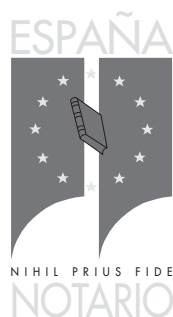




Cuadernos de Derecho y Comercio 63

Consejo General
del Notariado

Junio
2015



Cuadernos de Derecho y Comercio 63

Junio 2015
Revista semestral
Consejo General del Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Distribución: Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 15757-4812
Depósito Legal: M-1339-1987

Preimpresión:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L
Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

Imprime:
JACARYAN, S. A.
Avda. Pedro Díez, 3 - 28019 Madrid

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Presidente del Consejo General del Notariado
Carmen Alonso Ledesma Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Rafael Illescas Ortiz Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Alberto Alonso Ureba Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid	Josep Massaguer Fuentes Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona
M. ^a Luisa Aparicio González Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	Xavier O'Callaghan Muñoz Catedrático de Derecho Civil. Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
José M. ^a de la Cuesta Rute Catedrático emérito de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Santiago Ortiz Navacerrada Catedrático de Derecho Procesal.
Alberto Díaz Moreno Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla	José Cándido Paz-Ares Rodríguez Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Justino Duque Domínguez Catedrático emérito de Derecho Mercantil de la Universidad de Valladolid	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	Rafael Morales Gordillo
Leticia Ballester Azpitarte	Blanca Palacios Guillén
María Teresa Barea Martínez	Juan Pérez Hereza
Ana Isabel Berrocal Lanzarot	Carlos Pérez Ramos
Luis L. Bustillo Tejada	Jorge Prades López
Antonio Domínguez Mena	Francisco Javier Ramírez González
Íñigo Fernández de Córdova Claros	Cristina Requena Torrecillas
María Teresa García Ludeña	Amanay Rivas Ruiz
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Rocío Rodríguez Martín
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Fernando Rodríguez Prieto
Miguel Llorente Gonzalvo	Luis Rojas Martínez del Mármol
Antonio Lopera Perales	Jorge Sáez-Santurtún Prieto
María López Mejía	Ernesto Tarragón Albella
Manuel Lora-Tamayo Villaceros	Manuel Gerardo Tarrío Berjano
Jesús Martínez-Cortés Gimeno	José Francisco Velasco Peche
Ignacio Martínez-Gil Vich	Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto
María del Rosario de Miguel Roses	Joaquín Zejalbo Martín
	María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Reflexiones acerca del proyecto de Directiva Europea sobre Sociedad Limitada Unipersonal (SUP), de fecha 9-4-2014/Thoughts on the draft European Directive on Sole Partnerships (SUP) dated april 9th, 2014, por <i>Álvaro Lucini Mateo</i>	13
Concurso, fianza y solidaridad/Arrangements with creditors, bail and joint and several liability, por <i>Manuel José Alonso Núñez</i>	45
El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero/Extrajudicial agreements on payments and exoneration of bankruptcy-related liabilities, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	81

PRÁCTICA JURÍDICA

Las sociedades anónimas deportivas desde la perspectiva notarial/Sports limited companies from a notarial perspective, por <i>Álvaro Delgado Truyols</i>	131
Los acuerdos de refinanciación en el Decreto 4/2014/Refinancing agreements in decree 4/2014 the appraisal of mortgaged items, por <i>Valerio Pérez de Madrid Carreras</i>	147

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

Adaptación del Impuesto sobre Sociedades al Derecho Comunitario en el ámbito de la tributación de los dividendos extranjeros: oportunidad	
---	--

SUMARIO

para solicitar devolución de ingresos indebidos a la administración/ Adaptation of corporate income tax to Community Law in the area of taxation of foreign dividends: opportunity to request refunds of impro- per payments to the administration, por <i>Enrique Sanz de Sandoval</i>	167
--	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho Contractual

El Vencimiento Anticipado: comentario a la Resolución de la Dirección General de los registros y del notariado de 6 de octubre de 2014 (B. O. E. 7 de noviembre de 2014)/Early cancellation: comments on the Reso- lution by the Directorate-General for public registries and notaries public dated october 6th, 2014 [Official State Gazette (BOE) dated november 7th, 2014], por <i>Manuel Mellado Rodríguez</i>	185
--	-----

Derecho Societario

Comentario a la Resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2014 sobre el Derecho de oposición de los acreedores en las modificaciones estruc- turales de las Sociedades de Capital/Comments on the Resolution by the DGRN dated october 15th, 2014, on the right of creditors to oppose structural changes in Capital Corporations, por <i>José Javier Rojas Mar- tínez del Mármol</i>	211
---	-----

RECENSIONES

SAS. La sociedad por acciones simplificada, por <i>José Miguel Embid Irujo</i>	229
--	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

REFLEXIONES ACERCA DEL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA SOBRE SOCIEDAD LIMITADA UNIPERSONAL (SUP), DE FECHA 9-4-2014¹

ÁLVARO LUCINI MATEO

Notario de Madrid

RESUMEN

El artículo comienza con una introducción acerca de los orígenes y el reconocimiento legal de la sociedad en el ordenamiento jurídico español. Tras poner el proyecto en la perspectiva del fracaso de su antecedente, el Reglamento de la Sociedad Privada Europea, y del plan actual de la Comisión Europea en materia de Derecho Societario, se examinan los aspectos más controvertidos, como son el fundamento legal del proyecto en el artículo 50(2)(f) TFEU, el sistema de constitución *on line* sin que se requiera la comparecencia del fundador ante una autoridad en el Estado de registro, la posibilidad de disociar la sede registral del centro de dirección empresarial y el tratamiento del capital social, con la práctica desaparición de la exigencia de un capital mínimo y la introducción para el reparto de beneficios del requisito de una declaración de solvencia de la sociedad suscrita por el órgano de administración.

¹ Este artículo corresponde sustancialmente al texto de una conferencia pronunciada en la Universidad de Harvard el 6 de octubre de 2014, en el XII Seminario Harvard-Complutense, organizado en dicha Universidad norteamericana por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, a través del Real Colegio Complutense, bajo el título «Corporate and Financial Law Problems: a Transatlantic Perspective», con la colaboración, entre otras instituciones, del Colegio Notarial de Madrid. Quiero expresar aquí mi agradecimiento al catedrático don Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE por el mantenimiento de una iniciativa excelente como ésta, año tras año, pese a todas las dificultades; a las profesoras doña Mónica FUENTES NAHARRO y doña Isabel FERNÁNDEZ TORRES por la magnífica organización del seminario, y muy especialmente al Ilustre Colegio de Notarios de Madrid y a su decano, don José-Manuel GARCÍA COLLANTES, por haberme dado la oportunidad de participar en un acto académico de tan alta calidad, sin otros méritos que mi condición de jurista práctico y un cierto interés por el Derecho societario de la Unión Europea, que me ha llevado a participar en representación del Notariado español en el grupo de trabajo de Derecho de Sociedades del Consejo de Notariados de la Unión Europea (CNUE).

La elección del tema se debe a que el proyecto de esta nueva Directiva apunta a algunas de las cuestiones que están hoy en el centro del debate del Derecho societario en la UE, como la diversidad legislativa en Europa, el valor de la seguridad jurídica preventiva o la utilidad del capital social en cuanto forma de protección de los intereses de los acreedores.

Palabras clave: SUP, Societas Unius Personae, sociedad limitada unipersonal, Derecho societario europeo, armonización, Directiva UE.

**THOUGHTS ON THE DRAFT EUROPEAN DIRECTIVE ON
SOLE PARTNERSHIPS (SUP) DATED APRIL 9TH, 2014**

ÁLVARO LUCINI MATEO

Notary Public from Madrid

ABSTRACT

This article opens with an introduction about the origin and legal admission of the single-member company in the Spanish order. After putting the Commission proposal in the perspective of the failure of its precursor—the proposed Regulation on the Statute for a European private company—and of the current plan of the European Commission for company Law, the author deals with its most controversial features, such as the legal basis on Article 50(2)(f) TFEU, the registration procedure that can be fully completed electronically without requiring the need of a physical presence of the founder before the authorities of the Member State of registration, the admission of the possibility of the registered office of an SUP and its central administration being located in two different Member States and the new treatment of the share capital, doing away with a minimum capital amount and introducing the requirement for the solvency statement signed by the management body as a containment barrier limiting distributions to shareholders.

Keywords: SUP, Societas Unius Personae, one-person limited liability company, European company law, harmonization, Directive EU.

SUMARIO: I. LA TÉCNICA DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA: ORÍGENES Y RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—II. LA 12 DIRECTIVA EUROPEA Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—III. EL PROYECTO DE UNA NUEVA DIRECTIVA SOBRE SOCIEDADES UNIPERSONALES. 1. El origen: breve historia del frustrado reglamento de la sociedad privada europea. 2. El proyecto a la luz del plan de acción de la Comisión Europea. 3. Estructura de la Directiva. 4. ¿Nuevo tipo europeo o armonización de las legislaciones nacionales? El discutible fundamento legal del proyecto.—IV. EXAMEN DE LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN. 1. Constitución mediante un formato estandarizado y registro *on line*. 2. Domicilio registral y sede real. 3. Capital social y distribución de beneficios. 4. Acción única. 5. Órganos de la sociedad. 6. Ausencias significativas.

I. LA TÉCNICA DE LA UNIPERSONALIDAD SOCIETARIA: ORÍGENES Y RECONOCIMIENTO LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La personificación jurídica de la empresa constituye, como es bien sabido, una opción técnica a la hora de limitar la responsabilidad del empresario individual por las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad empresarial, alternativa a la técnica de la separación de patrimonios, es decir, a la figura del empresario individual de responsabilidad limitada. Esta última fue la solución adoptada por el Derecho portugués, que se ha introducido también en Francia por la ley 2010-658, de 10 de junio, sobre el empresario individual de responsabilidad limitada, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, y más recientemente en España a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, aunque de manera muy restringida, pues la limitación de responsabilidad alcanza sólo a la vivienda habitual siempre que su valor no supere los 300.000 euros (o los 450.000 en las poblaciones de más de un millón de habitantes).

La unipersonalidad societaria permite eludir las dificultades que para la construcción de esta segunda figura supone en Derecho civil el principio de la responsabilidad patrimonial universal. Además presenta importantes ventajas comparativas de tipo práctico, que favorecen la conservación de la empresa:

- Independiza la subsistencia y funcionamiento regular de la empresa individual respecto de las vicisitudes de su titular (fallecimiento, incapacidad, retirada del negocio).
- Facilita la transmisión unitaria *inter vivos* o *mortis causa* de la empresa, en contraste con la mayor complejidad que supone la transmisión de la empresa individual.

- Favorece la financiación empresarial, al permitir una fácil entrada de nuevos socios que aporten capital para cubrir las necesidades de la empresa.
- Permite crear sectores de actividad autónomos dentro de la empresa, constituyendo un instrumento útil para la creación de grupos y los procesos de concentración empresarial.

En casi todos los países europeos se ha llegado al reconocimiento de la sociedad unipersonal originaria a partir de la admisión, por unas vías u otras, de las situaciones de unipersonalidad sobrevenida y de pluralidad aparente (sociedades de favor), con el correctivo de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en el caso de que la actuación del socio único no respetase la necesaria separación entre el patrimonio de la sociedad y el suyo personal. Igualmente ha influido en el resultado la admisión de las sociedades unipersonales constituidas por entidades de Derecho público.

La posibilidad de constituir sociedades unipersonales empieza a aparecer en los ordenamientos nacionales a finales de los años sesenta y comienzos de los años setenta del pasado siglo. Sucede primero en Alemania, con la Ley de transformación de sociedades de 1969, que permite la transformación de los comerciantes individuales en sociedades anónimas mediante una declaración jurídica unilateral, y después con la Ley de 1980, que regula por vez primera la fundación unipersonal de sociedades de responsabilidad limitada. Sigue Dinamarca, con la ley de 13 de febrero de 1973, que contempla que una sociedad limitada pueda ser constituida por uno o más socios. Posteriormente se suman Francia (Ley de 11 de julio de 1985, en la que se admite la fundación originaria de sociedades unipersonales de sociedad limitada), Holanda (Ley de 16 de mayo de 1986), Bélgica (Ley de 14 de julio de 1987), Reino Unido (Reglamento 1699/1992) e Italia (Decreto legislativo de 3 de marzo de 1993).

En el Derecho español, la unipersonalidad societaria no estaba contemplada ni en la ley de anónimas de 1951 ni en la de limitadas de 1953, si bien el preámbulo de la primera aludía a ella al declarar que la reunión de todas las acciones en una sola mano no debía producir «inmediatamente» la disolución de la sociedad.

Ante el silencio de la ley, la DGRN hubo de ocuparse del asunto en numerosas resoluciones (las de 11 de abril de 1945, 22 de noviembre de 1957, 18 de junio de 1979 y 7 de julio de 1980, entre otras), estableciendo que la concentración de todo el capital de la sociedad en un solo socio no constituía causa de disolución, y que la situación de unipersonalidad sobrevenida era transitoria por naturaleza, sin un límite temporal definido, pero sí acotado por los principios generales que prohíben el abuso de derecho e imponen el respeto a la buena fe.

No obstante, las resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985 DGRN supusieron un paso atrás al declarar no inscribible en el Registro mercantil una ampliación de capital decidida por el socio único, por tratarse de una medida no tendente a reconstruir la pluralidad de socios.

Finalmente, la Resolución de 21 de junio de 1990 admitió abiertamente por vez primera en nuestro Derecho la sociedad limitada unipersonal. Superando la visión contractualista del fenómeno asociativo, vino a considerar a las sociedades de capital como estructuras organizativas de la empresa, y a permitir así la participación del empresario individual en el tráfico económico con las ventajas de la limitación de responsabilidad. En esta resolución, la DGRN declara que no existe incompatibilidad entre la unipersonalidad sobrevenida y el concepto de sociedad de capital, pues en éste predomina el aspecto organizativo sobre el personal; ni entre sociedad unipersonal y personalidad jurídica, ya que ésta tiene siempre como sustrato una unidad artificial de imputación jurídica; ni tampoco entre la sociedad limitada unipersonal y el principio de la responsabilidad personal patrimonial universal, pues lo importante es la existencia de un fondo de responsabilidad adecuado.

Sin embargo, el reconocimiento legal expreso no se produjo hasta cinco años más tarde, mediante la ley de sociedades limitadas de 23 de marzo de 1995.

II. LA 12 DIRECTIVA EUROPEA Y SU TRASPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el Derecho comunitario encontramos precedentes en la primera Directiva, cuyo artículo 11 vino a reconocer la posibilidad de que las legislaciones de los Estados miembros admitieran la sociedad unipersonal originaria, y en la segunda Directiva, que establece en el artículo 5.1 que la concentración de todo el capital de la sociedad en un solo socio no constituye causa de disolución de pleno derecho.

El reconocimiento definitivo llega con la decimosegunda Directiva, de 21 de diciembre de 1989, cuyo texto actual ha sido establecido por la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009 (D. O. L 258 de 1-10-2009), sin introducir cambios sustanciales respecto al texto inicial. En ella convergen dos programas diferentes, el de armonización del Derecho de sociedades, por una parte, y el de acción a favor de las PYMES, por otra. Se consagra la sociedad unipersonal de sociedad limitada como expediente técnico prioritario para permitir a nivel europeo la limitación de responsabilidad del empresario individual, aunque se admite también (a fin de salvar el modelo portugués) el expediente del empresario individual de responsabilidad limitada, sometiéndolo a las mismas garantías de publicidad y demás que a la sociedad limitada unipersonal. Igualmente se reconoce la

posibilidad de que las legislaciones nacionales de los Estados miembros admitan la sociedad anónima unipersonal, sujeta a esas mismas garantías.

La trasposición de la decimosegunda Directiva tuvo lugar en España mediante la Ley de Sociedades Limitadas 2/1995, de 23 de marzo, que dedicó los artículos 125 a 129 al régimen de la sociedad limitada unipersonal. Además, la disposición adicional 2.^a 23 vino a añadir al texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas un nuevo capítulo XXI, relativo a la sociedad anónima unipersonal, cuyo único artículo 311 disponía que se aplicase a ésta el mismo régimen de la sociedad limitada unipersonal. Dicho régimen, común para los dos tipos, ha pasado actualmente a contenerse en el capítulo tercero del título primero (artículos 12 a 17) del texto refundido de la ley de sociedades de capital, aprobado por el RD-L 1/2010, de 2 de julio.

De esta manera, nuestro Derecho ha optado, a semejanza del alemán y a diferencia del francés, por una aplicación amplia de la técnica de la unipersonalidad societaria, que no queda restringida al ámbito de las PYMES, como forma jurídica para instituir el empresario individual de responsabilidad limitada, sino que sirve también en el ámbito de las empresas de mayor dimensión para constituir grupos de empresas mediante la formación de cadenas de sociedades coligadas. Tal opción de política legislativa resulta, además, acorde con la polivalencia funcional del tipo de la sociedad anónima en nuestro Derecho, que le permite servir como forma organizativa de las iniciativas empresariales de grandes, medianas o pequeñas dimensiones

III. EL PROYECTO DE UNA NUEVA DIRECTIVA SOBRE SOCIEDADES UNIPERSONALES

1. El origen: breve historia del frustrado reglamento de la sociedad privada europea

El proyecto que comentamos aquí tiene como antecedente inmediato el frustrado Reglamento de la Sociedad Privada Europea, que a su vez derivaba de la Small Business Act, una iniciativa de la Comisión lanzada el 25 de junio de 2008, y respaldada por el Consejo de la UE en diciembre del mismo año, para hacer efectivo el principio político de apoyo a la pequeña empresa, sintetizado en la fórmula «Pensar primero en lo pequeño» («Think small first», en inglés). No se trata, pese al nombre, de un texto normativo, sino de «soft law»: una propuesta de diversas medidas, a nivel comunitario o de los Estados miembros, tendentes a abrir a las PYMES las ayudas y los concursos públicos, establecer tipos reducidos de IVA para los servicios prestados localmente, reducir la morosidad en los pagos, rebajar el tiempo requerido para la creación de nuevas empresas y para la obtención de permisos administrativos y crear un tipo societario europeo adecuado para

las PYMES, entre otras. Hay tres áreas prioritarias: la simplificación administrativa, el acceso a la financiación y el acceso a los mercados.

Entre las medidas tendentes a la simplificación se encuentra la aprobación de un Reglamento europeo sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), adaptado a las necesidades de las PYMES, de manera que la SPE pueda ser creada y operar en todos los Estados miembros sobre unos mismos principios uniformes.

El mismo 25 de junio de 2008 (fecha de la SBA), la Comisión presenta un proyecto de Reglamento y comienza el proceso legislativo. La base legal de la intervención a nivel comunitario es el artículo 308 del Tratado CE (actualmente 352 del TFUE), que contempla el caso de competencias no atribuidas o atribuidas insuficientemente a la Unión Europea, pero cuyo ejercicio resulta necesario para los objetivos del mercado único. Ello significa, conforme a ese mismo artículo del Tratado:

- Que la propuesta de Reglamento elaborada por la Comisión ha de ser aprobada por el Consejo por unanimidad, con lo que cualquier Estado puede vetarla.
- Y que el Parlamento europeo ha de ser oído en consulta ordinaria, pero no tiene capacidad de oposición.

Aunque hay antecedentes anteriores, la creación de un estatuto comunitario de sociedad cerrada, complementario del de la SE y destinado a favorecer la internacionalización de la PYME, ha venido siendo reclamada desde el año 1998 por la Cámara de Comercio e Industria de París y por la patronal francesa MEDEF, instituciones que han participado activamente en la gestación del proyecto. No obstante, se ha señalado la presencia de otros intereses detrás, como los de un sector de la industria alemana, que estaría a la búsqueda de vías de escape a un ordenamiento nacional excesivamente exigente en ciertas materias, sobre todo en cuanto la participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas.

Por otra parte, el proyecto de la SPE puede considerarse el resultado del agotamiento del proceso de armonización, coincidente en el tiempo con el descubrimiento de la importancia de las PYMES para la economía europea. La Comisión abandona la idea de la armonización del Derecho de Sociedades ante la dificultad enorme de manejar una Europa con 27 Estados (28 hoy, tras la incorporación de Croacia), para sustituirla por la del establecimiento de un régimen europeo alternativo, el llamado entonces 28 régimen, en concurrencia con los diversos regímenes nacionales. Esta nueva orientación implica necesariamente optar entre establecer una regulación detallada con las correspondientes normas de Derecho

supletorio, lo que supondría muchos años de trabajos preparatorios e interminables debates a 28 bandas, o limitarse a fijar unos cuantos principios básicos y dejar todo lo demás a la legislación de cada Estado.

Pero no parece que la Comisión pudiese hacer lo primero, ni que quisiera lo segundo, pues siguió la vía intermedia de la autorregulación, delimitando un amplio campo de materias que los estatutos de la SPE habrían de abordar obligatoriamente, a fin de sustraerlas a la competencia normativa de los Estados nacionales. De ahí la desprotección de los intereses de los acreedores y de los socios que caracterizaba negativamente el proyecto. De ahí también que el sistema de fuentes fuera uno de los campos de batalla en la tramitación, con los Estados intentando «sacar» materias del ámbito de regulación estatutaria definido en el proyecto para «devolverlas» al legislador nacional y la Comisión resistiéndose tenazmente.

