publicación en cualquier país, a la edición en cualquier formato y a su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada o incluida.

ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos se remitirán como documento adjunto al correo electrónico cdc@notariado.org, indicando en el asunto el título del trabajo.

Antes del envío el autor deberá conocer la «Información para autores». Se entiende que con el envío el autor se somete plenamente al contenido de la misma y, en particular, a la exigencia de originalidad y a las derivadas de los principios éticos de publicación, normas de estilo y cesión de derechos de autor.

Los trabajos habrán de enviarse dentro de los tres primeros meses de cada semestre para poder ser incluidos en el número correspondiente a dicho semestre.

POLÍTICA DE DISTRIBUCIÓN, ACCESO Y REUSO

Los trabajos pertenecientes a *Cuadernos de Derecho y Comercio* solo se pueden copiar, compartir, difundir y exponer públicamente de forma parcial para fines exclusivamente académicos, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial, publicación y datos identificativos de la obra).

Los trabajos editados en la revista únicamente podrán ser reutilizados o publicados con posterioridad en otros medios si el autor cuenta con la correspondiente autorización, en cuyo caso el autor deberá indicar claramente que el trabajo se publicó por primera vez en esta revista.

No se permite ninguna forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la revista o de su contenido con fines comerciales.

POLÍTICA DE PRESERVACIÓN DIGITAL

La revista para asegurar su preservación y disponibilidad en el futuro toma una serie de medidas detalladas en los siguientes apartados:

- **Conservación:** Las revistas en formato digital se producen en los formatos PDF y HTML. Dichos formatos al ser ambos formatos estándar ampliamente asentados y utilizados en el mercado nos aseguran su permanencia en el tiempo y su adaptabilidad ante los posibles cambios y evoluciones tecnológicas que pudieran surgir, ya que son tecnologías fácilmente actualizables y extrapolables a otros formatos.
- **Copias de seguridad:** Las revistas se albergan en los sistemas de la biblioteca en un proveedor en Madrid, adicionalmente se almacenan copias en nuestras oficinas y en diferentes sistemas en la nube emplazadas en diferentes ubicaciones en previsión a su recuperación ante posibles desastres tecnológicos y/o naturales.

Ante cualquier posible cambio en las revistas se mantendrán copias de todas las versiones existentes con una clara catalogación de versiones.

- **Metadatos:** Se incluyen en los archivos de la revista metadatos con información sobre su contenido y tecnologías de uso para facilitar su posible recuperación futura.

PROTECCIÓN DE DATOS

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que los datos de carácter personal de los autores serán tratados y quedarán incorporados a los ficheros responsabilidad de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*.

En este sentido, le informamos que la recogida y tratamiento de sus datos tienen como finalidad el funcionamiento y organización de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Los datos de carácter personal obtenidos se usarán exclusivamente para los fines de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* y no se proporcionarán a terceros, salvo por obligación legal.

El envío de trabajos por los autores implica que expresan su consentimiento para el tratamiento e incorporación al fichero, así como el uso de los datos en los fines indicados.

En todo caso, se podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, previstos por la Ley, dirigiendo un email a publicaciones@fundacionnotariado.org o un escrito al Consejo Editorial de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Calle de Silvano, 55, 28043 Madrid.

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING

ORIGINALITY

All works sent to the journal must be original, unpublished, and fully compliant with the standards in force from time to time regarding intellectual property, and in particular the prevention of plagiarism and other forms of scientific misconduct.

By way of example, the literal or substantial copying of content without quote marks and/or without citing the source, paraphrasing or reproducing ideas without citing the source, and the abusive or concealed reuse of the author's own previously published texts would all be considered to be plagiarism. Scientific misconduct is deemed to include, among other cases, the deliberate use of false or falsified information, the appropriation of another's works, and concealment of the existence of a significant conflict of interest affecting the author.

In order to guarantee originality and unpublished status, the journal will conduct an analysis to ensure that works submitted by authors are not subject to plagiarism, using the computer application TURNITN.

In any event, all opinions, comments and data included in each work are the sole responsibility of the authors, as the magazine *Cuadernos de Derecho y Comercio* and its bodies decline all responsibility for the credibility and authenticity of the works.

TRANSFER OF RIGHTS

By submitting original texts the author agrees to grant the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* rights of distribution, public communication, transformation and reproduction of the work. This assignment extends to publication in any country, in any format, and inclusion in those databases in which the journal is indexed or included.

WORKS SUBMISSION

Works should be sent as an attached document to the email address cdc@notariado.org, indicating the title of the work in the subject line.

Authors must be familiar with the «Information for authors» before making a submission. By submitting a work authors acknowledge full acceptance of the contents thereof, and in particular the demand for originality and those derived from ethical principles of publication, style guides and assignment of copyright.

Works must be sent within the first three months of each half-year in order to be included in the issue corresponding to that half-year.

DISTRIBUTION, ACCESS AND REUSE POLICY

Works belonging to *Cuadernos de Derecho y Comercio* may only be copied, shared, distributed and publicly exhibited in part for purely academic purposes, and provided that the authorship and original source of publication are cited (journal, publisher, publication and identifying details of the work).

Works published in the journal may only be reused or published subsequently in other media outlets if the author holds the corresponding authorisation from the publisher, in which case the author must clearly indicate that the work was published initially in this journal.

No form of reproduction, distribution, public communication or transformation of the journal or its content for commercial purposes is permitted.

POLICY ON DIGITAL PRESERVATION

In order to ensure its preservation and availability in the future, the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* takes a number of measures detailed in the following sections:

- **Conservation:** Magazines in digital format are produced in PDF and HTML formats. These formats, being both standard formats widely established and used in the market, ensure their continuity over time and their adaptability to possible changes and technological developments that may arise, since they are technologies that can be easily updated and extrapolated to other formats.
- **Backup copies:** Journals are housed in library systems at a provider in Madrid, additionally copies are stored in our offices and in different cloud systems based in different locations in anticipation of their recovery from possible technological and/or natural disasters.

In the event of any possible change in the magazines, copies of all the existing versions will be kept with a clear cataloguing of versions.

- **Metadata:** Metadata with information about their content and technologies of use are included in the archives of the magazine to facilitate their possible future recovery.

DATA PROTECTION

In accordance with the provisions of Spanish Personal Data Protection Act 15/1999, we hereby inform you that the personal data of authors will be processed and included in filing systems the controller of which is the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio*.

We inform you in this regard that the gathering and processing of your data are intended for the functioning and organisation of the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio*. The personal data obtained will be used solely for the purposes of the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* and will not be provided to third parties, other than by legal obligation.

Submission of works by authors constitutes their acceptance of processing and inclusion in the filing system, and the use of the data for the stated purposes.

The legally established rights of access, rectification, cancellation and objection may in any event be exercised by sending an email to publicaciones@fundacionnotariado.org or by writing to the Editorial Board of the journal at *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Calle de Silvano, 55, 28043 Madrid.

NORMAS DE ESTILO

– **Idioma:** *Cuadernos de Derecho y Comercio* publica trabajos en español y ocasionalmente en inglés, francés, alemán o italiano.

– **Contenido y extensión:** la revista se divide en cuatro secciones: estudios doctrinales, práctica jurídica, comentarios de sentencias y resoluciones y reseñas.

- Los **estudios doctrinales** son trabajos científicos originales sobre una determinada materia dentro de alguna de las diversas ramas que nos ofrece el Derecho Mercantil. Han de tener una extensión mínima de 15 páginas y una extensión máxima de 40 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12). Y habrán de incluir una bibliografía completa al final que incluya todas las obras citadas y cualesquiera otras consultadas para la elaboración del estudio.
- Los **comentarios de sentencias y resoluciones** pueden tener por objeto alguna materia o cuestión jurídica específica, sentencias de las diversas instancias o resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cuyo interés derive de la propia índole de la materia tratada o de su carácter reciente o controvertido. Han de tener una extensión mínima de 4 páginas y una extensión máxima de 15 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).
- La sección de **práctica jurídica** está destinada a trabajos cuyo contenido o finalidad sea eminentemente pragmático, y sin que sea imprescindible realizar al efecto un análisis bibliográfico exhaustivo previo. Deberán tener una extensión mínima de 10 páginas y una extensión máxima de 25 páginas, a razón de 3520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).
- La última sección tiene por objeto **reseñas** de libros, tesis doctorales, jornadas, congresos u otro tipo de eventos que sean de interés académico. No podrán superar una extensión de 5 páginas, a razón de 3520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).

– **Formato:** Los trabajos habrán de ser remitidos en formato Word. La alineación de párrafos deberá ser justificada a izquierda y derecha.

– **Fuente:** Los cuerpos de texto habrán de utilizar la fuente Times New Roman, tamaño 12 e interlineado sencillo. Las notas al pie de página habrán de constar en la misma fuente en tamaño 10.