Junto a la insistencia en la creación de un régimen exclusivamente de Derecho comunitario sin remisión a los Derechos nacionales, hay que destacar el interés de la Comisión por facilitar el acceso a este tipo social, incluso en ausencia de todo elemento o expectativa de actividad empresarial internacional. Ni para la constitución *ex-nihilo* ni para la realizada por la vía de la transformación, fusión o escisión, exigía el proyecto requisito transfronterizo alguno. La idea era abrir la competencia del tipo europeo con los tipos equivalentes de los Estados miembros, de manera que el Derecho comunitario pudiese llegar a desplazar efectivamente a los Derechos nacionales, sin tener en cuenta la distorsión producida por la introducción en un mismo ordenamiento jurídico nacional de normas inspiradas en principios opuestos a los aplicados para los tipos nacionales, ni la injustificada discriminación que ello podría suponer para las sociedades constituidas con arreglo a estos últimos.

Por lo demás, era patente la influencia de la concepción anglosajona del Derecho societario, predominante dentro de la Comisión. Además de en el reconocimiento de un margen muy amplio a la autonomía de la voluntad, se manifestaba en estos tres rasgos, que como veremos están presentes también en el proyecto de la Directiva sobre la SUP:

- El rechazo de la idea de un control preventivo de legalidad y de las exigencias de forma documental pública y de publicación de la identidad de los socios. Así, en el proyecto inicial, la constitución requería únicamente forma escrita; la ley nacional sólo podía exigir para la inscripción un único control de legalidad, no necesariamente previo a la registración; la identidad de los socios no accedía al registro y la transmisión de las participaciones sociales sólo requería, como la constitución, forma privada (e inscripción en el libro-registro de socios).
- El abandono del sistema de protección de los acreedores a través de la disciplina del capital social para dar paso a otro basado en la apreciación

de la solvencia por el órgano de administración. En el proyecto inicial, el capital mínimo era de un euro y no se requería desembolso alguno. Además se contemplaba que, en virtud de una previsión estatutaria *ad hoc*, las distribuciones de beneficios a los socios pudieran basarse en la certificación de solvencia suscrita por el órgano de administración.

- El abandono del principio de coincidencia necesaria entre el domicilio registral y el de la sede real o de la administración efectiva de la sociedad, que había sido acogido en el Estatuto de la Sociedad Europea, y su sustitución, de manera expresa, por el principio contrario.

El proyecto de la Comisión, con numerosas enmiendas, fue aprobado en el Parlamento Europeo por Resolución legislativa de 10 de marzo de 2009, pero no llegó a obtener la necesaria unanimidad dentro del Consejo de la UE. El último texto de compromiso, presentado por la presidencia húngara, fue rechazado por los gobiernos alemán y sueco en el Consejo europeo de «competitividad» celebrado los días 30 y 31 de mayo de 2011, y desde entonces la iniciativa ha estado en vía muerta, hasta el anuncio de su retirada definitiva por la Comisión europea el 2 de octubre de 2013².

2. El proyecto a la luz del plan de acción de la Comisión Europea

El actual plan de acción de la Comisión Europea, publicado el 12 de diciembre de 2012³, parte en materia de Derecho societario de una doble consideración; por una parte, la importancia del Derecho societario europeo para el mercado interior, al facilitar el libre establecimiento de las empresas, proporcionando a éstas transparencia, seguridad jurídica y un mejor control de sus operaciones; pero, por otra parte, la dificultad actual de establecer acuerdos técnicos y políticos dentro de la UE para la aprobación de iniciativas legislativas en esta materia. La sombra del fracaso del proyecto del estatuto para la Sociedad Privada Europea (SPE) está presente y parece explicar el carácter minimalista del plan actual.

El único objetivo que se proclama aquí es sostener el crecimiento y la competitividad de las empresas por la vía de la simplificación de las operaciones transfronterizas, especialmente para las PYMES. A tal efecto se anuncian las siguientes propuestas legislativas:

² Vid. anexo de la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «Adecuación y eficacia de la normativa (RETIF): resultados y próximas etapas» [COM(2013) 685 final].

³ Bajo la forma de una Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los Comités económico-social y de las regiones, COM (2012) 740 de 12-12-2012, «Plan de Acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo. Un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas».

- Revisión del régimen de la fusión transfronteriza, que abordaría la armonización de los métodos de valoración de activos, de la duración del período de protección de los derechos de los acreedores y de las consecuencias para éstos de la fusión.
- Reglamentación por primera vez de la escisión transfronteriza, de manera que cualquier sociedad pueda realizar directamente una operación de este tipo, sin necesidad de recurrir, como en la actualidad, a vías indirectas más costosas (creación de una filial seguida de una transmisión de activos o realización de una escisión nacional seguida de un traslado internacional de domicilio). Lo más probable es que esta iniciativa se lleve a cabo simultáneamente con la antes mencionada, por la vía de una modificación de la Directiva 2005/56/CE, sobre fusiones transfronterizas, que iría precedida del correspondiente estudio previo, estudio cuya conclusión estaba prevista en el segundo semestre del año.
- Reglamentación, asimismo por vez primera, del traslado internacional de domicilio, precedida de una consulta pública y de un estudio de impacto. Por tanto esta, iniciativa queda postergada a las dos anteriores y su resultado seguramente va a depender del de éstas.

El plan contempla también una iniciativa aún no especificada sobre grupos de sociedades, a desarrollar durante el año 2014, tendente a mejorar las obligaciones de comunicación y a reconocer el concepto de «interés de grupo», quedando excluida en todo caso la idea de una regulación íntegra a nivel europeo de los grupos de sociedades.

Por último, el plan prevé la codificación del Derecho societario, limitándose a anunciar para el año 2013 la integración en un instrumento único de las principales Directivas, que afectaría a la 1.^a y la 2.^a, a las de fusiones y escisiones, tanto nacionales como internacionales, a la de sucursales, a la de la sociedad unipersonal y a la de interconexión de registros mercantiles. No se dice nada en cuanto al tipo de codificación previsto y si va a implicar o no la refundición de los actuales textos.

En cambio, la Comisión parece haberse resignado a abandonar la iniciativa legislativa sobre la SPE y, en general —se afirma—, sobre nuevos tipos societarios de Derecho europeo. El objetivo de simplificar y aligerar las condiciones de ejercicio de la actividad de las PYMES se mantiene, pero su realización va a buscarse por medios diferentes, que no se especifican⁴.

⁴ También excluye expresamente el plan de acción de la Comisión, lo que no es menos significativo, la revisión de los Reglamentos de la Sociedad Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea, por entender que las ventajas en términos de simplificación y mejora técnica del marco regulatorio no compensarían las dificultades inherentes a la reapertura de los debates. En su lugar, el plan se limita a contemplar el lanzamiento durante el año 2013 de una campaña informativa, que dará a conocer a través de un sitio *web* el régimen legal aplicable a la SE y sus ventajas prácticas.

Es de señalar que el proyecto de Directiva sobre sociedad unipersonal que es objeto de esta exposición no está contemplado expresamente en el plan de acción. El punto 4.4 de la Comunicación se limita a enunciar el propósito de la Comisión europea de continuar explorando medios para mejorar el marco regulatorio y administrativo en el que operan las PYMES, con la finalidad de facilitar sus actividades transfronterizas, dotarlas de normas sencillas, flexibles y bien conocidas en toda la UE y reducir sus costes actuales.

Sin embargo, muy poco después de hacer pública la decisión de abandonar definitivamente la iniciativa legislativa sobre la Sociedad Privada Europea, y según lo anunciado en la misma Comunicación de 2 de octubre de 2013, la Comisión europea lanza este nuevo proyecto, al que la propia Exposición de motivos califica de «planteamiento alternativo a la SPE» y que sigue en buena medida las líneas básicas del frustrado Reglamento de la SPE.

3. Estructura de la Directiva

El proyecto estructura la Directiva en tres partes. La primera (artículos 1 a 5, bajo el título «Disposiciones Generales») viene a revisar la Duodécima Directiva, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (Directiva 89/667/CEE, de 21 de diciembre de 1989, cuya actual versión codificada ha sido establecida por la Directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009). No hay muchos cambios, el principal, tal vez, la supresión de la posibilidad reconocida actualmente en el artículo 7 de que un Estado miembro no permita la sociedad unipersonal si su ley nacional contempla el empresario individual de responsabilidad limitada.

La segunda parte de la Directiva (artículos 6 a 25, aplicables exclusivamente a las sociedades limitadas, no a las anónimas) introduce y regula lo que parece ser un nuevo tipo societario, la llamada «Societas Unius Personae» —en anagrama SUP—, que, a elección de cada Estado miembro, podría bien sustituir al tipo nacional de sociedad limitada unipersonal, bien convivir con él. Estos son los rasgos más destacables:

— Puede ser constituida por cualquier persona física residente en la UE o por cualquier persona jurídica inscrita en un Estado miembro, ya *ex novo*, ya por vía de transformación de una sociedad limitada preexistente, sin que se requiera la realización o el propósito de realización de una actividad económica transnacional. Tampoco hay restricción alguna por razón del tamaño de la empresa⁵.

⁵ Vid. SERRA, Cristina: «Societas Unius Personae (SUP) — Um Golem na União Europeia?», en *Direito das Sociedades em Revista* (DSR), vol. 12 (2014), páginas 127-151, acerca de los riesgos de que la SUP se convierta en un instrumento al servicio de las grandes empresas para la elusión de las normas del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea, o en una herramienta para el lavado de dinero, el fraude fiscal u otras actividades ilícitas.

- Se rige por estatutos-tipo, disponibles por medios electrónicos, cuyo texto elaborará la Comisión, con la asistencia de un Comité de expertos.
- La inscripción de la sociedad en el Registro mercantil se realiza *on-line*, sin que los Estados miembros puedan exigir la presencia física de los socios ante una autoridad nacional del Estado miembro en que vaya a inscribirse.
- Los Estados miembros pueden establecer normas para controlar la identidad del fundador y la legalidad de los documentos presentados a inscripción, pero necesariamente han de aceptar la identificación efectuada en otro Estado miembro, incluso por medios electrónicos.
- El domicilio inscrito y la sede real (centro de administración o establecimiento principal) han de estar dentro de la UE, pero no necesariamente en el mismo Estado miembro.
- El capital mínimo es un euro y ha de estar íntegramente suscrito y desembolsado al tiempo de la constitución de la sociedad.
- Para el reparto de beneficios se requiere, además de superar la prueba del balance, una declaración de solvencia de la sociedad suscrita por el órgano de administración.

Se pretende, pues, abrir la puerta a la constitución *on-line* de sociedades unipersonales en cualquier Estado miembro, con firma electrónica reconocida y sin intervención notarial; dar carta de naturaleza a nivel europeo a la disociación entre la sede real y la sede registral de la sociedad y abandonar la idea de un capital social mínimo determinado legalmente.

La tercera parte de la Directiva, bajo el título «Disposiciones finales» (artículos 26 a 33), aborda diversas cuestiones como la habilitación a la Comisión europea por tiempo indefinido para llevar a cabo los actos delegados previstos en la parte segunda, el plazo de trasposición (dos años), la derogación de la Directiva hoy vigente al concluir dicho plazo o la entrada en vigor de la Directiva, según la regla general, a los veinte días de su publicación oficial.

4. ¿Nuevo tipo europeo o armonización de las legislaciones nacionales? El discutible fundamento legal del proyecto

La primera cuestión que se plantea es si, como parece, estamos ante un nuevo tipo societario europeo, del mismo modo que lo son la Sociedad Anónima Europea (SE), la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) o la Agrupación Europea de

Interés Económico (AEIE), o si, como sostiene la Comisión, se trata de un mero conjunto de normas armonizadas que a lo sumo conformarían un subtipo de cada uno de los diferentes tipos nacionales. Tal cuestión puede considerarse esencial, pues se encuentra íntimamente ligada a la del fundamento legal de la intervención legislativa a nivel europeo y, por tanto, a la del grado de consenso político entre los Estados miembros, necesario para la aprobación del proyecto.

Como se ha indicado anteriormente, el proyecto de Estatuto de la SPE, de 25 de junio de 2008, inspirado en principios similares, no ha llegado a ver la luz. Requería la aprobación por unanimidad del Consejo Europeo, al tratarse de un Reglamento con base legal para la intervención a nivel comunitario en el artículo 308 del Tratado CE (actualmente, 352 del TFUE), que contempla el caso de competencias no atribuidas o atribuidas insuficientemente a la Unión Europea, pero cuyo ejercicio resulta necesario para los objetivos del mercado único. Y se topó con la oposición de Alemania y Suecia, en buena parte motivada por el tratamiento de la participación de los representantes de los trabajadores en el órgano de administración.

La Comisión ha aprendido la lección y basa ahora su nueva iniciativa en el artículo 50 del TFUE, que se refiere a las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo como medio de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, sujetando su aprobación al procedimiento legislativo ordinario, es decir, por mayoría, en vez de por unanimidad.

La Exposición de Motivos del proyecto se refiere en particular al artículo 50 2 f) del TFUE, esto es, a la eliminación progresiva de las restricciones sobre la libertad de establecimiento por lo que respecta a las condiciones de apertura de filiales. Es, por cierto, la primera vez que se invoca ese apartado como fundamento legal de una Directiva en el campo del Derecho de sociedades. No se alude, en cambio, expresamente al apartado letra g) del mismo artículo 50.2, referente a la coordinación, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, de las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros. En cualquier caso, este fundamento legal resulta muy discutible, pues no se alcanza a ver en la situación actual un obstáculo a la libertad de establecimiento, o una necesidad de armonizar la protección de los acreedores y de los terceros, que pueda justificar la actuación mediante una Directiva.

La justificación aducida en la Exposición de Motivos se centra única y exclusivamente en la conveniencia de disminuir los costes de constitución y funcionamiento de las PYMES a la hora de establecerse en el extranjero, lo que el proyecto se propone realizar mediante el procedimiento de registro armonizado, la posibilidad de registro en línea con un modelo de escritura de constitución y un nivel bajo de capital legal necesario para su constitución. Se alude a las opiniones

manifestadas en tal sentido en la consulta pública del año 2012 acerca del futuro del Derecho de sociedades europeo y en la del año 2013 sobre las sociedades unipersonales en particular, así como a otras opiniones favorables recabadas durante la fase de gestación del proyecto. Pero no se ofrecen hechos o datos que reflejen la existencia de un problema de esta naturaleza que obstaculice el libre establecimiento en el mercado único y pueda justificar la intervención a nivel comunitario a través de una Directiva.

La realidad demuestra más bien lo contrario. Esta iniciativa legislativa no responde a una demanda del mundo empresarial. Ninguna de las asociaciones que representan los intereses de las pequeñas y medianas empresas en la UE, beneficiarias en teoría de la propuesta, la había reclamado ni ha saludado su publicación. Por el contrario, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) ha emitido un informe sumamente crítico⁶, aprobado por una mayoría superior a los dos tercios, es decir, que ha recibido el apoyo no sólo de los representantes de los trabajadores, sino también de la mayoría de las entidades que integran el Grupo III, en el que se encuadran las asociaciones de pequeñas empresas, cooperativas y profesionales⁷.

Por otra parte, la mayor parte de los Estados miembros ha realizado durante los últimos años reformas en el Derecho de sociedades tendentes a favorecer el emprendimiento a través de la simplificación y el abaratamiento de los procedimientos de constitución de sociedades, en línea con las recomendaciones de la propia Comisión europea⁸.

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada, aprobado por el Pleno del CESE los días 10 y 11 de septiembre de 2014, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 19 de diciembre de 2014. Fue aprobado con 127 votos a favor, 50 en contra y 15 abstenciones.

⁷ El proyecto ha sido rechazado también por la segunda de las asociaciones patronales de Alemania, la de la construcción. Los empresarios alemanes de este sector temen, al igual que el CESE, que el nuevo instrumento europeo facilite la competencia desleal por la vía de la sustitución de los contratos de trabajo por arrendamientos de obra o de servicios con sociedades unipersonales, en fraude de las normas del Derecho laboral.

⁸ En su comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 23 de febrero de 2011, la Comisión europea hacía balance de los logros conseguidos por la «Ley de la pequeña empresa» y una reevaluación de las necesidades de las PYMES en la coyuntura económica actual, dentro de cada una de las tres áreas prioritarias: simplificación administrativa, acceso a la financiación, comercialización. En el campo de la simplificación se invitaba a los Estados miembros a poner en práctica, antes del final del año 2012, las recomendaciones del plan de reducción de tiempo y gastos para la creación de pequeñas empresas (tres días, 100 euros) y a rebajar, antes del final del año 2013, a un mes el plazo de concesión de todas las licencias administrativas, incluidas las de naturaleza medioambiental, necesarias para el inicio de la actividad empresarial. Asimismo se invitaba a los Estados miembros a reducir, antes del fin de 2013, a tres años como máximo el plazo de rehabilitación y liquidación de deudas del empresario concursado de buena fe y a adoptar medidas para favorecer la transmisión de la empresa.

En el caso de España, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, estableció en su artículo 5, bajo el título «Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital», un procedimiento de constitución telemática aplicable con carácter general a las sociedades de capital, distinguiendo tres supuestos, en relación con los plazos impuestos a los notarios y registradores para la prestación de sus funciones respectivas, así como con la reducción de los costes de constitución. En el caso de las sociedades más sencillas (es decir, en el de las limitadas cuyos socios iniciales fuesen personas físicas —todos ellos—, cuyo órgano de administración se estructurase como administrador único, varios administradores solidarios o dos administradores mancomunados, que tuvieran un capital no superior a 3.100 euros y que empleasen estatutos-modelo adaptados a los aprobados por el Ministerio de Justicia) el notario debía autorizar necesariamente la escritura de constitución el mismo día hábil en que recibiera todos los antecedentes, y el registrador calificarla e inscribirla dentro de las siete horas hábiles siguientes a su recepción; los aranceles se reducían a 60 euros el notarial y a 40 euros el registral, y se eximía de tasas la publicación de la inscripción de la sociedad en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

En la misma línea, el artículo 15 de la vigente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, que ha derogado la mayor parte del contenido del artículo 5 del referido RD-L, contempla que cualquier sociedad limitada pueda constituirse con la necesaria intervención de notario e inscribirse en el Registro mercantil a través de un procedimiento telemático, mediante el empleo de estatutos-tipo en formato estandarizado, en un plazo máximo total de dieciocho horas hábiles desde el inicio de la tramitación telemática, manteniéndose las reducciones arancelarias introducidas por la norma anterior.

Y a propósito de la reducción de costes, no podemos dejar de mencionar la exención en el impuesto de operaciones societarias de que gozan en la actualidad todas las sociedades mercantiles, tanto en su constitución como en la posterior ampliación del capital social, introducida por el artículo 3 del mencionado Real Decreto-Ley 13/2010, lo que constituyó una de las medidas más importantes e incentivadoras de esta regulación.

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, ha dado carta de naturaleza a la sociedad limitada de formación sucesiva, que puede constituirse con cualquier cifra de capital, incluso por debajo del mínimo legal, quedando sujeta a ciertas restricciones en tanto no se alcance dicho mínimo, como la obligación de destinar a reserva legal el 20 por ciento de los beneficios de cada ejercicio. Además, tanto este artículo, respecto de las sociedades de formación sucesiva, como el artículo 15 de la misma ley respecto de las sociedades constituidas mediante estatutos-tipo en

formato estandarizado, han atenuado considerablemente la obligación del desembolso íntegro del capital social simultáneamente a la constitución de la sociedad, al sustituir la obligación de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias por una declaración de responsabilidad solidaria de los fundadores frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales respecto de la realidad de tales aportaciones.

Medidas legislativas similares se han llevado a la práctica en otros países, empezando por Alemania con la ley de modernización del régimen de la GmbH, de 23 de octubre de 2008, conocida como ley MoMiG⁹, de manera que en la actualidad una sociedad limitada puede constituirse en no más de siete días en Austria, en no más de tres en Alemania, Bélgica e Italia, y en no más de uno en España y Luxemburgo, países todos ellos que requieren la intervención notarial y que han establecido asimismo reducciones de los aranceles notariales en consonancia con los objetivos de la Small Business Act.

Parece, pues, que la iniciativa de la Comisión viene a ofrecer solución a un problema que no existe en la realidad, al menos hasta el punto de constituir un obstáculo a la libertad de establecimiento de las PYMES en el mercado único europeo, y que en la mayoría de los Estados miembros ha sido resuelto satisfactoriamente, o está en vías de serlo, por el legislador nacional.

Alega en contrario la Exposición de Motivos que las iniciativas individuales de los Estados miembros se centran en el contexto nacional, pero son insuficientes para facilitar los establecimientos transfronterizos. Y como ejemplo aduce que el requisito de una presencia física ante notario u otra autoridad del Estado miembro de registro implica costes más elevados para los fundadores extranjeros que para los nacionales, por lo que debe suprimirse sin más.

La afirmación resulta sorprendente, no sólo por el olvido de un mecanismo jurídico tan útil, sencillo y poco costoso como la representación voluntaria, también por el hecho de que la exigencia de un control público previo a través de la intervención notarial se considere exclusivamente como un coste para la nueva sociedad, sin tener en cuenta ni el valor aportado a ésta por el asesoramiento notarial, ni el valor que la seguridad jurídica derivada del documento público aporta, además de a la nueva sociedad, a todos los terceros que con ella tengan que relacionarse, incluidas las Administraciones públicas, ni los costes derivados de la obtención de ese asesoramiento por vías alternativas o las externalidades que la ausencia de control público puede generar, tanto en las relaciones jurídicas entre particulares como en el ejercicio de la acción pública.

⁹ Cabe citar también la Ley belga de 10 de enero de 2010, por la que se modifica el Código de Sociedades para introducir una nueva modalidad de sociedad de responsabilidad limitada, denominada «Starter». Y en Italia, la Ley 27/2012 (por la que se convalida el Decreto ministerial de 23 de junio de 2012), que introduce la sociedad limitada simplificada, y la Ley de 7 agosto 2013 (por la que se convalida el D-L 76/2013), que modifica parcialmente el régimen de la anterior.