– **Título:** El título del trabajo a publicar ha de constar en mayúscula, en negrita y en fuente Times New Roman, tamaño 14. Deberá constar en español e inglés (éste último a continuación de las «palabras clave»).

En el caso de haberse redactado el trabajo en el marco de un proyecto de investigación, deberá hacerse referencia al mismo mediante una nota a pie de página del título en español.

– **Autoría:** Los autores o coautores deberán constar a continuación del título en mayúsculas, fuente Times New Roman, tamaño 12. A renglón seguido, se hará constar su profesión o cargo, fuente Times New Roman, tamaño 12, en cursiva. Y en un tercer renglón, a continuación, se ha de reflejar la afiliación institucional del autor en fuente Times New Roman, tamaño 12, en cursiva.

– **Resumen:** Todos los trabajos deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés, con un mínimo de cuatro líneas cada uno. El resumen en español deberá constar a continuación de la autoría y el resumen en inglés o «abstract» a continuación del título en inglés.

– **Palabras clave:** Todos los trabajos deben ir precedidos de las palabras claves en español y en inglés, con un mínimo de cinco palabras. Las palabras clave en español deberán constar a continuación del resumen y las palabras claves en inglés o «keywords» habrán de figurar a continuación del «abstract».

– **Sumario:** Todos los trabajos, a excepción de las reseñas, deberán ir precedidos de un sumario, que seguirá el siguiente esquema:

- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúsculas y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1., 1.2. etc.
- Los epígrafes subsiguientes se redactarán también en minúsculas y se numerarán como 1.1.1., 1.1.2. etc.
- De existir más subepígrafes irán también en minúsculas y se ordenarán correlativamente con letras A), B) etc.

– **Citas:** toda cita consignada a lo largo del texto debe ir acompañada de su correspondiente referencia bibliográfica a pie de página con una llamada numérica consecutiva escrita como superíndice. La referencia de la obra habrá de ser completa la primera vez, si bien podrá figurar de forma abreviada las siguientes,

debiendo indicarse la página o páginas a que corresponde. Todas las citas deberán seguir la Norma UNE-ISO 690.

– **Bibliografía:** La bibliografía podrá quedar reflejada mediante las correspondientes notas a pie de página numeradas de forma correlativa. No obstante, en los estudios doctrinales deberá necesariamente constar la bibliografía completa consultada al final de los mismos. Las referencias bibliográficas deberán seguir la Norma UNE-ISO 690.

Reglas especiales extraídas de la norma citada a tener en cuenta:

- Los nombres de personas pueden abreviarse poniendo solo la inicial.
- Si el manuscrito tiene dos o tres autores, deberán incluirse todos en la referencia poniendo primero el/los apellido/s y seguido de una coma, el nombre o la inicial del nombre de cada autor. Si son más de tres autores se puede poner solo el primero y omitir el resto seguido de «et al.» o «y otros».
- La edición se hará constar en la forma que aparece en la fuente cuando sea edición distinta a la primera.
- Si no tenemos datos de la fecha de publicación se puede poner una fecha aproximada precedida de la abreviatura «ca.» (circa).
- La responsabilidad secundaria de la obra se hará constar únicamente si procede.
- En caso de obras anónimas, el primer elemento de referencia será el título.

A continuación, se detalla cómo han de constar las referencias bibliográficas de acuerdo con la norma citada y que resulta de aplicación:

– **Referencias bibliográficas de monografías:**

APELLIDO(S), Nombre, *Título del libro en cursiva*, responsabilidad secundaria (en su caso), número de edición, editorial, lugar de publicación, año.

Si la monografía consultada es un **libro electrónico**:

APELLIDO(S), Nombre, *Título del libro en cursiva* [en línea], responsabilidad secundaria (en su caso), número de edición, editorial, lugar de publicación, año de publicación (o de actualización o revisión), [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de capítulos de monografías:**

APELLIDO(S), Nombre autor del capítulo, «Título del capítulo» en APELLIDO(S), Nombre director/es de la monografía o coordinador, *Título de la monografía que contiene el capítulo en cursiva*, número de edición, editorial, lugar de publicación, año, numeración (tomo, volumen...), primera y última página del capítulo.

Si el capítulo consultado pertenece a un **libro electrónico**:

APELLIDO(S), Nombre, «Título del capítulo» en *Título de la monografía que contiene el capítulo en cursiva* [en línea], número de edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación (o de actualización o revisión), numeración (tomo, volumen...), primera y última página del capítulo, [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI

– **Referencia bibliográfica de artículos de revistas:**

APELLIDO(S), Nombre, «Título del artículo», responsabilidad secundaria (en su caso), *Título de la publicación seriada en cursiva*, año del fascículo en que está incluido el artículo, volumen/número del fascículo, rango de página(s).