El argumento económico no viene, pues, avalado por datos reales ni está bien construido, puesto que se limita a invocar el ahorro de unos costes que hoy en día no son muy elevados, ni en tiempo ni en dinero, y no tiene en cuenta los costes alternativos ni el desplazamiento de costes que se produce en perjuicio de los terceros y de la acción pública estatal¹⁰.

Parece que en el fondo no se trata tanto de remover un obstáculo real a la libertad de establecimiento mediante la armonización legislativa, como de establecer a nivel europeo el modelo preferido desde el punto de vista político-jurídico¹¹.

Por otra parte, la Exposición de Motivos niega reiteradamente que el proyecto venga a crear un nuevo tipo europeo o una nueva forma jurídica supranacional para la sociedad unipersonal, y afirma que el objetivo propuesto es meramente armonizador, pues podría haberse logrado a través de la adopción independiente de leyes idénticas por parte de los Estados miembros. Sale así anticipadamente al paso de la objeción de que el establecimiento de un tipo societario europeo excede de la simple armonización y exige la aprobación de un Reglamento, con fundamento legal en el mencionado artículo 352 del TFUE, es decir, la unanimidad en el seno del Consejo europeo, tal como ha declarado el TJUE en la sentencia de 2 de mayo de 2006 (C-436/03), a propósito del Reglamento (CE) núm. 14-35/2003, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)¹².

Pero lo cierto es que, más allá de las palabras de la Exposición de Motivos, y aunque el proyecto no contenga ningún artículo sobre prelación de fuentes normativas similar al artículo 9 del Reglamento de la SCE, del contenido de la Direc-

¹⁰ En el mismo sentido, RIES, Peter: «Societas Unius Personae -cui bono?», en *NGZ* 15/2014, p. 569-570.

¹¹ A juicio de Gaudencio ESTEBAN, el proyecto se dirige a implantar un nuevo paradigma para el Derecho de sociedades de capital, más próximo a la concepción jurídica anglosajona que a la germánica hasta ahora predominante, cuyas notas serían la simplificación del proceso de fundación de la sociedad, la revisión de la función del capital social, la libre elección del domicilio social registral y, por ende, de la ley nacional aplicable, la flexibilización del funcionamiento interno y la apertura de nuevas vías para la tutela de los acreedores, basadas en el refuerzo de la responsabilidad de los administradores. ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La propuesta de Directiva sobre la “Societas Unius Personae” (SUP): las cuestiones más polémicas», en *El notario del siglo XXI*, núm. 60, marzo-abril 2015.

¹² La demanda en este caso fue presentada por el Parlamento europeo, con la Comisión como parte coadyuvante, contra el Consejo de la UE, con los Estados de España y del Reino Unido comparecidos como coadyuvantes de este último, por entender el demandante que se trataba de una norma de armonización cuyo fundamento legal adecuado debía haber sido el artículo 95 del Tratado CE y no el 308 seguido por el Consejo (actuales artículos 50 y 352 del TFUE), lo que fue desestimado por el Tribunal. A juicio de éste, el Reglamento europeo no tiene por objeto aproximar las legislaciones europeas, sino crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales. El hecho de que no fije de manera exhaustiva todas las reglas aplicables a las sociedades cooperativas europeas y remita en algunas cuestiones a las leyes nacionales de los Estados miembros no desvirtúa la afirmación anterior, pues tal remisión tiene carácter accesorio. Por ello, el Tribunal rechaza el recurso de anulación y confirma el fundamento legal del Reglamento en el artículo 308 del TCE.

tiva proyectada resulta que estamos ante una forma jurídica diferenciada de los respectivos tipos nacionales, con una etiqueta única europea, con un sistema específico de constitución *on line* basado en estatutos modelo cuya redacción se encomienda a la Comisión europea, con una regla propia en materia de Derecho internacional privado que permite disociar la sede real de la registral, con un régimen de responsabilidad peculiar y novedoso que suprime prácticamente el capital mínimo y relega la función protectora del capital social, sustituyéndola por la declaración de solvencia del órgano de administración y con una previsión específica en cuanto a la estructura orgánica, aplicándose en lo no previsto para la SUP las reglas del tipo nacional.

El resultado no parece muy diferente en este sentido del de los Reglamentos de la SE o el de la SCE. Y en otro sentido iría mucho más allá, al introducir en la mayoría de los Estados miembros para la SUP principios enteramente opuestos a los del tipo nacional equivalente.

La posibilidad —mencionada expresamente en el preámbulo— de que los Estados mantengan el tipo nacional de sociedad limitada unipersonal en coexistencia con la SUP abona también la opinión de que estamos ante un nuevo tipo societario de Derecho europeo. Y lo mismo puede decirse del régimen de la transformación establecido en los artículos 9 y 25, que contemplan la transformación de una sociedad limitada del tipo nacional en SUP y la de una SUP en otros tipos diferentes de Derecho nacional, respectivamente.

Al mismo tiempo es de observar que el proyecto tampoco es coherente con la idea de armonización legislativa que proclama su Exposición de Motivos. Un instrumento meramente armonizador debería ajustarse a las demás Directivas que desde 1968 han sido adoptadas con la finalidad de dotar de unas mínimas garantías a los derechos de los terceros. Aquí, en cambio, los artículos 11 y 13 se apartan de las exigencias establecidas en el artículo 11 de la Primera Directiva respecto a la necesaria existencia de un control de legalidad del acto constitutivo, aplicables a todas las sociedades limitadas, las cuales forman parte integrante del *acquis communautaire*, por lo que cabría esperar que la nueva Directiva las respetase o, al menos, que pusiera abiertamente sobre la mesa su modificación.

La propuesta de la Comisión europea produce, en definitiva, la impresión de un doble juego, en el que se considera a la SUP como un tipo societario nuevo a ciertos efectos pero no para otros, a fin de justificar un cuando menos dudoso cumplimiento del principio de subsidiariedad¹³.

¹³ No se cumple dicho principio en opinión de Vicente MAMBRILLA, quien considera fundadas las críticas vertidas al respecto en el dictamen del Comité Económico y Social Europeo. *Vid.* MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Propuesta de Directiva relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 43, julio-diciembre 2014, p. 535.

Probablemente habría sido mejor recibido un planteamiento menos retorcido de los objetivos pretendidos por esta iniciativa legislativa y más amplio respecto a los destinatarios de la norma, que no se limitara a las sociedades unipersonales, es decir, una vuelta, abiertamente, a la idea de la sociedad privada europea¹⁴.

IV. EXAMEN DE LOS ASPECTOS PRINCIPALES DE LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN

1. Constitución mediante un formato estandarizado y registro *on line*

El proyecto contempla en el artículo 11 un modelo normalizado de escritura de constitución o estatutos modelo, disponible por medios electrónicos, cuyo uso es obligatorio en caso de registro en línea. Si la legislación nacional permite otra forma de registro, el modelo no tiene que ser utilizado obligatoriamente. Asimismo establece el proyecto un contenido mínimo del modelo: constitución de la sociedad, capital social, acciones, órganos, cuentas y disolución social. La elaboración se encomienda a la Comisión europea por la vía de los actos delegados. Se contempla la modificación posterior de los estatutos, de conformidad con lo dispuesto en la ley nacional aplicable, debiendo quedar cubierto, en todo caso, aquel contenido mínimo.

Es de observar que los estatutos modelo son desconocidos en algunos Estados miembros, como Austria, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos. La aprobación de la Directiva obligaría a estos Estados a introducir la figura en su legislación nacional para las sociedades limitadas unipersonales de este tipo que se constituyan *on line*, en contra de la valoración negativa que hasta ahora ha hecho el legislador nacional de esta controvertida figura, por entender que produce una excesiva estandarización susceptible de generar graves problemas en el futuro por falta de una regulación adaptada a las relaciones societarias del caso particular.

También podría forzar la Directiva cambios en la legislación de aquellos países, como Italia, que excluyen o restringen de alguna manera la posibilidad de modificación posterior de los estatutos modelo.

Por lo que se refiere a España, el artículo 15 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, contempla —como antes el artículo 5 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre— que los fundadores de una sociedad de responsabilidad limitada puedan optar por constituirla mediante escritura pública con estatutos-tipo en formato estandariza-

¹⁴ En este sentido, SCHMIDT, Jessica: «Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) — super oder suboptimal», en *GmbH Rundschau*, 2014, 9, p. 130. Vid. también HOMMELHOFF, Peter y TEICHMANN, Christoph: «Die Wiederbelebung der SPE», en *GmbH Rundschau*, 2014, 4, pp. 177-186.

do, cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente. Tal desarrollo reglamentario se encuentra todavía pendiente¹⁵, pero no parece que vaya a introducir restricciones a la posibilidad de una modificación estatutaria posterior, pues la norma carecería en ese caso de base legal¹⁶.

En cualquier caso, la propuesta de la Comisión permite a los Estados miembros aplicar su régimen a todas las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada o, alternativamente, establecer la SUP como una forma societaria específica, en coexistencia con otros tipos de sociedad unipersonal de responsabilidad limitada previstos en el Derecho nacional.

Por otra parte, la técnica de la delegación en la Comisión de la elaboración del modelo no parece la más adecuada. Dada la gran diversidad existente en los Estados miembros en cuanto al régimen de la sociedad limitada, que apenas ha sido armonizado, sería muy difícil llegar a establecer *a posteriori*, mediante acto delegado de la Comisión, un modelo bien adaptado a las especialidades de cada ley nacional aplicable. En este sentido, la propuesta produce la impresión de un exceso de impaciencia al colocar, podría decirse, la carreta por delante de los bueyes.

El uso de estatutos-tipo se asocia al procedimiento de constitución *on line*, que constituye según el texto explicativo del proyecto, la parte esencial del mismo. Con el fin de que resulte más fácil y menos costoso crear filiales en otros Estados miembros, la Directiva obliga a los Estados miembros a ofrecer un procedimiento de registro que pueda ser cumplimentado electrónicamente a distancia en su totalidad, sin que se requiera la presencia física del fundador ante las autoridades del Estado miembro de registro.

El artículo 13 enumera taxativamente los datos y documentos que los Estados miembros pueden exigir para el registro de la SUP y contempla el establecimiento por la Comisión, mediante un acto delegado, de un modelo uniforme de inscripción.

El artículo 14, tras declarar que la sociedad se registrará en el Estado miembro en el que tenga su domicilio social y adquirirá a partir de la inscripción per-

¹⁵ Hasta entonces sigue en vigor la Orden Ministerial JUS/3185/2010, de 9 de diciembre, dictada en desarrollo del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, por la que se aprobaron los estatutos-tipo de las sociedades de responsabilidad limitada. No obstante, en el momento mismo de revisar este texto antes de su publicación, se anuncia la aprobación por el Consejo de Ministros del 29 de mayo de 2015, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Industria, Energía y Turismo, de un Real Decreto por el que se establecen los requisitos del modelo estandarizado y con campos codificados que cumplirá el estatuto-tipo, a la vez que se regula la puesta en funcionamiento de la agenda electrónica notarial y la bolsa de denominaciones sociales.

¹⁶ Para la SLNE, en cambio, sí limita el artículo 450 de la Ley de sociedades de capital las modificaciones posteriores a la denominación, el domicilio y, dentro de los límites fijados en la propia Ley, el capital social.

sonalidad jurídica, impone a los Estados el establecimiento de un sistema de registro *on line*, que no exija del fundador comparecer ante una autoridad del Estado miembro de registro. Y si bien contempla el establecimiento de normas para verificar la identidad del socio fundador y la admisibilidad de los documentos y demás datos presentados al registro, impone la aceptación por las autoridades del Estado de registro de cualquier identificación expedida en otro Estado miembro, incluida la identificación expedida por vía electrónica. Tampoco permite este artículo condicionar la inscripción a la obtención de cualquier licencia o autorización.

Esta norma entra en colisión con el sistema de control preventivo establecido en buena parte de los Estados miembros. Los ordenamientos nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, entre otros, requieren el otorgamiento de escritura pública notarial para la constitución de cualquier sociedad limitada, incluidas las unipersonales, lo que supone que el socio único fundador debe comparecer, personalmente o por medio de representante legal o voluntario, ante un notario del país donde la sociedad vaya a registrarse.

Con pequeñas variantes, la actividad del notario es muy similar en todos estos países. Consiste en identificar al otorgante —y al titular real, en caso de que fuera persona diferente—, asegurarse de que tiene capacidad jurídica y presta su consentimiento de forma libre e informada, comprobar la validez de los estatutos legales —cuya redacción generalmente asume también el notario—, la realidad de la suscripción y del desembolso del capital y el cumplimiento de todos los demás requisitos legales y consignar todo ello en un documento público redactado por el propio notario y firmado ante él por el otorgante, cuyo original conserva el notario.

Dicho documento produce unos efectos cualificados como consecuencia de las garantías implícitas en su elaboración, entre ellos el acceder al Registro y fundamentar la eficacia de la publicidad registral. No se dan en estos países los problemas de seguridad que afectan a los Registros de aquellos otros, como el Reino Unido, que desconocen el concepto de seguridad jurídica preventiva¹⁷.

Una parte de esta actividad del notario, el asesoramiento jurídico, beneficia fundamentalmente al nuevo empresario. Puede ser más o menos necesaria, según

¹⁷ Es bien conocido el problema de la falta de seguridad de los Registros públicos de ciertos países, derivado del acceso a los mismos de datos no autenticados, con manifestaciones tan graves como el robo de identidad de compañías, con una media de entre 50 y 100 casos al mes en el Registro de sociedades de Inglaterra y Gales, según publica la página *web* del propio Registro inglés (www.companieshouse.gov.uk), y con un catálogo variado que incluye el cambio no consentido de la denominación o el domicilio social, el nombramiento de administradores sin el conocimiento o el consentimiento del designado o la inscripción de documentos nulos con ocasión de conflictos internos dentro de la sociedad. Se trata de una cifra altísima, incluso puesta en relación con el muy elevado número de sociedades inscritas en ese Registro.

la complejidad de cada caso, las circunstancias que en él concurran o la apreciación subjetiva individual, y cabe renunciar a ella o delegarla en otros juristas diferentes del notario. Pero hay otra parte de esa actividad, la que se refiere al control de la legalidad, en la que el notario ejerce funciones públicas, actuando sobre todo en interés de los terceros que van a relacionarse con la nueva sociedad y en interés del propio Estado, por lo que no es renunciable ni transferible a otros ámbitos fuera del control del Estado.

En este aspecto, para los Estados que se han dotado de sistemas de seguridad jurídica preventiva basada en el documento público, el control notarial es tan necesario en el caso de la sociedad unipersonal como cuando la sociedad tiene un origen contractual.

Aunque los términos del artículo 14 no son del todo claros, el preámbulo parece indicar que la Directiva pretende abrir el Registro mercantil de cualquier Estado miembro —incluidos los que exigen titulación pública como regla general— a la constitución de sociedades limitadas unipersonales desde la ventanilla única de cualquier otro Estado miembro o incluso mediante simples declaraciones privadas remitidas con firma electrónica.

La equiparación que el artículo 14 establece entre la identificación electrónica y el control preventivo notarial no tiene fundamento. La firma electrónica de un documento puede garantizar, como mucho, que el contenido de éste no ha sufrido alteración y que se ha creado mediante un dispositivo que en cierta fecha se puso a disposición de una determinada persona, pero nada más. Sin la intervención del notario no hay seguridad de que el firmante sea esa misma persona, de que conozca el contenido del documento y de que haya prestado libremente su consentimiento al mismo. Ni siquiera de que esté vivo en el momento de constituir la sociedad. La firma electrónica no convierte a un documento privado en público.

Tal equiparación sería contraria a lo dispuesto en el Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, que equipara la firma electrónica cualificada a la firma manuscrita, pero atribuye a las legislaciones nacionales determinar los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los Estados miembros (considerando 49 y artículo 25), como hace el artículo 1.2 de la Ley española 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, al establecer que las disposiciones legales sobre firma electrónica no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten¹⁸.

¹⁸ Vid. WUISMAN, Iris: «The Societas Unius Personae (SUP)», en *European Company Law* 12, núm. 1 (2015), pp. 34-44, acerca del problemático engarce de la nueva propuesta de la Comisión con el Reglamento europeo 910/2014, de 23 de julio de 2014. Advierte esta profesora de la Univer-

Ya se ha apuntado antes el problema de la insuficiente justificación legal de una inmisión tan intensa como ésta en la competencia normativa de los Estados. También se ha señalado que la norma contradice lo dispuesto actualmente en el artículo 11 de la primera Directiva, a cuyo tenor: *«En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, deberán constar en escritura pública»*.

Pero se intuyen también otros problemas de orden práctico. En nuestro ordenamiento jurídico rige un principio general espiritualista de libertad formal. Sin embargo, una cosa es que, como regla general, se pueda acreditar la existencia de un acto jurídico por cualquier medio probatorio en un procedimiento judicial declarativo, sujeto a los principios de contradicción y prueba, y otra bien distinta es obtener determinados efectos legitimadores en el tráfico extrajudicial, lo que no se consigue de cualquier manera. Sin títulos de calidad no es posible legitimarse para actuar en el tráfico, ni cabe pensar en la eficacia que algunos ordenamientos jurídicos, como el español, anudan a la publicidad registral, pues tales efectos dependen en gran medida de la calidad de la información que accede a los Registros públicos. Al pensar en la futura interpretación y aplicación práctica de la norma surgen algunas dudas. ¿Van a predicarse los mismos efectos de una inscripción basada en las garantías que derivan del documento público notarial que de la realizada mediante una declaración carente de la fe pública? A la luz del artículo 1280 del Código civil, ¿cómo va a acreditar su representación una SUP constituida *on line* para un acto que deba documentarse ante notario o acceder a los Registros públicos en España? Parece evidente que un sistema no puede funcionar sobre dos principios opuestos. El socio único podría, pues, tener que afrontar costes no previstos por el legislador europeo, al menos hasta que se aclarase en la jurisprudencia y en la doctrina la prevalencia de un criterio u otro.

Por otra parte, la constitución *on line* facilitaría extraordinariamente el blanqueo de capitales, al suprimir el control que actualmente realizan los notarios, en sentido no sólo formal, mediante el contacto personal con los otorgantes.

España cuenta con un sistema muy eficaz de información sobre la titularidad real de las sociedades mercantiles, cuyo funcionamiento en la práctica ha sido

sidad de Leyden que la obligación impuesta en el artículo 14 del proyecto a los Estados miembros de aceptar y reconocer un medio de identificación electrónica expedido en otro Estado miembro no está coordinada con el régimen del mencionado Reglamento, pues éste no exige a los Estados miembros comunicar a la Comisión europea sus sistemas de identificación electrónica y les permite rechazar cualquier medio de identificación electrónica procedente de otro Estado miembro que no se base en un sistema de identificación electrónica oportunamente comunicado a la Comisión y que cumpla el nivel de seguridad determinado por ese Estado miembro para el acceso a un determinado servicio público en línea.

comprobado por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI o FATF, por sus siglas en inglés) en su reciente inspección a nuestro país en junio de 2014 y valorado muy positivamente en el informe subsiguiente¹⁹, hasta el punto de recomendar la extensión a la transmisión de las acciones nominativas de sociedades anónimas no cotizadas del sistema seguido para la transmisión de participaciones de sociedades limitadas.

Ese sistema se basa, por una parte, en la interacción personal del notario y los otorgantes, que permite a aquél comprobar la identidad de éstos, indagar la identidad del titular real y detectar incoherencias, por ejemplo, entre las circunstancias personales (edad, educación, habilidades profesionales) y los medios materiales o la complejidad del proyecto empresarial, y formular, en caso de albergar alguna duda sobre la existencia de un supuesto de blanqueo de capitales, la correspondiente advertencia al Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales. Y por otra parte se basa en el análisis de la información procedente de todos los protocolos notariales, mediante el acceso al índice único informatizado, que se realiza por el Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales (OCP), regido por la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado y por la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales. El análisis de los datos cruzados permite detectar supuestos de blanqueo en operaciones intervenidas por diversos notarios, en fechas y lugares diferentes, que aisladamente consideradas escapan a las sospechas de cada notario individual, pero cuya visión en conjunto revela que han sido diseñadas para el blanqueo.

Desde finales del año 2006, en que empezó a funcionar el sistema, se han comunicado por los notarios españoles al OCP más de 2.300 casos sospechosos de blanqueo, relacionados exclusivamente con la constitución de sociedades limitadas, es decir, sin incluir la transmisión de participaciones, la ampliación o reducción del capital u otras modificaciones posteriores a la constitución, lo que representa aproximadamente el 10 por 100 del número total de comunicaciones. Y se han detectado por análisis de los datos cruzados cerca de trescientos casos más.

En el esquema diseñado por el proyecto de Directiva, si la constitución se realizara a través de una ventanilla única «oficial» en el país del fundador, podría darse algún tipo de control sustitutivo, pero difícilmente llegaría a ser efectivo, pues los sistemas actuales están diseñados a escala nacional. La previsión de una comunicación internacional entre funcionarios a través del Sistema de Información en el Mercado Interior (IMI) resulta, sencillamente, poco realista.

¹⁹ Puede encontrarse el informe en internet en la siguiente dirección: www.fatf-gafi.org/countries/s-t/spain/documents/mer-spain-2014.html.

Pero en el caso de constitución directa mediante identificación electrónica, el socio escaparía a cualquier control material: el que, en su caso, se estableciera en el país del Registro sería meramente formal y fácilmente eludible, en ausencia de contacto personal. El desplazamiento del control a las entidades financieras en el momento de la apertura de la cuenta tampoco parece ser la solución, pues podría igualmente eludirse, desde el momento en que se establece un capital mínimo de un euro.