Si la revista publicada es **electrónica**:

APELLIDO(S), Nombre, «Título del artículo», responsabilidad secundaria (en su caso), *Título de la publicación seriada en cursiva* [en línea], año del fascículo en que está incluido el artículo, volumen/número del fascículo, rango de página(s), [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de sitios web o portales:**

APELLIDO(S), Nombre o (Institución), «Título de la parte correspondiente» en *Nombre del sitio web en cursiva* [en línea], fecha [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de tesis doctorales no publicadas:**

APELLIDO(S), Nombre, *Título de la tesis/TFG/TFM en cursiva*, clase de trabajo inédito, Institución académica en que se presente, lugar, año.

STYLE RULES

– **Language:** *Cuadernos de Derecho y Comercio* publishes works in Spanish, and occasionally in English, French, German and Italian.

– **Content and length:** the journal is divided into four sections: academic studies, legal practice, discussions of rulings and decisions, and reviews.

- **Academic studies** are original scientific works addressing a particular subject within any of the various branches of Commercial Law. They must be of a minimum length of 15 pages and a maximum of 40, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12). They must also include a full bibliography at the end, including all works cited and any others consulted in preparing the study.
- **Discussions of rulings and decisions** may refer to any specific legal matter or question, rulings of the various courts or decisions of the Directorate-General for Legal Security and Public Records, which are of relevance given the inherent nature of the matter discussed, or its recent or controversial nature. They must be of a minimum length of 4 pages and a maximum of 15, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font).
- The **legal practice** section is intended for works of predominantly pragmatic content or purpose, without the need for a comprehensive prior bibliographic analysis. They must be of a minimum length of 10 pages and a maximum of 25, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12).
- The final section is dedicated to **reviews** of books, doctoral theses, seminars, conventions or any other events of academic interest. They must be no more than 5 pages, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12).

– **Format:** Works must be submitted in Word format. Paragraphs must be justified.

– **Font:** The body text should use the Times New Roman font, size 12, with single line spacing. Footnotes should be in the same font, size 10.

– **Title:** The title of the work to be published must be in Times New Roman font, size 14, bold type, and must be given in Spanish and English (the latter after the «keywords»).

If the work was authored within the context of a research project, reference to this must be made by means of a footnote to the title in Spanish.

– **Authorship:** The authors or co-authors must be indicated after the title in capitals, Times New Roman font, size 12. Their profession or position should be indicated on the next line, Times New Roman, font size 12, in italics. And on a third line below, the institutional affiliation of the author should be stated, in Times New Roman font, size 12, in italics.

– **Abstract:** All works must be preceded by a brief summary in Spanish and in English, of a minimum of four lines each. The abstract in Spanish should be included after the authorship details, and the abstract in English after the title in English.

– **Keywords:** All works must be preceded by a minimum of five keywords in Spanish and in English. The keywords in Spanish must be placed after the abstract in Spanish, and the key words in English after the abstract in English.

– **Summary:** All works except for reviews must be preceded by a summary with the following structure:

- Section headings should be printed in upper case and numbered with Roman numerals.
- Subsection headings should be printed in lower case and numbered in sequence from 1.
- If there are sections within the subsections, they will likewise be printed in lower case and numbered 1.1., 1.2., etc.
- Subsequent subdivisions will likewise be printed in lower case and numbered 1.1.1., 1.1.2., etc.
- Any further subsections should likewise be printed in lower case and ordered in sequence as letter A), B), etc.

– **Citations:** All citations included throughout the text must be accompanied by the corresponding bibliographic footnote with a consecutive numerical superscript reference. The reference to the work must be complete on the first occasion but may be abbreviated in subsequent references, although the corresponding page or pages must be indicated. All citations must comply with Standard UNE-ISO 690.

– **Bibliography:** The bibliography may be indicated by means of the corresponding footnotes numbered in sequence. However, in academic studies the full bibliography consulted must be included at the end, as a mandatory requirement. Bibliographic references must comply with Standard UNE-ISO 690.

Specific rules drawn from the stated standard to be taken into account:

- Forenames may be abbreviated to simply the initial.
- If the text has two or three authors, they must all be included in the reference, placing first the surname, followed by a comma and the forename or initial of each author. If there are more than three authors, the first may simply be stated, with the remainder being replaced with «et al.».
- The edition should be indicated in the form that it appears in the source, if it is not the first edition.
- If details are not available for the publication date, an approximate date may be indicated, preceded by the abbreviation «c.» (circa).
- Secondary responsibility for the work will be stated only where genuinely relevant.
- In the case of anonymous works, the first reference element will be the title.

Details are set out below as to how to record bibliographic references in accordance with the stated standard, as applicable:

– **Bibliographic references to monographs:**

SURNAME(S), Forename, *Book title in italics*, secondary responsibility, edition number, publisher, place of publication, year.

If the monograph consulted is an **electronic book**:

SURNAME(S), Forename, *Title of the book in italics* [online], secondary responsibility, edition number, publisher, place of publication:, year of publication (or year of update or revision). [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographical references to monograph chapters:**

SURNAME(S), Forename of the author, «Chapter title» in SURNAME(S), Forename of the director/s of the monograph or coordinator, *Title of the work containing the chapter in italics*, edition number, publisher, place of publication, year, numbering (tome, volume...), first and last page of the chapter.

If the chapter consulted corresponds to an **electronic book**:

SURNAME(S), Forename, «Chapter title» in *Title of the work containing the chapter in italics* [online], edition number, publisher, place of publication, publication date (or date of update or revision), numbering (tome, volume...), first and last page of the chapter. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographic references to articles in journals:**

SURNAME(S), Forename, «Article title», secondary responsibility, *Title of the serial publication in italics*, year of the periodical including the article, periodical volume/issue, page range.

If the published journal is **electronic**:

SURNAME(S), Forename, «Article title», secondary responsibility, *Title of the serial publication in italics* [online], year of the periodical including the article, periodical volume/issue, page range. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographic references to websites or portals:**

SURNAME(S), Forename (or Institution), «Title» in: *Name of the website in italics* [online], date. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographic references to unpublished doctoral theses:**

SURNAME(S), Forename, *Title of the thesis/master's dissertation in italics*, class of unpublished work, Academic institution where presented, location, year.

SISTEMA DE ARBITRAJE

La dirección de la revista remitirá los estudios doctrinales que cumplan los requisitos formales y normas de estilo, al Coordinador de la evaluación externa, el cual los remitirá a su vez a un mínimo de dos expertos en la materia, los cuales llevarán a cabo una valoración del artículo. Ni los autores conocerán la identidad de quienes les han evaluado ni los evaluadores la identidad de los autores. El resultado del proceso de evaluación podrá ser la aceptación o denegación del trabajo para su publicación, o, en su caso, la aceptación condicionada a la corrección o revisión por el autor.

La dirección de la revista, en base a la evaluación externa recibida, deberá comunicar al autor si el artículo ha sido rechazado, ha sido aceptado y, en este último caso, si han de introducirse mejoras o modificaciones. El plazo máximo para esta comunicación será de dos meses a contar desde la recepción del artículo por la revista.

Cualquier reclamación frente a la decisión o no de publicar deberá dirigirse al correo electrónico cdc@notariado.org y deberá ser sometida al Comité Asesor de la revista para su revisión y, en su caso, modificación de la decisión previamente adoptada. La decisión última, por tanto, recaerá en el Comité Asesor, debiendo comunicarse al autor la decisión adoptada en el plazo de un mes desde la recepción de la reclamación.

En todo caso, al final de cada estudio doctrinal figurarán las fechas de recepción y aceptación.

ARBITRATION SYSTEM: EXTERNAL EVALUATION

The journal's editorial management will forward those academic studies that fulfil the formal requirements and style guides to the external evaluation Coordinator, who will in turn forward them to at least two experts in the field, who will conduct an evaluation of the article. The authors will not know the identity of their evaluators, nor the evaluators that of the authors. The outcome of the evaluation process may be acceptance or rejection of the work for publication, or otherwise acceptance conditional on correction or revision by the author.

The journal's editorial management must, on the basis of the external evaluation received, inform the author whether the article has been rejected, has been accepted, and in this latter case, if any improvements or amendments must be made. The deadline for this notification will be two months from receipt of the article by the journal.

Any claims against the decision to publish or otherwise must be sent by email to cdc@notariado.org and must be referred to the Advisory Committee for review and, if so decided, amendment of the decision previously reached. The final decision will therefore lie with the Advisory Committee, which must inform the author of the decision reached within one month of receipt of the claim.

In all cases the receipt and acceptance dates will be indicated at the foot of each academic study.