En este sentido, el proyecto entra en colisión con las recomendaciones del GAFI sobre prevención de blanqueo de capitales. El contacto personal es imprescindible para el cumplimiento del estándar internacional (recomendación número 24 del GAFI), que exige el conocimiento de la titularidad real de las personas jurídicas y, en particular, de las sociedades mercantiles, y el acceso inmediato de las autoridades a esta información, con el objeto de poder localizar a la persona física que, indirectamente a través del esquema de sociedades interpuestas, controla a la persona jurídica.

El artículo 14.6 prohíbe a los Estados miembros supeditar el registro de la SUP a la obtención de una licencia o autorización. Parece muy lógico y razonable que, en determinados sectores de actividad necesitados de una regulación especial, los Estados establezcan controles de acceso, por medio de la sujeción a licencia administrativa. Es discutible, en cambio, si la obtención de ésta ha de ser requisito sólo para el comienzo para el ejercicio de la actividad o también, para una mayor protección de los terceros, incluso de la inscripción en el Registro, como sucede en algunos Estados miembros, aunque no en todos, ni en todos los casos. Hay que tener en cuenta las grandes diferencias entre los Estados miembros en materia de Derecho administrativo. Por ejemplo, no todos reservan a la sociedad anónima determinadas actividades reguladas, como las financieras o las aseguradoras, ni lo hacen de la misma forma o respecto de las mismas actividades. La exigencia del artículo 14.6 podría dar pie a abusos y confusiones, al amparo de la etiqueta europea, así como a una injustificada diferencia de trato entre la SUP y otros tipos societarios, por lo que parece preferible que esta cuestión se remita al Derecho nacional.

2. Domicilio registral y sede real

El artículo 10 establece que las SUP deberán tener su domicilio social y su administración central o su centro de actividad principal en la UE, sin mencionar expresamente la posibilidad de disociar el primero de la segunda. Pero el punto 12 de la Exposición de Motivos no deja lugar a la duda: *«Con objeto de que las empresas puedan aprovechar plenamente las ventajas del mercado interior, los Estados miembros no deben exigir que el domicilio social y la administración central de las SUP estén necesariamente situados en el mismo Estado miembro».*

El proyecto sigue, pues, el mismo criterio que el fallido Reglamento de la SPE, apartándose por completo del establecido para la SE, para la SCE y para la AEIE en sus respectivos Reglamentos. Por tanto, podría reabrirse la discusión que tuvo lugar durante la tramitación del proyecto de Reglamento de la SPE en torno al riesgo de elusión de las normas nacionales en materia fiscal o de participación de los trabajadores en los órganos de administración, mediante un simple traslado del domicilio de la SUP a otro Estado miembro. En algunos países, entre ellos Alemania, se trata de una cuestión con importantes repercusiones políticas, más allá del aspecto técnico²⁰.

No es el caso de España. Al desconocer nuestro Derecho la institución alemana de la *Mitbestimmung*, no hay entre nosotros una percepción tan acusada de aquel riesgo. Pero también aquí la disociación podría producir efectos negativos, tanto para los socios como para los terceros. Piénsese, sin ir más lejos, en el coste del conocimiento y prueba del Derecho extranjero o de la competencia de un foro extranjero a la hora de entablar un procedimiento judicial.

La aprobación de la Directiva en los términos del Proyecto supondría, respecto de la SUP, la posibilidad de transferir la sede registral a otro Estado miembro, sin necesidad de desplazar el centro de dirección de la empresa. Pero ello conllevaría una nueva inscripción en el Registro mercantil del Estado miembro de destino y el cambio de la ley nacional aplicable, conforme al artículo 7.4 del proyecto. Estaríamos, pese a la etiqueta europea del nombre SUP, ante una verdadera transformación transfronteriza en base a los principios establecidos por el TJUE en su sentencia de 12 de julio de 2012, en el asunto C-378/10 (*VALE Építési Kft*)²¹, conocida como caso VALE.

En cualquier caso, sería preferible que se arbitrara una solución general a esta cuestión, mediante la elaboración de una 14 Directiva sobre traslado internacional de domicilio, que abordase todos los problemas laborales, fiscales y de protección de los acreedores implícitos en una operación de este tipo, teniendo en cuenta los diversos intereses en juego— los de la sociedad y los de sus socios, empleados y terceros en general—, tal como ha reclamado el Parlamento Europeo en su Resolución de 2 de febrero de 2012.

²⁰ Vid. SEIBERT Ulrich, «SUP — Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft», en *GmbH-Rundschau*, 2014, 14, p. 210, acerca de los temores que esta cuestión suscita en Alemania.

²¹ El TJUE concluye que los artículos 49 TFUE y 54 TFUE se oponen a una normativa nacional que, a la vez que prevé para las sociedades nacionales la facultad de transformarse en otro tipo societario, no permite, de manera general, la transformación de una sociedad procedente de otro Estado miembro en sociedad nacional mediante la constitución de esta última, si bien, hoy por hoy, en ausencia de una regulación europea que facilite la realización de las transformaciones transfronterizas, deberán cumplirse consecutivamente los requisitos establecidos tanto por la Ley del Estado miembro de origen como por la del Estado miembro de destino.

3. Capital social y distribución de beneficios

En cuanto al capital social, la propuesta de la Comisión establece un mínimo de un euro (o una unidad de la moneda nacional del Estado miembro cuando ésta no sea el euro), exige su íntegro desembolso al tiempo de la constitución y prohíbe a los Estados miembros imponer una cifra máxima. La SUP tiene la obligación de informar públicamente de la cifra del capital en todas las cartas y hojas de pedido, así como en la página *web* en Internet, si la hubiera. La aportación social puede consistir en dinero o en otros bienes, pero en caso de constitución *on line* necesariamente ha de consistir en dinero (o a lo sumo en valores mobiliarios, participaciones en fondos de inversión u otros activos financieros), pues el artículo 17.2 exige que se ingrese en la cuenta bancaria de la SUP.

Se prohíbe a los Estados miembros exigir la creación de reservas legales, mientras que expresamente se autoriza la creación de reservas voluntarias.

Con el fin de asegurar un elevado nivel de protección a los acreedores y contribuir así a la buena reputación de la SUP, se exige para el reparto de beneficios un doble requisito: la prueba del balance, de manera que el activo remanente tras el reparto cubra totalmente el pasivo, y además una declaración escrita de solvencia por el órgano de administración, que debe hacerse pública, en el sentido de que, tras haber investigado a fondo las actividades y perspectivas de la SUP, se ha formado una opinión razonable de que podrá saldar sus deudas a medida que vayan venciendo en el curso normal de la actividad empresarial en el año siguiente a la fecha de la propuesta de distribución de beneficios.

La no exigencia de capital mínimo y máximo permitiría utilizar la SUP para cualquier tipo de actividad y tamaño de empresa, a la vez que facilitaría el recurso a la interposición societaria para cualquier actividad ilícita con un mínimo coste.

El proyecto se hace eco del actual debate doctrinal sobre las ventajas e inconvenientes de establecer legalmente una cifra mínima de capital social, y más ampliamente sobre la utilidad del mismo concepto de capital social como instrumento para la protección de los acreedores.

Y lo hace prescindiendo de la cifra de capital mínimo y manteniendo la disciplina del capital social como barrera de contención para limitar las distribuciones a los socios, si bien, con notable eclecticismo, introduce a la vez el requisito del certificado de solvencia suscrito por el órgano de administración. Podría decirse, pues, que en la «batalla del capital social» las espadas siguen en alto, en línea con las conclusiones abiertas del estudio del año 2008

de KPMG sobre posibles alternativas al régimen del capital social establecido en la 2.^a Directiva²².

La existencia de una cifra mínima de capital ha sido muy criticada en la doctrina, pero tiene también algunas ventajas:

- Dota de una mínima seriedad y viabilidad financiera a las iniciativas empresariales de menores dimensiones.
- Protege en alguna medida a los acreedores no profesionales y a los menos informados.
- Desincentiva hasta cierto punto el abuso de la forma societaria para actividades ilícitas.

Por otra parte, la mayoría de los Estados miembros tiene establecida una cifra de capital mínimo para el tipo general de la sociedad limitada, que va desde los 35.000 euros en Austria hasta los 200 RON en Rumanía, aunque hay importantes excepciones, como Francia, Portugal o el Reino Unido. La aplicación de una regla diferente, de absoluta libertad en este punto, a las sociedades unipersonales exclusivamente podría constituir una diferencia excesiva de trato no suficientemente justificada.

En este sentido, cabría considerar como una alternativa preferible la remisión de la cifra mínima de capital social a cada ley nacional, y al mismo tiempo prever la posibilidad de un desembolso posterior o de una capitalización sucesiva hasta alcanzar el mínimo legal, en la línea seguida por la Ley alemana de modernización y por la Ley española de emprendedores.

El artículo 18.3 del proyecto introduce el certificado de solvencia como exigencia legal imperativa, con lo que va más allá que el proyecto de Reglamento de la SPE, donde se consideraba sólo como una posible previsión estatutaria, ni siquiera como norma de carácter dispositivo. La norma es similar a la que rige en Holanda para la BV (equivalente a nuestra SL) desde la reforma del Libro II del Código civil por ley de 1 de octubre de 2012, si bien la ley holandesa no determina el plazo de vencimiento de las deudas, a diferencia del proyecto, que establece el de un año desde la fecha de la propuesta de distribución de beneficios.

²² KPMG (2008). Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft: Contract ETD/2006/IM/F2/71: Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime Main Report. Puede encontrarse el texto en internet en: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/study_en.pdf.

La posición de los acreedores quedaría notablemente reforzada, pues a la acción de recuperación de los beneficios irregularmente distribuidos, establecida en el artículo 19, se suma la responsabilidad personal del administrador que hubiera ordenado o recomendado la distribución sabiendo o debiendo saber que era contraria a la norma legal, según lo dispuesto en el artículo 18.5.

En la práctica, la cuestión podría ser cuántos nuevos empresarios van a estar dispuestos a asumir una responsabilidad así y, en el caso de la constitución *on line* prevista en el proyecto, si van a ser realmente conscientes de que asumen tal responsabilidad y de que existen otras alternativas para su proyecto empresarial que implican menor riesgo.

4. Acción única

El artículo 15 del Proyecto prohíbe a la SUP dividir su capital, tanto al tiempo de la constitución como en un momento posterior. El preámbulo aduce como justificación de la norma evitar abusos y simplificar el control. La acción ha de ser, pues, única y no puede pertenecer, directa o indirectamente, a la propia sociedad.

La posibilidad de que exista una situación de copropiedad se remite al Derecho nacional. En caso de que la ley nacional aplicable permita la cotitularidad de la acción única, los copropietarios deben designar un único representante, cuya designación debe notificarse al órgano de administración e inscribirse en el Registro mercantil.

Sería posible, pues, siempre que la ley nacional no lo prohíba, que la SUP pertenezca a varios socios, en comunidad originaria o incidental, cuyas relaciones internas se regirían en nuestro Derecho por las disposiciones legales sobre la copropiedad. Parece, aunque no está del todo claro, que esta situación podría mantenerse en el tiempo, sin que entrase en juego la obligación de transformación prevista en el artículo 25.1 para el caso de que dejen de cumplirse los requisitos establecidos en la Directiva.

No parece lógico que un ordenamiento jurídico ofrezca para una misma situación la participación de varias personas en el capital de una sociedad limitada, dos alternativas de regulación legal tan diferentes como serían, por un lado, la contenida en el Título V de la Ley de sociedades de capital, es decir, el estricto régimen de adopción de acuerdos previsto en los artículos 159 a 208, en la mayor parte imperativo; y, de otra parte, la establecida en el Código civil para la comunidad de bienes, con el principio de libre autorregulación proclamado en el artículo 392 y el régimen supletorio de decisión según el criterio de mayoría de interés que establece el artículo 398. La incoherencia parece aún mayor si pensamos en una eventual

aplicación de las normas del Código civil a las decisiones más complejas, como una fusión por absorción u otros supuestos de modificación estructural.

La prohibición de dividir la acción impide la salida de la situación de unipersonalidad por otra vía que no sea la transformación, lo que abunda en la opinión antes expresada de que estamos ante un verdadero tipo societario de Derecho europeo.

5. Órganos de la sociedad

El proyecto regula las competencias del socio único, el funcionamiento del órgano de administración y la representación de la SUP frente a terceros.

El artículo 21 atribuye al socio único el derecho a tomar decisiones sin necesidad de celebrar Junta general, decisiones que deberán constar en acta a conservar durante al menos cinco años. Y enumera los asuntos de su competencia, no delegables en el órgano de administración, que van desde la aprobación de las cuentas anuales hasta la transformación o disolución de la sociedad, pasando por la distribución de beneficios, el cese y nombramiento de los administradores, la fijación de su retribución y cualquier modificación de los estatutos sociales.

El artículo 22 se refiere al órgano de administración, el cual puede estar compuesto por uno o varios administradores, cuyo número exacto ha de determinarse en los estatutos. Admitir la determinación de un número mínimo y un máximo sería una solución más flexible, en línea con las normas del tipo nacional de algunos Estados miembros, como los artículos 23 y 211 de la Ley española de sociedades de capital.

La designación debe recaer en personas físicas, salvo cuando el Estado miembro de registro autorice a las personas jurídicas a actuar como administradores, tal como hace en España el artículo 212.1 de la ley de sociedades de capital. No hay en cambio —y sería muy conveniente introducirla en aras de la transparencia y de la eficacia en la prevención del blanqueo de capitales y la elusión fiscal— una norma que prescriba en tales casos la designación de una persona física para el ejercicio del cargo deferido a la persona jurídica, sujeta a las mismas obligaciones y responsabilidades que el administrador persona física, a semejanza del artículo 47.1 del Reglamento europeo 2157/2001, por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea, del artículo 46.1 del Reglamento europeo 1435/2003, por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, y de diversas normas nacionales vigentes, por ejemplo, en Bélgica, España, Francia o Luxemburgo.

El punto 3 del artículo 22 atribuye al órgano de administración el ejercicio de todas aquellas facultades que no sean ejercidas por el socio único. La redacción de la norma parece sugerir que el socio único tendría una amplia libertad estatu-

taria para asumir personalmente o dejar en manos del órgano de administración las tareas de gestión propias de éste, lo que podría estar en contradicción con algunas disposiciones de Derecho nacional, que establecen una separación legal clara y estricta de las atribuciones de cada órgano. Una redacción más cuidadosa de la norma o, en su caso, la remisión al Derecho nacional facilitaría la interpretación y aplicación de la norma.

El punto 4 del mismo artículo contempla la revocación por el socio único del nombramiento de administrador, en cualquier momento, sin referirse a su eficacia frente a tercero, probablemente por sobrentender la aplicación de la primera Directiva. Sin embargo, a falta de una norma general de remisión a las demás Directivas comunitarias —o de una declaración en tal sentido en el preámbulo—, la comprensión de la norma mejoraría con la introducción de una referencia expresa al artículo 3.6 de la Directiva 2009/101/CE (Primera Directiva), que establece la inoponibilidad frente a terceros hasta después de la publicación en el boletín oficial o en la plataforma electrónica equivalente.

El artículo 22 se refiere por último al administrador de hecho —al que define como la persona cuyas directrices o instrucciones están acostumbrados a seguir los administradores de la sociedad, sin haber sido nombrada oficialmente—, para atribuirle todos los deberes y responsabilidades propios del cargo. Se establecería de esta forma una norma europea sobre la administración *de facto*, aplicable únicamente a este tipo social, sin un contraste suficiente de los diversos enfoques del problema en los ordenamientos nacionales. Quizá fuera preferible una armonización de ámbito general, precedida de un estudio más profundo de todas las implicaciones de la administración de hecho y basada en una definición más completa, descriptiva y precisa, que incluya el concepto construido jurisprudencialmente en aquellos Estados carentes de definición legal.

A fin de facilitar la actividad de los grupos de empresas, el proyecto permite una amplia injerencia del socio único en el ámbito de la gestión. El artículo 23 le atribuye el derecho a dar instrucciones al órgano de administración, con el límite del respeto a las normas legales y estatutarias aplicables, y sin que la contravención de tales instrucciones sea oponible frente a tercero.

El artículo 24 establece con gran amplitud el ámbito de la representación orgánica de la sociedad: la atribuye individualmente a cada administrador, salvo que los estatutos la hayan establecido de forma conjunta, y dispone que cualquier otra limitación de las facultades de los administradores impuesta en virtud de una disposición estatutaria, de una decisión del socio único o de una resolución del órgano de administración, no podrá ser opuesta a los terceros, aun cuando se hubiera hecho pública, y que la SUP quedará obligada por los actos realizados por el órgano de administración, aun cuando dichos actos no estén comprendidos en el objeto de la SUP.

6. Ausencias significativas

Voy a referirme, por último, a ciertas normas que llaman la atención precisamente por su ausencia en el texto de la propuesta.

Falta, en primer lugar, un tratamiento legal del problema de la participación de los representantes en los órganos de administración. Aquí fue donde encalló el proyecto de la SPE y es evidente que la Comisión no quiere volver a plantear esta cuestión. En sus cálculos están, sin duda, la dificultad de construir un acuerdo político sobre esta materia y la escasa probabilidad de que por tal cuestión llegue a articularse una minoría de bloqueo en el Consejo de la UE, en un momento en que tanto en Alemania como en Suecia el Partido Socialista se encuentra fuera del Gobierno.

Falta también toda referencia a los grupos de sociedades, al haberse suprimido en el texto del proyecto finalmente publicado el artículo 3 del anteproyecto, que en su apartado 1 autorizaba a los Estados miembros, hasta que se armonizaran los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de grupos, a establecer disposiciones especiales o sanciones para el caso de que una persona física fuera el socio único de varias sociedades o de que una sociedad unipersonal u otra persona jurídica fuera el socio único de una sociedad, y en el apartado 2 excluía a la SUP de la aplicación de esta norma.

La decisión de suprimir esta norma tal vez se deba a una voluntad política de abordar inmediatamente a nivel europeo la regulación de los grupos, lo que podría incidir en el futuro «derecho sustantivo de los grupos de sociedades» del ordenamiento jurídico español, anunciado en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital y contenido en las normas del artículo 291(1 a 37) del Anteproyecto de Código Mercantil.

Sin embargo, no deja de ser sorprendente que una regulación que se justifica como instrumento para facilitar el establecimiento de filiales en otros Estados miembros, y la creación así de grupos societarios internacionales, salga adelante sin una previa solución a los problemas que plantean los grupos societarios, como el concepto mismo de grupo, la publicidad de su existencia, la prueba del control, el reconocimiento del interés de grupo, la responsabilidad de la sociedad dominante y de las demás sociedades del grupo derivada del ejercicio de las actividades controladas o coordinadas o la determinación de la ley aplicable en los conflictos de leyes. Evidentemente, esta última cuestión, unida a la de la protección de los derechos de los acreedores, presenta en el caso de la SUP un interés especial y no debería quedar carente de toda regulación legal.

*(Trabajo recibido el 31/05/2015
y aceptado para su publicación el 25/06/2015)*

CONCURSO, FIANZA Y SOLIDARIDAD

MANUEL JOSÉ ALONSO NÚÑEZ

*Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Ex Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Sevilla*

RESUMEN

Las perspectivas de los titulares de garantías reales y personales en el concurso son comunes en el concurso de acreedores. Sin embargo, hay aspectos diferenciados entre ambas que en la actual regulación de la fianza ha dado a ésta un especial atractivo para los acreedores frente aquéllas por su cómoda ejecución fuera del concurso, dado que el principio de accesoriedad refuerza la obligación principal al añadir una nueva responsabilidad personal e ilimitada. Si bien, con respecto al pacto de solidaridad incluido en la fianza, se plantea si la fianza solidaria excluye el beneficio de excusión. Estudiamos en este artículo si los conceptos de solidaridad y beneficio de excusión sitúan en planos distintos los efectos del concurso y si este beneficio comporta la pérdida del carácter esencial de la subsidiariedad de la fianza y el carácter de crédito contingente o no del crédito del fiador a efectos de su reconocimiento y clasificación.

Palabras clave: Fianza, Solidaridad, Concurso de acreedores, beneficio de excusión, Principios de accesoriedad y subsidiariedad.

ARRANGEMENTS WITH CREDITORS, BAIL AND JOINT AND SEVERAL LIABILITY

MANUEL JOSÉ ALONSO NÚÑEZ

*Professor of Civil Law at the University of Seville
Former Deputy Judge of the Provincial Court of Seville*

ABSTRACT

The prospects of the holders of real and personal guarantees in the contest are common in bankruptcy. However there are different between the two that the current regulation of the bond has given it a special attraction for creditors against those aspects for its comfortable running out of competition, since the beginning of incidental reinforces the primary obligation to add a new responsibility personal and unlimited. While with

respect to the solidarity pact included in the bond it arises if several guarantee excludes rights of order or excussion. We study in this article if the concepts of solidarity and benefit of discussion lie in different planes the effects of competition and if this benefit involves the loss of subsidiarity essential character of the security and the character of credit or no credit of the guarantor purpose of its recognition and classification

Keywords: Bond, Solidarity, State of insolvency, Bankruptcy proceedings, rights of order or excussion, incidental or limited accessoriness and subsidiarity principles.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCURSO Y LAS GARANTÍAS PERSONALES. 1. La finalidad del concurso: Las expectativas comunes de las garantías reales y personales. 2. Aspectos diferenciados en la regulación de las garantías reales y personales en relación al concurso. 3. El especial atractivo de la fianza y demás garantías personales en el concurso. 4. La regulación del derecho común de fianza y la nueva regulación concursal. 5. Las disposiciones referentes a la fianza y demás garantías personales en la Ley concursal: El tratamiento común de la fianza y demás garantías personales en la Ley concursal.—II. EL FUNCIONAMIENTO DE LA FIANZA Y LA SOLIDARIDAD EN EL CONCURSO. 1. Aspectos controvertidos del funcionamiento de la fianza en el concurso. 2. Fianza y solidaridad: su tratamiento concursal.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL CONCURSO Y LAS GARANTÍAS PERSONALES

1. La finalidad del concurso: Las expectativas comunes de las garantías reales y personales

Si la finalidad del concurso se articula sobre el equilibrio de la legislación concursal respecto de la tutela de los acreedores garantizados, con relación a los demás acreedores ordinarios, incluso con relación al deudor, esta finalidad se consigue en base a tres funciones principalmente: una función solutoria, una función conservativa y, en último lugar, una función sancionadora¹.

Se ha dicho bien que la prueba de la resistencia de las garantías tiene lugar en los procedimientos concursales. El acreedor garantizado espera poder ver satisfecho íntegramente su crédito realizando el valor de la garantía que ostenta². Sin embargo, la integración obligatoria de los acreedores garantizados en el procedimiento concursal (art. 49 LC)³ y sus más inmediatas consecuencias, como son la imposibilidad de iniciar el ejercicio de cualquier acción individual (art. 55 LC) y la suspensión de las que ya están en curso, en el momento de la declaración del concurso (arts. 51 y 56 LC), supone desvirtuar la finalidad del establecimiento de las garantías, que no es otro que evitar o esquivar la insolvencia del deudor.

¹ CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.: «Los aspectos generales de la normativa concursal», *Derecho concursal* [Coord.] Nieto Delgado, Valencia, 2012, pp. 39-59.

² LLEBOT MAJÓ, J. O.: *Las garantías en los procedimientos concursales*, Madrid, 2000, p. 15.

³ Artículo 49 LC: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Es, por ello, por lo que se necesita dotar de un exquisito equilibrio a la legislación concursal respecto a la tutela de los acreedores garantizados y al fin del concurso; pues, al tiempo que no debe admitirse que el deudor y los acreedores ordinarios obtengan un beneficio a costa de los acreedores garantizados, la tutela de estos últimos no debe, tampoco, frustrar la consecución de la solución concursal.

Bajo esta perspectiva, en principio, las expectativas de los titulares de garantías reales y personales son comunes en el concurso⁴ y su problemática es similar⁵.

2. Aspectos diferenciadores de las garantías reales y personales en relación al concurso

Sin embargo, tenemos que partir del hecho de que hay aspectos que diferencian a los acreedores garantizados en función de la naturaleza real o personal de su garantía. En este sentido, la mayor de las preocupaciones del acreedor con garantía real (hipoteca inmobiliaria esencialmente) estará centrada en la posibilidad de poner de manifiesto su poder directo e inmediato sobre la cosa objeto del derecho real de garantía que le faculta para realizar el valor del bien, esto es, para instar su enajenación mediante el específico, y hasta cierto punto ágil, procedimiento de ejecución (hipotecaria esencialmente)⁶ cobrándose el importe del crédito con el producto obtenido; y, al tiempo, ver satisfecho su crédito al margen del resto de los acreedores concursales y de la siempre desoladora regla de la «*pars conditio creditorum*», al cobrar con preferencia sobre los demás acreedores del deudor con cargo al producto obtenido tras la enajenación de la cosa objeto de la garantía.

Lógicamente, el tratamiento del acreedor con garantía real (hipotecaria) lleva consigo una opción de política jurídica en torno a la composición de intereses en

⁴ Ambos han fortalecido las expectativas de satisfacción del derecho de crédito, reduciendo al tiempo los costes. Sobre los costes en el concurso, ULL SALCEDO, M.V.: «Los nuevos costes del procedimiento concursal», Madrid, 2006.

⁵ CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pp. 35-36. Su problemática es similar: a) comprobar si la constitución de dichas garantías son reconocidas y admitidas en el concurso; b) el efecto que pueda tener el ejercicio de las específicas acciones rescisorias de carácter concursal, sustentadas en la idea del «perjuicio a la masa activa», en la constitución de las garantías con carácter previo a la declaración del concurso, pero en el rígido «período sospechoso» de dos años anteriores a la declaración del concurso previsto en el artículo 71.1 LC; c) el efecto que sobre la eficacia de las garantías puede generar la existencia de las denominadas «deudas de la masa»; d) o, en su caso, determinar la incidencia que en dichas garantías tendrá la solución conservativa y negociada al concurso a través del convenio. Todos estos problemas son comunes tanto al acreedor con garantía real como personal e importan al derecho concursal y al derecho de garantía.

⁶ Sobre la ejecución hipotecaria, RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Madrid, 2004.

el concurso; entiéndase, por un lado, los intereses de los acreedores garantizados, normalmente profesionales del sector financiero y del crédito, que pretenden seguir gozando de su preferencia (crediticia y ejecutoria); por otro, los acreedores no garantizados que no quieren perder el control de los bienes que constituyen la garantía patrimonial del cobro de sus créditos (art. 1911 del Código Civil), sin olvidar el interés del concursado, que no quiere perder unos bienes que pueden resultar esenciales para la continuidad de la actividad empresarial, pues no debe perderse de vista el actual hecho de que la declaración de concurso no genera, con carácter automático, la inhabilitación del deudor⁷.

A todo ello debe añadirse, como reconoce abiertamente la Exposición de Motivos en su apartado III, la gran sensibilidad que despierta en el sector crediticio todo aquello que pueda suponer una modificación del sistema de garantías que debe ser, para resultar atractivo en el mercado del crédito, «resistente» a los procedimientos concursales del constituyente de la garantía⁸.

La importancia del tema ha originado que todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno hayan tomado en consideración, en sus respectivas regulaciones sobre las insolvencias patrimoniales, el funcionamiento de las garantías reales en los procedimientos concursales. Inmunidad, supeditación e inclusión de las garantías reales en el concurso son las opciones elegidas por los distintos legisladores nacionales⁹.

⁷ Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas.

⁸ En este sentido, ROCA TRÍAS, E.: «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», en obra colectiva, *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*. Tomo I, Madrid, 1996, pp. 133-134.

⁹ Describe la situación SALINAS ADELANTADO: «Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada», *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 4, 2005 (La masa pasiva, la masa activa, los convenios o acuerdos concursales), pp. 3863-3867. A) Inmunidad: Con base en dos grandes pilares: a) el derecho de separación, por el que el objeto de la garantía no se incluye en la masa del concurso; b) el derecho de abstención, que determina que cualquier decisión que pudiera tomarse en un convenio no vincule a estos acreedores garantizados. El mejor ejemplo de ello lo tenemos en nuestro Derecho derogado por la LC, donde el derecho de separación aparecía recogido en el artículo 918 y el de abstención en el artículo 900, ambos del Código de Comercio y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. Esta opción de política legislativa es criticable ante la excesiva primacía de los intereses de los acreedores garantizados frente a los acreedores ordinarios. B) Supeditación: Ésta es la situación que existe, básicamente, en Francia, donde, con la Ley de 25 de enero de 1985, sobre el «*redressement judiciaire*», se ha resuelto claramente en detrimento de las garantías reales. Dicha supeditación se manifiesta en dos aspectos: por un lado, la existencia de una serie de restricciones a los derechos de los acreedores garantizados, como son: 1) la obligación de inscribirse en el pasivo; 2) la paralización de las ejecuciones individuales; 3) la sujeción a las esperas pactadas para intentar salvar la empresa; y, por otro lado, por la amplitud de casos en que las garantías reales pueden perder eficacia, que son no sólo el que no se hayan hecho públicas antes de la apertura del procedimiento, o que se opongan frente a las

Por lo que respecta a nuestra Ley Concursal, no fue posible determinar a ciencia cierta en cuál de los sistemas expuestos queda delimitado. La discutida redacción del artículo 56 de Ley Concursal, y su limitación a los bienes afectos a la actividad profesional o empresarial, puede llevarnos a admitir que el sistema acogido por la Ley Concursal para este tipo de bienes es el de la inclusión, mientras para todos aquellos bienes ajenos a dicha actividad comercial, o profesional, sigue siendo el de la inmunidad¹⁰. No obstante, todo parece indicar que es factible afirmar que la Ley Concursal parte de lo que el profesor ROJO¹¹ denomina «doble integración universal», que tiende a impedir que ningún acreedor actúe al margen del procedimiento concursal (artículo 49 LC) y que ningún bien se detraiga de la masa concursal (artículo 76 LC).

La Ley Concursal intenta evitar la iniciación de ejecuciones que puedan «desmembrar» el patrimonio del deudor, pero, al tiempo, pretende no desatender los

deudas de la masa, sino que también existe la posibilidad de *purge* («cancelación») y de sustituir dicha garantía por otra. Esta solución ha sido objeto de numerosas críticas. El principio de salvación de la empresa no puede llevar a un sacrificio tan grande de los intereses de los acreedores con garantía real, porque esto va en contra del buen funcionamiento del sistema crediticio, que constituye un objetivo de interés general. C) Inclusión de las garantías reales en el concurso: sistema que genera el que las garantías reales se realicen dentro del procedimiento concursal, pero garantizándose su privilegio y con algunas especialidades tendentes a asegurar sus derechos, como es, en todos los sistemas, por ejemplo, el reconocimiento de su derecho de abstención. Exponentes claros de esta situación son los ordenamientos italiano, donde el ejercicio, por ejemplo, del derecho de prenda queda en manos del juez del concurso, y alemán, que viene a establecer un sistema similar al presentado por nuestra LC, y donde la regla general viene representada por el hecho de que las garantías reales tienen sólo un derecho de ejecución dentro del concurso, salvo la reserva de dominio que sigue gozando de separación.

¹⁰ Señala el **Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 23 marzo 2006** (AC 2006/372/ Id. Cendoj: 03014470012006200001): «En cuanto a la cuestión primera —qué bienes embargados resultan necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor—, la ley no dice nada y parece que habrá que considerar como tal aquel que resulte preciso para el fin al que se dedica el concursado, si hace falta para cumplir ese fin, de forma tal que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo, sirviendo como pauta interpretativa el art. 275 LPL (“1. Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora.”) y 606. 2.º LEC: «Son también inembargables: 2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada» sin olvidar que, al ser la ejecución separada una excepción, debe ser interpretada de forma estricta y por ende, debe entenderse en un sentido amplio la necesidad, pero sin que pueda serlo de manera tal que devenga una norma superflua al ser tan amplio que no sea posible encontrar supuestos no encuadrados en el mismo, pues todo en principio deviene adecuado para la actividad, sin que baste la mera afección a la actividad empresarial, ya que la ley exige un plus (necesidad) y son categorías distintas, como lo pone de relieve una interpretación sistemática de este precepto (art. 55) con el artículo 56, relativo a la suspensión de subastas ya anunciada de bienes sujetos a garantía real».

¹¹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A: «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 8, monográfico, 1985, p. 107.

intereses de acreedores con garantía real y, en particular, del acreedor hipotecario, quien goza de un procedimiento específico de ejecución sustentado en la configuración de la garantía real, que podría afectar a los intereses del concurso y, sobre todo, del resto de acreedores que, de practicarse la ejecución, verían cómo el principio tradicional de la *pars conditio creditorum* quedaría carente de toda virtualidad práctica¹².

3. El especial atractivo de las garantías personales, en especial la fianza, en el marco concursal

La sumisión de las garantías reales al concurso ha supuesto un notable impulso a la proliferación de las garantías personales, esencialmente de la fianza¹³.

La legislación común, representada por el Código Civil, parte de que la causa de la fianza y demás garantías personales es el refuerzo del cumplimiento del crédito. En concreto, a través de la fianza, el acreedor garantizado ostenta frente al fiador, mediante la asunción por parte del garante, un nuevo crédito que impone una obligación propia de cumplir en el lugar del deudor¹⁴. En este sentido, la finalidad de la fianza es vincular al fiador a cumplir por el deudor una obligación válida y subsistente, en el caso de que éste no lo haga¹⁵. Es por ello que este tipo de garantía es uno de los instrumentos más utilizados para el fortalecimiento de la seguridad del crédito del acreedor.

Desde el punto de vista concursal, la fianza y demás garantías personales se caracterizan por añadir otro patrimonio al del deudor sobre el que realizar el crédito: el patrimonio del garante es ofrecido por los llamados «*deudores de refuerzo*»¹⁶ (fiador, avalista, obligado solidario...) que proporciona al acreedor garantizado el poder de satisfacer su crédito. Dichos sujetos asumen el cumpli-

¹² PULGAR EZQUERRA, J., en «El acreedor hipotecario en la nueva legislación concursal», en *Revista de Derecho mercantil*, núm 250, 2003, pp. 1425-1477.

¹³ Sobre el actual valor socio-económico de la fianza, INFANTE RUIZ, F.: *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, pp. 39 y 74-79.

¹⁴ CARRASCO PERERA, A., en «Los Derechos de Garantía en la Ley Concursal», en *Tratado de Derecho de Garantías*, tomo I, Pamplona, 2008, pág. 172, y STS de 19 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5562].

¹⁵ Cuatro son los caracteres básicos de las garantías personales: 1) Trilateralidad, ya que con ella se relacionan tres sujetos. El garante con el deudor o «relación de cobertura». El deudor con el acreedor, o «relación de valuta o subyacente». Y, finalmente, la relación del garante con el acreedor, es decir, la relación de garantía propiamente dicha. 2) Adhesión de un nuevo patrimonio, en beneficio del acreedor. 3) La constitución de una garantía constituye para el acreedor un nuevo derecho subjetivo y no una mera facultad, y 4) Ausencia de contribución a la deuda principal por el garante. ROCA TRÍAS, E., en «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», cit. pp. 149-153.

¹⁶ CARRASCO PERERA, A., en *Los Derechos de Garantía...*, cit., pp. 225-229.

miento, total o parcial, del crédito asegurado y deben aguardar a que el deudor le reembolse lo satisfecho¹⁷.

El garante se obliga frente al acreedor y aparece como tercero respecto del deudor concursado, conforme al artículo 1822 del Código Civil¹⁸. Sin embargo, cierto es que, en el cumplimiento de la obligación de garantía que implica la satisfacción del interés de la obligación garantizada que tiene el deudor, el pago del garante produce determinados efectos jurídicos entre el garante y el deudor, pues otorga a aquél (el garante) la facultad de repetir frente al deudor mediante la acción de regreso, que se configura como un derecho propio en el artículo 1838 del Código Civil e, incluso, le faculta para subrogarse en su crédito frente al deudor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1839 del CC.

En este sentido, la relación directa entre el acreedor y el deudor y la relación a su vez que pudiera concurrir entre deudor y fiador ha obligado al legislador a establecer una normativa en los casos de concurso, en interés de los demás acreedores que van a afectar no sólo al acreedor, sino también a su fiador.

Así, la declaración de concurso, entre otros efectos, impide al acreedor el ejercicio de acciones individuales dirigidas a la satisfacción de su crédito (arts. 55 y ss. LC) y le exige incorporarse, previo reconocimiento y calificación de su posición jurídica, a la comunidad de acreedores y a los dictados de interés general del concurso. Por el contrario, la obligación de garantía no queda afectada por éste¹⁹. El acreedor puede eludir los efectos del concurso cuando tenga a su favor fianza (aval u otra garantía personal), exigiendo al garante que haga frente a la obligación asumida, sin perjuicio de que éste, una vez que haya pagado, pueda subrogarse en los derechos que el acreedor satisfecho tuviera contra el deudor, de forma que será dicho garante quien asumirá las consecuencias del concurso del deudor garantizado y obtendrá por el pago la posición de acreedor del deudor, aspirando al cobro de su crédito en el procedimiento concursal. Esta circunstancia exige que el legislador actúe de dos determinadas formas: por una parte, que tutele el interés del garante-fiador en el concurso para que no pierda los derechos que pudiera corresponderle y, por otra parte, que tome las medidas necesarias para impedir la presencia de determinados garantes en el procedimiento concurso que puedan perju-

¹⁷ En sede de fianza, los artículos 1838 y 1839 del Código Civil; el artículo 1145 del Código Civil, en el ámbito de la solidaridad común; o el artículo 59, en el marco de la Ley Cambiaria y del Cheque respecto de la acción de reembolso entre los coobligados en vía de regreso cambiario.

¹⁸ En este sentido se manifiesta la jurisprudencia del TS en sus sentencias, entre otras, la STS de 10 de abril de 1995 [RJ 1995, 3254].

¹⁹ PERDICES HUERTOS, A.: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Pamplona, 2005, pág. 77. En el mismo sentido se manifiesta la Jurisprudencia del TS en sus sentencias, entre otras las sentencias de 17 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 7831]; de 14 de junio de 2004 [RJ 2004, 3834]; de 27 de febrero de 2004 [RJ 2004, 1145] y de 7 de mayo de 2009 [RJ 2009, 4736].

dicar al resto de acreedores, especialmente prevaleciendo de su especial relación con el concursado, como son los casos que regulan los artículos 87.6, 87.7, 160 y 135.1 y 2 LC, o la regulación de los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6 entre otros.

Es por ello, y no cabe duda, que este tipo de garantías tiene un especial atractivo en el marco concursal desde el momento en el que se constituyen como garantías externas al deudor (empresario o no) que evitan la vinculación o inmovilización (característica de las garantías reales) del patrimonio empresarial necesario para la explotación, como presupuesto inexcusable para acceder al crédito²⁰.

De este modo, mediante la fianza, el acreedor desplaza al fiador o garante los costes de controlar la solvencia del deudor²¹; al tiempo que obtiene dos patrimonios contra los que dirigirse: el del deudor principal y el del garante-fiador, cuya solvencia debe ser cualificada (artículo 1828 del Código Civil).

La imposibilidad de hacerse cobro con el primero genera la responsabilidad del segundo, al que sólo le quedará, en el estricto ámbito de la fianza, el ejercicio de las diversas acciones de regreso concretadas en la acción de reembolso prevista en el artículo 1838 del Código Civil y en la acción de subrogación del artículo 1839 del mismo texto legal²², acciones cuyo éxito se ha podido asegurar mediante la llamada acción de cobertura prevista en el artículo 1843 del Código Civil²³.

²⁰ De «*encanto discreto*» de este tipo de garantías habla DANET, D., en «Le dirigeant et l'omnibus», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, núm. 47 (2), 1994, p. 173.

²¹ LLEBOT MAJO, J. O.: *Las garantías...*, Madrid, 2000, p. 29. En el mismo sentido, PERDICES HUETOS; A. B.: *Fianza y concurso...*, cit., p. 17. Señala este último que: «Ello se puede deber a razones que van desde las relaciones personales o familiares —el aval del padre a favor del hijo—, profesionales —el aval del banco con quien normalmente se relaciona un empresario o la sociedad de garantía recíproca de la que es socio—, o incluso de interés propio del garante en el negocio del asegurado —la sociedad matriz o el socio mayoritario respecto de la sociedad prestataria—. Es decir, que el control y en definitiva el riesgo que conlleva se asumirá previsiblemente por personas que por las circunstancias que sea —personales, familiares, empresariales, etc.— no sólo tengan acceso fácil al deudor, sus conductas e informaciones, sino que además tengan una cierta capacidad de influencia sobre el mismo».

²² La jurisprudencia siempre ha admitido la existencia de dos acciones distintas a favor del fiador, reembolso y subrogación. Así, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988 (R. 1985) y sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 10 de marzo de 2005 (AC 2005/172849). En contra de la opinión de cierto sector doctrinal, PERÉZ ÁLVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 288, y FRAGALLI: «Della fideiussione», en *Comentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca (arts. 1936 a 1959), Bologna-Roma, 1968, p. 365: «... el derecho del fiador al regreso no es otro que el poder de valerse contra el deudor de los efectos subrogatorios consecuentes al pago, utilizando en su propio beneficio el derecho del acreedor de exigir del deudor la prestación que era contenido de la obligación garantizada». En el mismo sentido, ALONSO SÁNCHEZ, B.: *Protección del fiador en vía de regreso*, Madrid, 1993, pp. 28-33.

²³ El artículo 1843 del C. C. parte de la hipótesis de que el fiador va a tener que cumplir la obligación *fideiusoria* y después va a resultarle muy difícil recuperar la cantidad pagada mediante la acción de subrogación o de regreso, en su caso. Para garantizar su derecho de regreso se le autoriza a ejercitar una acción que le permite exigir al deudor que constituya a su favor una garantía que le ponga a cubierto del peligro que previsiblemente va a correr.

4. La regulación del derecho común de fianza y la nueva regulación concursal

¿Cómo influye el concurso sobre la fianza? El planteamiento expresado sobre las características que el Código Civil reconoce a la fianza no sufre alteración con la declaración de concurso del deudor²⁴. El acreedor afianzado podrá dirigirse, junto al resto de los acreedores, contra el deudor y su deteriorado patrimonio que le ha llevado a la situación concursal; o bien, cumplidos los requisitos del artículo 1831.3.º del Código Civil, exonerado del denominado beneficio de excusión, dirigirse directamente contra el fiador; quien, declarada la insolvencia del deudor, es el verdaderamente interesado en el concurso, y no el acreedor principal, que pierde gran parte de su interés en el mismo; no en vano, siempre podrá cobrar su crédito en el marco extraconcursal (reclamando al fiador solvente), mientras el fiador tiene en el patrimonio concursal, de por sí insuficiente, su única expectativa de cobro.

En consecuencia, el interés, en el plano concursal, se centra en un doble aspecto. De un lado, en el relativo a los intereses y derechos del acreedor garantizado respecto del deudor principal (1911 del Código Civil) y de aquellos, denominados «*deudores de refuerzo*», frente a los que la garantía proporciona el poder de satisfacer el crédito; de otro lado, la posición y tratamiento de dicho «*deudor de refuerzo*», particularmente si ha satisfecho parcial o totalmente el crédito garantizado con anterioridad o posterioridad a la declaración de concurso²⁵.

Cabe, también, que la posición del acreedor principal en el concurso, al comunicar (antigua insinuación) su crédito, pueda quedar afectada por la concurrencia del deudor de refuerzo, subsidiario o solidario, que ha satisfecho parcialmente el crédito, antes o después de la declaración del concurso; en este caso, el acreedor principal debe velar por los efectos que el concurso puede generar en su crédito frente al garante, como pueden ser el vencimiento anticipado en supuestos de liquidación (artículo 146 LC), la interrupción de la prescripción (artículo 60 LC), la suspensión del devengo de intereses (artículo 59 LC), o la prohibición de compensación (artículo 58 LC), sin olvidar la necesidad de abordar la posición que detentaría dicho acreedor con garantía personal en el eventual concurso del garante o «*deudor de refuerzo*», a pesar de que este crédito pueda ser subsidiario o el deudor de refuerzo gozar del beneficio de excusión²⁶.

De otro lado, en lo que se refiere a la propia posición del fiador y, en particular, cuando haya satisfecho total o parcialmente su crédito con anterioridad o

²⁴ PAJARDI, P.: en *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 2002, p. 412.

²⁵ En este sentido, PULGAR EZQUERRA, J: «El tratamiento de las garantías personales en la nueva Legislación Concursal», *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, obra colectiva coordinada por DE ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS/HOYOS ELIZALDE/ESPIGARES HUETE, Barcelona, 2005, p. 127.

²⁶ CARRASCO PERERA, A: *Los derechos de garantía en...*, cit. p. 227.

posterioridad a la declaración del concurso, se suscita su posición dentro del concurso en orden a satisfacer su crédito de regreso frente al deudor garantizado, así como la incidencia que en su crédito tendrá la declaración del concurso en su relación con el acreedor principal.

Constituye, pues, la concurrencia del acreedor principal y del fiador en el concurso un elemento de complejidad que el Derecho de la insolvencia debe solucionar de la manera menos traumática para todos los implicados: acreedor (es), garante (s) y deudor (es) insolvente (s).

5. Las disposiciones referentes a la fianza y demás garantías personales en la Ley concursal: El tratamiento común de la fianza y demás garantías personales en la Ley concursal

La Ley concursal contiene una serie de disposiciones que son directamente aplicables a los créditos concursales garantizados por fiadores o avalistas y a los créditos en los que concurren deudores solidarios, pero no una especial y estructurada regulación específica de las garantías personales, ni, por tanto, tampoco de la fianza. En este sentido, puede apreciarse cómo en los artículos 85.5 y 161 se hace referencia a los deudores solidarios; en el artículo 87.5 se mencionan los créditos que gozan de un beneficio de excusión respecto de otro deudor principal; el artículo 87.6 habla expresamente de los créditos que gozan de fianza de tercero; o, por el contrario, en los artículos 87.7, 135.2 y 160 se mencionan conjuntamente a fiadores, avalistas y obligados solidarios.

Como se ha señalado por la mejor doctrina²⁷, esta diversidad terminológica no está totalmente justificada, pues a veces resulta incompleta y en otras redundante, lo que puede suscitar problemas sobre la aplicación subjetiva de algunas de las normas concursales; si bien, puede entenderse que esta doble referencia subjetiva de los preceptos señalados se puede explicar porque la posición de garantes y deudores solidarios en el concurso suscita cuestiones comunes a ambos grupos de sujetos, en tanto personas a las que el acreedor concursal puede exigir la satisfacción de su interés al margen del procedimiento de ejecución colectiva²⁸.

Sin embargo, no cabe duda que la situación jurídica de aquellos que han prestado una garantía personal a favor del concursado y quienes concurren con este último como obligados solidarios es muy diversa.

²⁷ CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en...*, cit. p. 228, y PULGAR EZQUERRA: «El tratamiento de las garantías personales en la nueva Legislación Concursal», cit. p. 128.

²⁸ MARTÍN ARESTI, P.: «Las previsiones de la Ley Concursal en materia de fianzas, avales y obligaciones solidarias», *Estudios sobre la Ley Concursal*, t. III, *Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2919-2920.

En primer lugar, hay que resaltar que la Ley Concursal no regula ni contiene una especial y concreta regulación de las garantías personales. Por el contrario, las trata conjuntamente con otras situaciones en las que el acreedor cuenta con un patrimonio adicional de responsabilidad y con un deudor de refuerzo para el cobro de su crédito. Así nos encontramos con la existencia en la LC de normas, como los artículos 87.7, 97.4, 3.º ó 160 LC, que son aplicables a cualquier supuesto de obligado solidario con el deudor concursado, ya lo sea como obligado solidario *in bonis* en virtud de la asunción de una obligación propia a título de garantía y en régimen de solidaridad con el deudor, o en virtud de la naturaleza solidaria de la obligación del concursado.

En segundo lugar, la Ley Concursal contiene algunas normas, ubicadas en sede de reconocimiento y pago de créditos concursales (v. g., el art. 87.5 LC, el art. 85.5 LC y el art. 160 LC), que no regulan el supuesto típico del concurso del deudor garantizado, sino que toman como referencia otras situaciones cercanas, como v. g., es el caso del artículo 87.5 LC, que establece una regla especial de reconocimiento del crédito principal en el concurso del responsable subsidiario que goza del beneficio de excusión (ya esté obligado este responsable en virtud de una obligación o de otro título), y de los artículos 85.5 y 161 LC, que regulan el supuesto, distinto, del concurso simultáneo de deudores solidarios en el que la situación de concurso no afecta sólo al deudor, sino también al garante solidario o a otros sujetos que, en virtud de otro título, estén obligados con el deudor concursado en régimen de solidaridad²⁹.

En tercer lugar, la Ley Concursal contiene algunas normas en sede de convenio sobre garantías personales, especialmente la contenida en el artículo 135 LC.

El hecho de que la Ley Concursal se refiera a la posición de los garantes personales en relación a las dos garantías típicas por excelencia, la fianza y el aval, nos remite y presenta el problema interpretativo, de carácter recurrente en nuestra doctrina, de considerar encuadradas, o no, dentro de tales términos (fianza y aval) otras formas de garantía que responden a un mismo esquema funcional: la asunción de una obligación con función específica de garantía dirigida a reforzar el cumplimiento de una obligación ajena mediante la incorporación de otro patrimonio al del deudor sobre el que realizar el crédito, el patrimonio del garante³⁰.

²⁹ MARTÍN ARESTI, P.: «Garantías personales». *Enciclopedia de Derecho Concursal* (tomo II) [Dir.] Emilio Beltrán, pág. 1615, Aranzadi, 2012.

³⁰ «Hay garantía, explica VICENT CHULIÁ, cuando se refuerza la posibilidad de que el acreedor vea satisfecho su interés, sea afectando un determinado bien al pago (garantías reales), o vinculando el patrimonio de otro sujeto (garante), distinto del deudor, reforzando la responsabilidad patrimonial de éste (garantías personales)». VICENT CHULIÁ, F.: «Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español», en *Tratado de las Garantías en la contratación mercantil*. I, Madrid, 1996 y ROCA TRÍAS, E.: «Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía», cit. pp. 142-143.

Por nuestra parte, no vemos inconveniente alguno en admitir la interpretación extensiva de las normas concursales. Éstas deben entenderse referidas a todo sujeto que está obligado a cumplir en lugar de otro, sin perjuicio del derecho que le asiste de resultar indemne frente a éste mediante el ejercicio de las pertinentes acciones de regreso. Así, es opinión común entender que es factible la interpretación amplia de los conceptos fianza y aval empleados por la Ley Concursal por las siguientes razones:

1. Las normas concursales que regulan la posición de los garantes son escasas y se refieren a aspectos muy generales que, en gran medida, son comunes a todas las garantías personales (la subrogación por el pago del garante en los derechos del acreedor, la preferencia de éste en caso de pago parcial hasta completar el cobro del total del crédito).
2. Por otro lado, en las nuevas formas de garantía llamadas atípicas puede reconocerse en ocasiones el esquema básico de una fianza o de un aval³¹. De este modo, la incorporación de cláusulas peculiares o el uso de diferentes denominaciones no conduce necesariamente a la creación de nuevas realidades jurídicas, sino sólo, y en su caso, a modificar ciertos aspectos del funcionamiento de figuras ya conocidas.
3. Bajo la denominación de aval encuentran cobijo en el tráfico económico garantías con cláusulas variadas que lo convierten en una figura permea-

³¹ Es conocida la discusión doctrinal sobre la inclusión, o no, de las garantías referidas en el ámbito estricto de la fianza. Para unos, el carácter accesorio de la fianza tradicional impide la inclusión de las garantías a primer requerimiento en dicha estructura (PONTIROLLI, «Spunti critici e profili ricostruttivi per lo studio delle garanzie bancarie a prima richiesta», *Contratto e Impresa*, 1989, III, pp. 1018). Otros, por el contrario, insistiendo en su carácter *fideiusorio*, mantienen que la garantía «a primer requerimiento» no es ningún tipo contractual autónomo y distinto de la fianza, sino una fianza con distintas especialidades (CARRASCO PERERA: *Fianza, accesoriedad, y contrato de garantía*, cit. pp. 193-194 y «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, 2006, pp. 91-116). Para otros, estas garantías no son sino una fianza solidaria en la que el garante renuncia al beneficio de excusión.

La jurisprudencia, en **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004** (R. 3553), aproxima la configuración de las garantías a primer requerimiento al contrato de fianza al señalar que: «El aval a primer requerimiento resulta admitido y reputado válido y eficaz por la doctrina jurisprudencial ya numerosa y reiterada. Su propia especialidad, surgida de la voluntad contractual de las partes conforme al artículo 1255, no lo desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual *fideiusorio* ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor». Reiterando, en una más que criticable doctrina, que la garantía autónoma no consituye otra cosa que una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento/incumplimiento del deudor principal. La naturaleza autónoma de la garantía no sería ni más ni menos que una asunción por el garante de la carga de probar que el deudor subyacente ha cumplido, o que no ha incumplido (sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2003 (R. 8408), 28 de mayo de 2004 (R. 3553) y 27 de septiembre de 2005 [R. 6860]).

ble a la autonomía de la voluntad que, en muchas ocasiones, se identifica con las llamadas garantías autónomas.

4. A favor de una interpretación extensiva de la norma concursal debe tenerse en cuenta, finalmente, que la Ley se muestra respetuosa con las particularidades propias de cada garantía, tal y como se pone de manifiesto en su artículo 135.2 LC, que establece, caso de que el convenio resulte oponible al garante, que la responsabilidad de éste se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiere contraído³².

A efectos del concurso, carece de relevancia práctica el que el garante personal reciba la calificación de fiador, avalista, garante a primer requerimiento, codeudor solidario, persona que asume cumulativamente una deuda ajena, asegurador de crédito o caución. Lo esencial, como bien ha señalado PULGAR EZQUERRA, es la existencia de un patrimonio suplementario de garantía donde su titular dispone de un derecho de regreso ejercitable, en su caso, en dicho procedimiento³³.

II. EL FUNCIONAMIENTO DE LA FIANZA Y LA SOLIDARIDAD EN EL CONCURSO

1. Aspectos controvertidos del funcionamiento de la fianza en el concurso

La garantía personal implica la existencia de una relación jurídica, de un acuerdo de voluntades, de un contrato, ya sea en forma de contrato aislado, o de mera cláusula inserta en otros. Las garantías personales, por tanto, son siempre contratos accesorios que sirven para reforzar la obligación principal que añaden a la responsabilidad personal e ilimitada del deudor (art. 1911 del Código Civil) la de otros sujetos, fiadores, avalistas, garantes en definitiva.

En este sentido, se plantea la cuestión de cómo funciona la fianza³⁴ o aval³⁵

³² MARTÍN ARESTI: «Las previsiones de la Ley Concursal en materia de fianzas, avales y obligaciones solidarias», cit. pp. 2922-2923.

³³ PULGAR EZQUERRA: «El tratamiento de las garantías personales en la nueva Legislación Concursal», cit. pp. 128-129. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES: «El nuevo Derecho Concursal español (II): Efectos de la declaración de concurso y determinación de las masas activa y pasiva», en *Derecho Mercantil. II*. Coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 8.ª edición, Barcelona, 2003, p. 898; PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, cit. p. 19 y CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992, pp. 193-194. Este último autor hace referencia a la enorme elasticidad que presenta la regulación del tipo contractual de la fianza.

³⁴ Por la fianza «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste» (artículo 1822 del Código Civil).

³⁵ Señala la **sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1986** (Id Cendoj: 28079110011986101099) que «los conceptos de aval y fianza son sustancialmente equivalentes, máxime cuando se habla de aval fuera del ámbito estrictamente cambiario».

en el procedimiento concursal con respecto al tercero que asume el pago del crédito y cómo funcionan las notas de la subsidiariedad³⁶ y de la accesoriedad³⁷, en

³⁶ Señala Díez-PICAZO: «Diferente problema es el de la subsidiariedad, que significa un determinado orden en la responsabilidad, puesto que, por mucho que se quiera diversificar la obligación del fiador y la obligación asegurada, la primera tiene una función de refuerzo de la segunda y no atribuye al acreedor un enriquecimiento, para lo que faltaría por completo causa. Puesto que la obligación ha de ser cumplida una sola vez, es necesario establecer ese orden. En nuestro Código Civil, ese orden significa subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal. Lo dice con claridad el artículo 1822: el fiador sólo paga en el caso de no hacerlo el deudor principal. Se desprende además de la disposición contenida en el artículo 1830, de acuerdo con el cual el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor. Con ello no quiere decirse que deba identificarse la subsidiariedad con el beneficio de excusión, pues la subsidiariedad subsiste aunque la fianza se organice con renuncia de dicho beneficio». Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1993, pp. 415-416. A lo que añade CARRASCO PERERA: «Cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión está renunciando a que el acreedor tenga que perseguir los bienes del deudor antes de agredir los del fiador; pero no está renunciando a que, en todo caso, el deudor haya incumplido, para que el fiador pueda ser requerido de pago». CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, p. 69. En el mismo sentido, INFANTE RUIZ, F.: *Las garantías personales y su causa*, cit. pp. 182-186, quien entiende que «subsidiariedad significa diferencia de grados. Y así, tan subsidiaria es la fianza con beneficio de excusión como la fianza que no lo tiene, porque el fiador es siempre un deudor de segundo grado. El fiador cumple una vez se verifique el supuesto de hecho material contemplado en la garantía».

Maneja la jurisprudencia el concepto de subsidiariedad en la fianza en el sentido expuesto por la doctrina: «... el fiador sólo podrá responder, se tenga que hacer o no excusión del patrimonio del deudor principal, después de haberse afirmado el incumplimiento por parte de éste de la obligación garantizada». Con este significado toda fianza es siempre subsidiaria (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995 (R. 7022), 31 de diciembre de 1996 (R. 9227) y 1 de abril de 2000 [R. 2969]).

³⁷ El requisito de la accesoriedad en el ámbito de las garantías personales se hace expresivo en la regulación de la fianza, en sus artículos 1824, 1826, 1828, 1847, 1853, 1212 y 1528 del Código Civil. Respecto a la cuestión consistente en qué debemos entender por accesoriedad, en derecho español se han dejado ver posturas diversas. Hay quien sostiene que la accesoriedad de la fianza descansa precisamente en la falta de independencia de la obligación del fiador (en la dependencia de la obligación garantizada). Para otros, la accesoriedad no es más que la posibilidad de oponer excepciones derivadas de la obligación principal al amparo de lo previsto en el artículo 1853 del Código Civil («el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda»). En cualquier caso, es claro que existe un mínimo de unión funcional entre la obligación del fiador y la obligación garantizada. La obligación del fiador es una obligación de refuerzo de la del deudor principal, compartiendo ambas la misma finalidad. La accesoriedad representa la cualidad relativa que, respecto de la principal, tiene la obligación de garantía en lo que se refiere a su existencia, subsistencia y vicisitudes. Así, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, p. 95. Sobre la accesoriedad en la fianza, INFANTE RUIZ: *Las garantías personales y su causa*, cit. pp. 186-219.

La jurisprudencia, igualmente, ha contemplado la accesoriedad como un rasgo esencial de la fianza, del que se deriva que: 1) Que si la obligación garantizada es nula, nula ha de ser la obligación *fideiusoria* (artículo 1824 del Código Civil) (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1990 (R. 9044) y 18 de febrero de 1991 [R. 1449]); 2) Que si la obligación principal deviene ineficaz, ineficaz sobrevendrá también la fianza (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991 [R. 1604]); 3) Puede ser nula o devenir ineficaz la obligación *fideiusoria*, sin que

cuanto que la eficacia del retorno de lo pagado por tercero garante va quedar supeditado, en caso de impago por parte del deudor, a su reconocimiento y calificación en el concurso. La justificación de la participación en el concurso del fiador está en que la relación jurídica establecida (contrato) constituye una «*nueva y propia obligación (aunque accesoria y «per relationem»)*», desde que nace la fianza»³⁸, pues en virtud de esta obligación de garantía el fiador se obliga frente al acreedor de la obligación garantizada a realizar la prestación comprometida en caso del incumplimiento del deudor, pero también supondrá que el tercero pagador (fiador o avalista) pueda reclamar su puesto en el concurso para resarcirse de su pago. La obligación que asume el garante es distinta de la obligación que pesa sobre el deudor, aunque la exigibilidad de la primera viene, de ordinario, condicionada al incumplimiento de la segunda, aunque éstas no se identifican plenamente. Cumpliendo su propia obligación, el garante satisface el interés que en el cumplimiento de la obligación garantizada ostenta el acreedor beneficiario de la garantía³⁹ y ocupa su puesto en el concurso dentro de los límites establecidos por la legislación concursal.

La fianza genera una relación triangular entre el deudor, el acreedor y el garante, de la que nacen dos créditos que se añaden al crédito principal: el primero, el crédito del acreedor frente al garante, condicionado a que el deudor no satisfaga el crédito principal (artículo 1822 del Código Civil); y el segundo, el crédito de reembolso del garante frente al deudor, condicionado a que el garante pague al acreedor (artículos 1838 y 1839 del Código Civil). En este sentido, la concurrencia de estos tres créditos plantea dos problemas de coordinación en el concurso: el primero, el reconocimiento de todos estos créditos; y el segundo, la legitimación participativa en el posible convenio con el que puede concluir el concurso, cuestiones sobre las que volveremos más adelante.

se vea afectada por ello la obligación principal (artículo 1847 del Código Civil) (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 [R. 9099]); 4) Que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que le podía oponer el deudor principal, a salvo las que sean personalísimas de este último (artículo 1853 del Código Civil) (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1982 [R. 6929]); 5) Que si el crédito principal se cede, junto a él, salvo pacto en contrario, se transmitirá también la garantía *fideiussoria* (artículos 1212 y 1528 del Código Civil) (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1983 [R. 163]); 6) Que el fiador pueda obligarse a menos, pero no a más, que el deudor principal (artículo 1826.I del Código Civil) (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1991 [R. 8917]).

Sobre el carácter no accesorio del aval, INFANTE RUIZ: *El aval cambiario*, Valencia, 2004, 155-174. Mantiene el carácter accesorio del aval cambiario GUILARTE ZAPATERO: en *Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías*, Madrid, 1997, pp. 88-89.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1991 (R. 8917).

³⁹ CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ: *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2002, pp. 67-74; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1993, pp. 413-417, y GUILARTE ZAPATERO, V.: *Comentarios al artículo 1822 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (t. XXIII: artículos 1822 a 1886 del Código Civil), dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, Madrid, 1990.

El derecho del fiador a participar en el concurso no nace del derecho del deudor principal incumplidor de su obligación. Por el contrario, partiendo del artículo 1822, que dispone que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste, el contrato de fianza pone de manifiesto aquella relación triangular nacida por lo estipulado entre el acreedor y el fiador, independientemente de lo que eventualmente se haya pactado con el deudor principal. Es por ello, en los términos del artículo 1822 CC, por lo que no son necesarios ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor para su válida constitución y, en consecuencia, para su válida participación en el concurso una vez que haya satisfecho la deuda⁴⁰. Desde este punto de vista, en el contrato de fianza, el fiador no es sólo responsable de una obligación ajena (crédito principal), sino que es además el sujeto pasivo de una obligación propia y distinta de la obligación principal (la obligación garantía), por lo que el cumplimiento de dicha obligación propia le legitima para participar en el concurso. Legitimación que trae su razón de ser por las notas de accesoriedad y subsidiariedad, independientemente que la fianza se haya configurado como solidaria y comprendida siempre dentro de los términos pactados⁴¹.

⁴⁰ Aquella relación triangular presupone una participación del deudor a través del crédito principal al que se le va a proveer de una cobertura para la cual se ha constituido la fianza; una relación entre el acreedor y el fiador que presupone una relación de provisión de un patrimonio condicionado a que el deudor principal no cumpla con su obligación de pago (1822 CC) y a lo dispuesto en los artículos 1830 a 1837 CC; y, por último, una relación del fiador con el deudor afianzado, condicionado y limitado por el efectivo pago del fiador (art.1838 y ss. CC).

⁴¹ La **STS de 5 de febrero de 1992** (Id Cendoj: 28079110011992102595) denuncia infracción de los *artículos 1822, 1827 y 1847 del Código Civil*, así como la doctrina jurisprudencial relativa a la fianza y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, quien determinó la legitimación pasiva de un avalista por haber avalado solidariamente en el contrato de arrendamiento «cualquier incumplimiento» del avalado, estableciendo además que ello no permite extender la garantía al contrato de sociedad, ni a la acción ejercitada, que se funda en el *artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas*. Esta sentencia recoge la jurisprudencia de las sentencias del TS de 31 de octubre de 1984 y 20 de mayo de 1989, que señalan que «la fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

La misma sentencia de 5 de febrero de 1992 señala en cuanto a la accesoriedad que la fianza, aunque no sea subsidiaria, sino solidaria, constituye siempre una obligación accesorio, que depende del incumplimiento de la obligación principal y, aunque no requiere una forma especial, ha de ser contraída de forma expresa, sin que puedan admitirse ni la presunta ni la tácita, debiendo interpretarse restrictivamente, excluyendo toda posibilidad de extenderla a obligaciones distintas de las comprendidas en ella. En idéntica dirección se manifiestan las SSTs de 18 de noviembre de 1963, 1 de junio de 1964 o 22 de diciembre de 1972.

No basta un cierto carácter de conexión entre contratos para entender que la fianza se extiende a todo incumplimiento y, en este sentido, la mencionada sentencia señala que aunque la constitución de la sociedad y el contrato de arrendamiento tuviesen cierto carácter coligado o conexo, el aval solidario sólo se constituyó para el incumplimiento de las obligaciones derivadas del segundo contrato (arrendamiento), pero sin que pueda extenderse a la actuación del avalado como administrador de la sociedad, que es el carácter con que se le demanda, por lo que su responsabilidad no puede abarcar al avalista, carente de legitimación pasiva al ejercitarse la acción contemplada en el *artículo 81 d*.

Por ello, para que el acreedor pudiera hacer efectiva su obligación de garantía y, consecuentemente, el fiador ocupara su puesto en el concurso sería necesario: 1. La prueba del incumplimiento de deudor como presupuesto primero y necesario para que el acreedor afianzado pueda reclamarle al fiador el cumplimiento de la obligación accesoria de garantía; y 2. La demostración del hecho de que el deudor no dispone de bienes libres que pudieran ser embargados, cuestión que no supone una excepción a la regla general vigente en nuestro ordenamiento, que prescribe que, en principio, el fiador tiene a su favor el beneficio de excusión⁴².

⁴² Unas veces porque la doctrina identificó exclusivamente la subsidiariedad con el beneficio de excusión, entendiendo que la obligación del fiador es esencialmente accesoria y naturalmente subsidiaria, ya que el beneficio de excusión, por un lado, es renunciable por el garante y negociable con el acreedor (art. 1831, núms. 1.º y 2.º) y, por otro, legalmente excluible por las causas establecidas en el núm. 3 y 4 de este mismo artículo. En principio, el fiador, según esta posición doctrinal, es un deudor subsidiario, ya que sólo debe satisfacer su obligación de garantía cuando el deudor principal no cumple la obligación que le corresponde, pudiendo ejercitar el beneficio de excusión en los supuestos marcados en la norma. Pero cuando el beneficio de excusión no opera, bien porque por pacto se haya renunciado a él, o bien porque la ley disponga que no debe de operar, entonces desaparece la subsidiariedad, siendo la razón por la que no puede considerarse esta característica como esencial. La subsidiariedad, desde este punto de vista, es un elemento natural que acompaña normalmente al negocio fideiusorio, pero no es esencial, ya que en muchos supuestos no necesariamente lo acompaña sin que por eso se desvirtúe la esencia de la fianza que descansa en la característica de la accesoriedad. Otra posición doctrinal entiende que existe una incompatibilidad entre la fianza y la no subsidiariedad, ya que la fianza solidaria no es más que un supuesto puro y simple de solidaridad entre deudores. Por último, otra posición doctrinal parte de la idea de que el carácter subsidiario de la fianza tiene un significado que excede de los límites del propio beneficio de excusión y se extiende al distinto plano en que se encuentra la obligación del fiador respecto de la obligación principal y a la necesidad de previo incumplimiento de esta última a los efectos de la exigibilidad de la fianza. Para sus defensores, la subsidiariedad es una característica esencial de la fianza, de tal manera que, aunque el fiador y deudor se vinculen solidariamente, el régimen jurídico básico de la fianza es siempre aplicable, sin que se excluya y se sustituya por el de la solidaridad, ni se considere como elemento meramente natural. Entendemos que esta última posición es la correcta, pues lo que es esencial en la fianza es la subsidiariedad, no el beneficio de excusión, que no se debe identificar con aquélla (la subsidiariedad). Lo esencial es ésta, lo natural es el beneficio de excusión, que puede existir o no. En este sentido, la subsidiariedad supone que el fiador no podrá ser compelido a pagar mientras no concurran en el deudor dos condiciones: 1. Que el deudor no pague; y 2. Que queden en el patrimonio del deudor bienes libres que puedan ser embargados (art. 1830 CC). Constituye la subsidiariedad, en consecuencia, una premisa en la fianza, de tal manera que la actuación del fiador se supedita a que el deudor principal no haya pagado, actuando este hecho como una condición suspensiva (*conditio iuris*). En base a esta consideración de condición suspensiva, se ha defendido que la clasificación del crédito contra el fiador pueda ser calificada como contingente sin cuantía propia, encuadrable dentro del supuesto establecido en el art. 87.3 LC: «Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda». Cuestión discutida que analizamos en otro lugar.

Este tipo de garantías de carácter personal funcionan, pues el mercado confía en ellas⁴³, sobre todo cuando se prestan con carácter solidario⁴⁴ (sin duda, la modalidad de fianza más frecuente en la práctica). La modalidad de fianza solidaria se caracteriza principalmente frente a la fianza normal, según opinión generalizada, porque el fiador carece del beneficio de excusión o de orden, pudiendo el acreedor garantizado dirigirse directamente contra el fiador, prescindiendo del deudor afianzado, acreditando, eso sí, el incumplimiento de la obligación garantizada en el seno del procedimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995 (R. 3254) y 25 de mayo de 1995 [R. 4263])⁴⁵. Esta posibilidad

⁴³ A la fianza y al aval cambiario se añaden como garantías personales típicas los seguros de caución y de crédito. En ambos el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a indemnizar los daños o pérdidas patrimoniales sufridas. Estos contratos de seguro típicos se configuran para garantizar un incumplimiento e indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido, a título de resarcimiento o penalidad, dentro de los límites pactados en el contrato. La proximidad de estas figuras con la fianza regulada en el Código Civil no supone desconocer las diferencias entre ellos, reconociendo la autonomía de estos contratos de seguro. Y ello hasta el punto de que los sectores más favorables a la aproximación sólo postulan la aplicación de ciertos preceptos del Título XIV del Libro IV del Código Civil cuando se da carencia de regulación legal o contractual. Respecto a ambos, el Tribunal Supremo ha entendido que los contratos de seguro de crédito o de caución operan siempre con vista y a resultados de un incumplimiento contractual o de obligaciones legales por el tomador del seguro que haya producido un perjuicio patrimonial al asegurado, en el de caución, o cuando por insolvencia definitiva del tomador del seguro tenga la aseguradora que reponer las pérdidas finales que sufra el asegurado-acreedor del tomador del seguro como deudor suyo. Pues bien, en uno y otro caso, lo cierto es que no aparece en forma alguna, ni indiciaria ni lejanamente, la idea de operatividad solidaria con el deudor respecto del acreedor; es decir, la idea de solidaridad excluye por definición y por principio la posibilidad de un seguro de las índoles mencionadas (STS de 25 de febrero de 1994 [R. 1196]). La finalidad perseguida por esta especial manifestación de los seguros no es en realidad otra que la de constituir una garantía frente al incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, lo que se traduce en la obligación que al tomador del seguro corresponde de indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos (SSTS de 7 de abril de 1992 (R. 3031) y 5 junio de 1992 [R. 5002]).

⁴⁴ «Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, Capítulo III, Título I, de este Libro» (artículo 1822.II del Código Civil), en el que se establece una remisión general al tratamiento de las obligaciones solidarias. Un extenso tratamiento de la fianza solidaria está en PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985 y RUBIO GARRIDO, T.: *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza. En el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Granada, 2002.

⁴⁵ La jurisprudencia ha entendido que caben tres interpretaciones de la remisión realizada por el artículo 1822 a las normas propias de la obligación solidaria. Una primera línea jurisprudencial sostiene que la remisión contiene una descualificación del contrato de fianza, que, por virtud de la solidaridad, pasa a convertirse en una institución distinta y autónoma de la fianza, con la única particularidad de que, pagada la deuda por el fiador, tiene regreso por el todo contra el deudor. Una segunda corriente sostiene que en la fianza solidaria la relación externa se gobierna por las reglas de la solidaridad, mientras que las relaciones internas entre deudor y fiador, incluso antes del pago, se rigen por las normas de la fianza. Por último, una tercera interpretación considera que la fianza solidaria conserva su calificación *fideusoria* incluso en las relaciones externas, dado el carácter accesorio de la fianza, lo que obliga a coordinar las respectivas normas de la solidaridad y la fianza.

Sostiene la **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1970** (R. 3114): «(...) si el fiador se obligare solidariamente, se observará lo regulado para la solidaridad de las obligaciones, lo que permite a los acreedores el poder dirigirse directamente contra el fiador, prescindiendo del

de dirigirse mediante acción directa contra el fiador se da más aún claramente cuando la garantía se concluye a primer requerimiento o con carácter independiente de la obligación garantizada (en la relación garante-garantizado). En estas últimas modalidades han ocupado un lugar destacado en la atención de la doctrina, sobre todo mercantilista. En estas llamadas «*garantías a primer requerimiento*», «*a primer aviso*» o «*a primera demanda*», el garante se compromete de modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía frente a un ordenante de la garantía, tan pronto como el beneficiario la reclame, sin que pueda el garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor (beneficiario) y el deudor (ordenante). Sobre este tipo de garantías señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005 (R. 10177)⁴⁶ que en estas garantías la accesoriedad no es determinante, de tal manera que la obligación nacida de este tipo de garantía, si bien no comporta independencia de la obligación principal, sí hay una desconexión en cuanto a sus consecuencias, en cuanto que el garante no puede oponer al acreedor las excepciones que el deudor principal podría oponerle al constituir una obligación de indemnidad a favor del beneficiario-acreedor⁴⁷.

2. Fianza y solidaridad: su tratamiento concursal

Una de las cuestiones más controvertidas es cómo interactúa la fianza en el concurso cuando ésta, la fianza, se constituye en la modalidad de fianza solidaria y, en consecuencia, cómo quedan afectadas las características esenciales de la fianza (subsidiariedad y accesoriedad) por la legislación concursal.

deudor principal, o contra ambos simultáneamente, que hace desaparezca, cuando aquella solidaridad se establece, la subsidiariedad característica de la simple fianza, pues a su virtud pasa el fiador a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de «*in solidum*», que es el estado de condición jurídica que entonces le corresponde»; o como señala la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2002** (R. 7476): «() cuando el fiador lo es con carácter solidario . El acreedor puede dirigirse directamente contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal».

Entiende RUBIO GARRIDO, siguiendo los principios establecidos por Pothier y Domat, que «... la fianza solidaria simplemente es aquella en que no juega el beneficio de excusión y, en su caso, cuando sea cofianza, aquella en que no juega el de división».

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2005 (R. 10177); de 13 de diciembre de 2000 y 31 de mayo de 2003; y Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991 «ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor»; en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2004.

⁴⁷ ESPIGARES HUETE, J.C: *La garantía «a primer requerimiento». Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Bolonia, 2006; BUSTO LAGO, J. M.: *Las garantías personales atípicas en el Ordenamiento Jurídico español: Configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*, Pamplona, 2006 y CARRASCO PERERA, A: «Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, 2006, pp. 107-116.

El pacto de solidaridad, incluido en una fianza, plantea la cuestión de si la fianza solidaria mantiene el beneficio de excusión, o habría que entender que la solidaridad excluye el beneficio de excusión. La cuestión tiene su importancia en el ámbito del concurso, ya que los efectos de éste no serían los mismos en cuanto al reconocimiento y la calificación del crédito afianzado si consideramos la fianza solidaria como verdadera fianza o como crédito solidario.

Desde nuestro punto de vista, fianza y solidaridad, aunque aquélla sea solidaria, no son la misma cosa, ni produce los mismos efectos, por el hecho de que la fianza se haya constituido con la modalidad de ser solidaria.

Hay que partir de que la solidaridad no es un contrato, ni una obligación, sino un simple modo de obligarse una pluralidad de sujetos, que tendrá causa de garantía cuando la tenga la obligación que vincula solidariamente a los deudores⁴⁸. Tampoco puede identificarse el obligado solidario, señalado en la Ley Concursal (artículos 87.7, 135.2 y 160), con el supuesto de fianza solidaria o del llamado aval en sentido amplio⁴⁹, pues en todo caso dicho carácter solidario sólo expresa

⁴⁸ Indica el profesor RUBIO GARRIDO: «La solidaridad pasiva es sólo un determinado esquema organizativo de obligaciones con pluralidad de deudores. En tal modelo, todos los coobligados están vinculados por el mismo título, en un mismo concepto, en la misma calidad y condición y, por supuesto, en el mismo grado. Cuando esta obligación tiene índole negocial, todos los coobligados quedan vinculados por la misma causa —en sentido técnico— (la causa de la compraventa, préstamo, seguro, fianza, etc.). Cuando la obligación tiene fuente legal, lo están en virtud de la norma que da nacimiento a esa obligación... No hay solidaridad pasiva cuando varios deudores están obligados a realizar la misma prestación frente a un mismo acreedor, pero el deber de cada uno de ellos nace de hechos jurídicos distintos sin vinculación negocial o normativa entre sí». RUBIO GARRIDO, T.: *Fianza solidaria...*, cit. p. 113, y CARRASCO PERERA: *Tratado...*, cit. p. 88.

⁴⁹ Sobre el aval como garantía en sentido amplio, la **sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2004** (R. 4261): «a la vista de todo lo antedicho ha de concluirse que el presente motivo ha de ser desestimado, porque si bien es cierto que el documento privado en cuestión no contiene indicación expresa de solidaridad entre el hoy recurrente y la sociedad limitada como avalistas del importe de las letras, no lo es menos que la garantía para satisfacer una deuda entre sociedades mercantiles, consecuencia del impago de diversos efectos «cuya causa deviene del suministro efectuado con anterioridad» por la sociedad acreedora, y prestada a título personal por quien era administrador único de la sociedad anónima deudora y, al parecer, también representante legal de la sociedad limitada coavalista, debe calificarse de mercantil, como implícitamente se proponía en la demanda mediante la cita de los arts. 57 y 440 CCom (LEG 1885, 21) y, además, como incardinable en la figura de contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos, de sentido más amplio que el afianzamiento propio, «por virtud del cual una o varias personas se comprometen a cumplir una obligación ya existente o que se crea en ese momento, otorgándole carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, fuera de cuyos supuestos obliga a todo lo que naturalmente se derive del acto o convenio avalado» (STS 7-12-68, que cita las de 11-10-1875 y 12-7-1919). De ahí que, siendo también jurisprudencia de esta Sala, no exenta ciertamente de excepciones, la relativa al carácter solidario de la fianza mercantil (SSTS 4-12-50 [RJ 1951, 227], 7-12-68 [RJ 1968, 5748], 25-4-69 [RJ 1969, 2232], 16-6-70 [RJ 1970, 3114], 20-10-89 [RJ 1989, 6941] y 7-3-92 [RJ 1992, 2007]), y no habiéndose sometido a debate por el hoy recurrente en ninguna de las dos instancias la falta de solidaridad, no pueda atribuirse a la sentencia impugnada la infracción de los preceptos que se citan en el motivo». INFANTE RUIZ, F.: *El aval cambiario. Principios fundamentales y régimen de excepciones*, Valencia, 2004.

la circunstancia de la renuncia al beneficio de excusión, pero queda, igualmente, la nota de la subsidiariedad que siempre acompaña a la fianza⁵⁰, ya que la exigibilidad de la obligación del garante se anuda al incumplimiento de la obligación garantizada, no al vencimiento de ésta⁵¹.

Por un lado, los conceptos de solidaridad y beneficio de excusión se sitúan en dos planos distintos que impiden su incompatibilidad, no conllevando la inaplicación de las reglas de la fianza y, en consecuencia, de la subsidiariedad. El hecho de que se haya pactado la exclusión del beneficio de excusión no comporta la pérdida del carácter esencial de la subsidiariedad de la fianza, por lo que el acreedor tendrá que esperar a que se produzca el incumplimiento del deudor principal.

Por otro, la pluralidad de patrimonios que presenta la solidaridad pasiva no conlleva, por sí sola, la causa de garantía propia de la fianza o el aval. Tanto la doctrina⁵² como la jurisprudencia señalan que no debemos confundir solidaridad y fianza. Es más, «*subsisten importantes diferencias entre la solidaridad y la fianza, incluso cuando se trata de fianza solidaria, por lo que nos es dable expli-*

⁵⁰ Frente a una posición jurisprudencial, ya antigua, que identificaba la subsidiariedad de la fianza con la existencia del beneficio de excusión [**sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1958** (R. 1043) y **16 de junio de 1970** (R. 3114)], es hoy opinión admitida unánimemente el identificar la subsidiariedad de la fianza como uno de sus rasgos esenciales. El fiador sólo podrá responder, se tenga que hacer o no excusión del patrimonio del deudor principal, después de haberse afirmado el incumplimiento por parte de éste de la obligación garantizada. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1988 (R. 10075) y 1 de abril de 2000 (R. 2969).

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. II*. Volumen 2.º, Barcelona, 1995, p. 341. Parece excluir la nota de subsidiariedad en la fianza solidaria al conectar la exigibilidad de la obligación, no al incumplimiento, sino a su vencimiento. CARRASCO PERERA: «Por mucho que el deudor principal y el fiador se obliguen de modo solidario, no llega a crearse nunca entre ellos una comunidad, una cotitularidad pasiva, en la deuda. Deudor y fiador se han obligado por títulos contractuales distintos. El fiador no se ha obligado como cocomprador, coprestatario, cocomisionista, etc. Ha prestado su intercesión a una deuda que permanece ajena en su titularidad y en su responsabilidad final. Lo único que la solidaridad impone al fiador es la sumisión al riesgo de poder ser demandado, una vez vencida la obligación, antes de que el deudor haya sido constituido en mora, haya incumplido en general». *Tratado...*, cit. p. 90. Asimismo, INFANTE RUIZ: *Las garantías personales...*, cit. p. 185.

⁵² Por tanto, por la solidaridad se faculta a la parte activa de la relación jurídica para exigir el cumplimiento íntegro de la deuda a uno sólo de los obligados (artículo 1137 del Código Civil), que, a la hora de responder frente a la reclamación, deberá hacerlo como si fuera el único, de ahí el sentido de su «solidaridad», contando para ello el acreedor con dos instrumentos fundamentales: la facultad de efectuar el requerimiento directamente contra el deudor que considere más solvente o más acorde con sus pretensiones (*ius electionis*); y, posteriormente, contra cualquiera de los demás «mientras no resulte cobrada la deuda por completo» (*ius variandi*) (artículo 1144 del Código Civil), ahorrándose así la carga de tener que dirigirse contra todos y cada uno de los obligados, diligentes y no diligentes, para reclamar a cada uno su parte, como la de soportar el riesgo de incumplimiento de cualquiera de ellos, que, en caso de que se produzca, deberá ser suplido por todos los demás «a prorrata de la deuda de cada uno» (artículo 1145, párrafo tercero, del Código Civil). En este sentido se manifiesta PÉREZ ESCOLAR, M.: *Responsabilidad solidaria. Delimitación de su alcance a la luz de la nueva legislación procesal civil*, Madrid, 2004, p. 19.

car la una en función de la otra. La remisión que el párrafo segundo del art. 1822 hace a los arts. 1137 a 1148, cuya observancia invoca si el fiador se obligase solidariamente con el deudor principal, no debe entenderse en el sentido de que dejen entonces de tener aplicación las reglas relativas a la fianza contenidas en los arts. 1838, 1852 y 1853» (cfr. sentencia del T. S. de 21 abril 1931)⁵³. Por su parte, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998 (R. 6122): «Virtualmente es indiferente que quedasen obligados como fiadores o como codeudores, pues en ambos casos responden con el carácter de solidarios y obligados en los mismos términos que la sociedad deudora»⁵⁴. No es la postura que sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de julio de 2011⁵⁵.

Desde nuestro punto de vista, en nuestro ordenamiento no se puede identificar la fianza solidaria con las obligaciones solidarias. En este sentido, la fianza solidaria no puede ser más extensa que la obligación del deudor principal (arts. 1826

⁵³ JORDANO BAREA, J., en «Las obligaciones solidarias». *Escritos Jurídicos*, Volumen III, *Estudios Monográficos* 2, pp. 383-384, Sevilla, 2006.

⁵⁴ Es, por ello, por lo que destacaba el profesor LACRUZ BERDEJO que: «la solidaridad pasiva entraña una mutua fianza: cumple una función de garantía recíproca entre los deudores frente al acreedor». LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. II. Volumen III. Fascículo 3.º*, Barcelona, 1986, pp. 500-501. Asimismo, CARRASCO PERERA describe: «Aun cuando la solidaridad pasiva y la fianza son instituciones distintas, la primera opera a modo de fianza recíproca entre todos los deudores solidarios, de modo que, frente al acreedor común, uno de los deudores solidarios viene a ser el garante del resto, esto es, una especie de fiador de cada uno de ellos». CARRASCO PERERA: *Tratado...*, cit. p. 82 y *Los derechos de garantía...*, cit. pp. 228-229. En el mismo sentido, CAFFARENA LAPORTA, J.: *La solidaridad de deudores. Las excepciones oponibles por el deudor solidario*, Barcelona, 1980, p. 51.

⁵⁵ **SAP Oviedo 11 de julio de 2011**: «La figura de la fianza solidaria aparece reconocida en el art. 1822 C. Civil cuando dispone que: *Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo III, título primero de este libro*, lo que no hace sino remitirnos a las reglas de la solidaridad contenidas en los arts. 1137 y 1148 C. Civil. En esta dualidad entre fianza y solidaridad, la doctrina civilista más autorizada entiende que en la fianza solidaria deberán aplicarse las normas de la fianza en el ámbito de las relaciones internas entre deudor y fiador, mientras que en las relaciones externas frente al acreedor deberá aplicarse el régimen propio de las obligaciones solidarias. Llevado lo anterior al supuesto del fiador solidario declarado en concurso, la conclusión no puede ser otra que la arriba mantenida, esto es, que el derecho del acreedor deberá ser reconocido como crédito puro y simple, sin contingencia, por más que éste todavía no se encuentre vencido, pues ambos, deudor y fiador, responden con igual vinculación frente a aquél. Por lo demás, ésta es la respuesta que la propia Ley Concursal otorga al supuesto de concursos simultáneos de deudores solidarios en su art. 85-5, disponiendo que en tales casos el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. Cabe añadir a lo anterior que la contingencia de que trata el art. 87, en sus apartados 3 y 5, viene referida a la presencia de créditos sometidos a condición suspensiva, ya lo entendamos como suspensión de la vigencia de la relación jurídica ya como suspensión de su eficacia, y en este sentido aun cuando existen opiniones partidarias de que el previo incumplimiento del deudor principal debe operar como presupuesto para que surja la responsabilidad del fiador solidario, entendemos que no por ello la obligación de pago que incumbe a este último se convierte en obligación condicional, en cuanto que sometida a condición suspensiva, pudiendo afectar tal eventualidad, en su caso, únicamente a la legitimación del acreedor para exigir el pago, como también lo entiende así alguna doctrina».

y 1827 CC), ni puede sobrevivir a aquélla. Del mismo modo, si la obligación principal es nula, la fianza también lo será, cosa que no ocurre, en cambio, con la nulidad parcial de la deuda solidaria, ya que en este supuesto no libera al deudor solidario. Si la obligación principal se hace imposible, el fiador —solidario o no— quedará liberado; en cambio, esto no ocurre en las obligaciones solidarias, ya que si la prestación se hubiere hecho imposible en las obligaciones solidarias, mediando culpa de parte de cualquiera de los deudores solidarios, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de la acción contra el culpable o negligente (art. 1147, p. 2.º CC). También otra diferencia es que si la relación fiador-deudor constituyera una obligación solidaria, el fiador sólo tendría acción de repetición por la cantidad adeudada en proporción a la cuota correspondiente; en cambio, como la obligación del fiador es accesorio, éste tendrá derecho a repetir la totalidad de lo pagado (art. 1838 CC) y oponer las acciones personales que, sea el propio fiador, sea el propio deudor principal, tengan contra el acreedor; y además quedaría subrogado en los derechos del acreedor (art. 1839 CC). Asimismo, en solidaridad, la prórroga concedida por el acreedor a uno de los obligados solidarios beneficia a los restantes; en cambio, la que fuera concedida al deudor principal libera al fiador solidario si éste no ha prestado su conformidad.

En definitiva, podemos decir que la fianza solidaria se rige por las normas de la fianza simple, con la sola excepción de la privación de los beneficios de excusión y de división. Consecuencia de esta diferenciación de instituciones es que antes de dirigirse el acreedor contra el fiador debe haber reclamado la deuda al deudor principal, puesto que, si no lo hace el fiador, tiene derecho a exigir que el acreedor demuestre y justifique que, habiendo reclamado la deuda al deudor principal, éste no ha pagado. Si no realiza esta actuación y el acreedor principal se dirige directamente contra el fiador, entonces éste podría negarse a cumplir su obligación subsidiaria de pagar, de afianzar. Esta regla general tiene sus excepciones, ya que no correspondería por parte del fiador la actuación anteriormente mencionada si el deudor principal hubiere incurrido en mora *ex lege*, como ocurre si la obligación fuera con señalamiento de un plazo determinado, o cuando el fiador expresamente, de forma clara y terminante, hubiera renunciado a ello, y en todo caso cuando se haya declarado el deudor principal en concurso. Pero aún en este supuesto, la fianza solidaria no deja de ser fianza y no se transforma en una obligación solidaria aunque se le aplique sus normas, sino que debe pasar el trámite de la reclamación previa al deudor principal. Estas diferencias se dejan notar especialmente a los efectos del reconocimiento y de la calificación del crédito afianzado.

Tampoco podemos decir que la obligación del fiador solidario es autónoma e independiente de la asumida por el deudor principal, pues no puede pervivir si se declara la nulidad de la obligación principal. La finalidad claramente perseguida por las partes —y ésta es su causa— es la de afianzar, no otra. No podemos apar-

tarnos de la intención que aquéllas buscaron, puesto que la interpretación basada en la intención de las partes sería la que mejor se ajustaría al principio general de la buena fe. De lo contrario, estaríamos transformando la verdadera finalidad perseguida en el contrato, con consecuencias altamente perjudiciales para las partes. Asimismo, la nulidad parcial de la deuda —como dijimos— no libera al codeudor solidario, al contrario de lo que ocurre cuando se trata de fianza. El fiador no está obligado a cumplir su obligación si su cumplimiento resultare imposible, imposibilidad que no libera en la solidaridad a los deudores solidarios. Además, resulta que el fiador tiene el derecho a invocar como causa de extinción de la fianza la actuación negligente del acreedor o la novación de la obligación, facultades de la que carece el deudor solidario. En definitiva, no es posible trasladar automáticamente las normas de las obligaciones solidarias al fiador solidario.

Frente a las diferencias señaladas, ambos institutos coinciden parcialmente en su razón de ser. En efecto, tanto la fianza en todos los casos, sea cual fuere su efecto (mancomunidad simple o solidaria), de origen sea convencional (constituida por contrato) o unilateral (constituida por testamento), tienen como finalidad esencial brindar al acreedor una garantía de cobro adicional a la constituida por el patrimonio del deudor afianzado en el primer caso o del codeudor en el segundo. La solidaridad pasiva de origen legal, por su parte, también atiende fines de carácter resarcitorio-represivo, jugando un rol integrador importante en ciertos ámbitos de la teoría general de la responsabilidad civil. La fianza se extingue por la novación de la obligación principal y también la novación de la deuda con cualquier codeudor solidario extingue la obligación. Más, a salvo las consideraciones siguientes para nuestro Código Civil, no se extingue la fianza ni se alteran las obligaciones solidarias cuando por acuerdo de acreedores éstos conceden renuncias, remisiones, quitas o esperas al deudor principal.

Por tanto, existen diferencias conceptuales que marcan su distinta naturaleza entre una y otra figura, que podemos resumir seguidamente: a) Mientras la obligación solidaria es directa y principal, la fianza siempre es una obligación accesorio; b) Mientras en la obligación solidaria la causa fuente de la obligación asumida por cada deudor es la misma, pues existe un solo contrato, la causa de la fianza es distinta de la obligación principal, pues nacen de declaraciones de voluntades diferentes; c) Mientras que el fiador que ha pagado la deuda tiene derecho a reclamarle al deudor el cumplimiento íntegro de la obligación, ello no ocurre entre codeudores solidarios que solamente podrán demandar la parte proporcional; d) El codeudor solidario no puede oponer las excepciones personales que pueda tener otro de los codeudores contra el acreedor; en cambio, en la fianza puede el fiador oponer las defensas personales que tuviera el deudor principal. Ciertamente que en algunos supuestos esta diferencia se disipa, ya que en el caso de la remisión o la confusión sólo pueden ser invocadas (las excepciones) por el interesado, pero aprovechan a los demás codeudores solidarios hasta la concurrencia

de la parte que le corresponde a aquél. En cambio, otras excepciones personales, como la incapacidad de uno de los codeudores, o el dolo y la violencia sufrida por uno de ellos, en nada afecta a la obligación de los restantes codeudores. Por todo ello, debemos de concluir que la figura de la fianza solidaria no podemos configurarla como distinta de la fianza ordinaria, excepto en lo propio de su modalidad y, en consecuencia, funcionará en el concurso de la misma manera que la fianza simple. Estas diferencias van a marcar la legislación concursal aplicable.

En este ámbito, sin embargo, el régimen jurídico general de la solidaridad y el beneficio de excusión, en cuanto al tratamiento de los créditos contra los fiadores solidarios declarados en el concurso, no es del todo pacífica en la doctrina⁵⁶ y en la jurisprudencia, planteándose distintas soluciones que afectan a las consecuencias que estas instituciones van a tener en cuanto al reconocimiento y calificación de los créditos en el concurso.

El Código Civil dispone en el artículo 1822, 2.º: «Si el deudor se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4.ª, capítulo III, Título I de este Libro». Esta dicción que se recoge en este artículo plantea varios interrogantes: 1. ¿Cuál es el alcance y el sentido de la remisión que este párrafo 2.º del artículo 1822 hace a las normas de la solidaridad? ¿Supone que en la fianza solidaria debemos dejar a un lado las normas propias de la fianza y aplicar directamente las normas de la solidaridad o, por el contrario, lo que ha querido decir el artículo 1822, 2.º del Código Civil es que, aun aplicando las normas de la solidaridad, no debemos alterar las relaciones internas entre deudor y fiador y, en consecuencia, le son de aplicación los artículos 1838 y ss. del CC?; si el garante asume en la fianza solidaria la posición jurídica de un obligado subsidiario, ¿es necesario el previo incumplimiento del deudor o, por el contrario, frente al acreedor todos son deudores de igual grado? 2. ¿Habría que entender que las garantías adicionales ofrecidas por los terceros no resultarían afectadas por la declaración del concurso, con lo que el crédito contra el fiador tendría la misma naturaleza y cuantía que la del crédito frente al deudor principal?

No han faltado soluciones por parte de la doctrina a estos interrogantes, partiendo, sin un criterio uniforme, o bien desde una interpretación literal del artículo 1822, 2.º, o bien desde una interpretación correctora del artículo 1822, 2.º

Así, la doctrina que defiende la tesis concursalista basa su argumentación, con relación al estudio de la clasificación de los créditos en el concurso, en que la fianza, aunque sea solidaria, siempre sería subsidiaria, de tal manera que es nece-

⁵⁶ BRENES CORTÉS, J.: «Calificación contra el fiador solidario declarado en concurso», *Revista de Derecho Concursal*, 2012, pág. 190, siguiendo a GARRIGUES (Curso de Derecho Mercantil, tomo II, Madrid, 7.ª, revisada en colaboración de SÁNCHEZ CALERO, 1979, pág. 5).

sario el previo incumplimiento de deudor principal, de acuerdo a lo que preceptúa el artículo 1822, 1.º CC.

Para otros autores, sobre todo de aquellos que defienden tesis mercantilistas, la subsidiariedad no es un elemento esencial de la fianza y su único significado radica exclusivamente en hacer depender la exigibilidad del crédito fideiusorio del previo incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación garantizada y, en consecuencia, el fiador goza del beneficio de excusión, siendo la excepción los casos en que la propia Ley determina la no necesidad de tal beneficio. Para esta teoría, el crédito afianzado es de segundo grado, debiendo darse como presupuesto el incumplimiento imputable del deudor principal afianzado para que el acreedor principal pueda ejercitar su crédito, y sin necesidad de que se haya declarado el concurso. La subsidiariedad no se identifica con el beneficio de excusión.

Otra posición doctrinal⁵⁷ y jurisprudencial parte del presupuesto de que a la fianza solidaria le son aplicables plenamente tanto el artículo 1144 CC como de las normas reguladoras de la fianza (con exclusión de las normas del beneficio de excusión). Entienden que ello tiene como consecuencia que el acreedor, llegado el momento del vencimiento de la deuda cuando resulte exigible, puede exigir su pretensión indistintamente contra el deudor principal o contra el fiador solidario, pero sin tener que probar el incumplimiento (subsidiariedad) en base a que opinan que tanto el deudor como el fiador solidario son del mismo grado, es decir, están en el mismo plano. En este sentido, consideran que puede el acreedor principal dirigirse contra el fiador solidario como si se tratara de un deudor solidario común⁵⁸, siendo así que la fianza solidaria no aparece revestida de la nota de subsidiariedad. A su vez, otros autores, partiendo de esta posición doctrinal, concluyen que esto es así (la no subsidiariedad de la fianza solidaria) porque es una consecuencia derivada del hecho de que el fiador solidario no puede oponer el beneficio de excusión por la remisión que hace el artículo 1822, 2.º; y otros⁵⁹ parten del hecho de que no es porque el fiador solidario no pueda oponer el beneficio de excusión, sino porque su fundamento nace de la circunstancia de que, ante una eventual acción del acreedor frente al fiador, éste estará obligado a cumplir, sin que para ello el acreedor principal deba probar el previo incumplimiento imputable al deudor principal.

⁵⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Solidaridad...*, cit. pp. 111-113; COCA PAYERAS, M., en *Comentarios a la sentencia 16 de septiembre de 1988*, CCJC, núm. 18, 1988, pp. 809-812; CARRASCO PERERA, A.: *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, pp. 75-77, y *Los derechos de garantía...* cit., p. 306, y MARTÍNEZ CALCERRA Y GÓMEZ, L.: «El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo», *La Ley*, núm. 3043, 10 de julio de 1992, 1992-3, p. 829.

⁵⁸ DÍAZ MORENO, Alberto: «Las garantías a primer requerimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Libro Homenaje a Evelio Verdura Tuells*, tomo I, Madrid, 1994, p. 643 y «Concurso y garantías personales. De la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la Ley Concursal», *La Ley* 442/1994.

⁵⁹ BRENES CORTÉS, Joseba: *Calificación contra el fiador solidario...*, cit. p. 194.

Esto nos lleva a plantearnos la siguiente cuestión: ¿podemos identificar la fianza solidaria con la renuncia al beneficio de excusión? La respuesta que identificara la fianza solidaria con la renuncia al beneficio de excusión carecería de sentido, ya que la distinción dejaría sin contenido la dicción contenida en los dos primeros apartados del artículo 1831 del CC.

CARRASCO PERERA matiza que la exclusión del beneficio de excusión es una consecuencia *suplementaria* del hecho de que la fianza se pacte con el carácter de solidaria, y no debe confundirse con la pérdida de la nota de subsidiariedad, aunque para que el acreedor pueda dirigirse contra el fiador no se requiere ni que el deudor sea insolvente (beneficio de excusión), ni que el deudor principal incumpla su obligación (subsidiariedad)⁶⁰.

Profundizando en esta dirección, BRENES CORTÉS entiende que «en las obligaciones solidarias, cuyo régimen jurídico resulta aplicable a la fianzas solidarias en su vertiente externa, el acreedor puede reclamar la totalidad del crédito de cualquiera de los obligados, sin que quepa alegar la previa excusión de bienes del deudor afianzado, y sin perjuicio de la reclamación que pueda efectuar el deudor que paga, a los obligados, tal y como prevé el artículo 1145 CC». De ello deduce que la previa excusión de bienes del deudor principal (art. 1830 CC), que supondría que el crédito se reconociera como contingente conforme al artículo 87.5 LC, no es trasladable a las fianzas solidarias a las que resulta de aplicación lo establecido para las obligaciones solidarias (art. 1822.II CC). En consecuencia, considera que esta interpretación contenida en diversos pronunciamientos jurisprudenciales queda corroborada por lo dispuesto en el artículo 85.5 LC, que permite, en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios, comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos y por el artículo 161 LC, que regula el pago de créditos en concursos de dos o más deudores solidarios⁶¹. En apoyo de su posición manifiesta también que son varias las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia de lo Mercantil que corroboran esta posición, entre las que recoge la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 1 de Oviedo, de 25 de junio de 2006; de Barcelona, de 29 de diciembre de 2009⁶², y de Cádiz, de 29 de marzo y de 4 de mayo de 2010.

⁶⁰ CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía...*, pág. 305, dice que: «no es que el crédito principal se esté pagando o no lo que hace contingente al crédito contra el fiador, sino la circunstancia de que éste goce o no del beneficio de excusión. Sólo es contingente el crédito contra el fiador concursado cuando éste goza de beneficio de excusión».

⁶¹ BRENES CORTÉS, J., en *La calificación...* cit.; pág. 195.

⁶² La **sentencia de 29 de diciembre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona** (Id Cendoj: 08019470012006100002) contempla un incidente sobre la cuestión de un afianzamiento solidario mediante pólizas suscritas entre la actora y otra sociedad del grupo también concursada. La Administración concursal reconoció los créditos derivados de ambas pólizas (por el importe del principal de cada una de ellas) como contingente sin cuantía propia, reconociéndolos en el concurso de la sociedad del grupo que figura como deudor principal en la póliza (no como fiadora) por el importe sin contingencia alguna, con arreglo a la calificación que en cada caso le corres-

Esta posición, que ha sido sostenida por la sentencia de 29 de marzo de 2010 del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz es bastante ilustrativa —señala— para fundamentar esta argumentación, ya que «la clave para analizar la contingencia del crédito resulta del carácter del afianzamiento, de modo que si se trata de un crédito exigible y de un supuesto de fianza solidaria, que permite al acreedor hacer uso del *ius variandi* y dirigir su acción frente a cualquiera de los deudores solidarios o incluso frente a todos simultáneamente (arts. 1137 y 1144 CC), no puede considerarse que el crédito está sometido a condición, puesto que en las obligaciones solidarias el acreedor puede reclamar su totalidad de cualquiera de los obligados, sin que quepa alegar la previa excusión de los bienes del deudor afian-

ponde. La actora alega que el referido criterio es erróneo y debe ser reconocido su crédito por esos conceptos también en este concurso (pese a la condición de avalista de la concursada) sin contingencia alguna por infracción de los artículos 87.3, 161 y el artículo 87.6 de la LC. La Administración concursal alegó que si no estuviéramos en presencia de un grupo de sociedades deberían prosperar los argumentos de la actora, pero que en esta tesitura no pueden porque: a) Se produciría un incremento del pasivo de las sociedades del grupo que superaría el 100 por 100. b) Porque se incrementaría de forma ficticia el derecho de voto de la actora, adquiriendo así relevancia en la aprobación de un hipotético convenio concursal el voto de las entidades financieras que, de seguirse el criterio de la contingencia, no sería necesario. c) Porque con arreglo al artículo 1144 del Código Civil permite al acreedor dirigirse contra cualquier acreedor, acción que deja sin efecto la contingencia. El juez consideró que la cuestión debía ser resuelta en los términos solicitados por la actora y, para llegar a tal conclusión, partió de «dos premisas básicas: a) La Ley Concursal no contiene ninguna previsión específica que desvirtúe la calificación de los créditos de un acreedor que también lo sea de otra sociedad del grupo también concursada. Los únicos criterios correctores que la Ley Concursal contiene se encuentran en sede de pago y no en sede de calificación; b) La calificación debe realizarse, en la medida que no existen preceptos específicos que deroguen las reglas generales, obviando la existencia del grupo de sociedades», considerando que no puede obviarse que la acumulación del concurso del grupo de sociedades no produce más efecto que el de su tramitación coordinada (también en la fase de pago). En definitiva, argumenta el juez que el artículo 1853 del Código Civil no pretende extraer la consecuencia de negar a la concursada la condición de deudor del acreedor, pues el Código Civil, en su regulación del contrato de fianza lógico, es que identifique a las diferentes partes del mismo con diferentes nombres. Con esa finalidad entiende el Juez que el CC diferencia entre el acreedor, el fiador y el deudor principal; pero señala que no puede obviarse que en la regulación del Código Civil, en la que se incardina el artículo 1853, la regla general no es la solidaridad, sino que el acreedor no puede dirigirse contra el patrimonio del fiador sin haber hecho excusión antes del patrimonio del deudor (artículo 1830 del Código Civil). *«Es en ese contexto —dice— en el que el Código Civil resulta lógico que diferencie entre fiador y deudor, poniéndole al deudor el calificativo de principal, pero la regulación de la fianza no obvia el régimen general de la solidaridad, que es objeto de regulación autónoma y debe integrar las disposiciones del contrato de fianza, pues, por disposición del propio artículo 1831, la excusión no tiene lugar cuando se pacta la solidaridad, lo que remite al régimen de la misma, régimen en el que los artículos 1137 y ss. atribuyen tanto al fiador como al deudor principal la condición de deudores, pese a que el administrador concursal la niegue al fiador. La doctrina que marca el juez es que el artículo 1853 del Código Civil no tiene como finalidad negar la condición de deudor del fiador, sino regular qué excepciones puede oponer el fiador al acreedor y cuáles no; el hecho de que en el referido precepto se utilicen diferenciadamente los términos deudor principal y fiador obedece a lo ya expuesto y a la claridad en la exposición, ya que, de haber empleado respecto de ambos la mención de «obligados», difícilmente podría entenderse el precepto y la regulación que contiene el precepto no resultaría tan clara en su exposición con tan pocas palabras.»*

zado y, sin perjuicio de la reclamación que pueda efectuar el deudor que paga, a los otros obligados, como prevé el artículo 1145 CC». En base a ello, argumenta BRENES CORTÉS que «la previa excusión de bienes del deudor principal (art. 1830 CC), que supondría que el crédito se reconociera como contingente conforme al artículo 87.5 LC, no es aplicable a las fianzas solidarias a las que resulta de aplicación lo establecido para las obligaciones solidarias (art. 1822.2 CC)⁶³». En consecuencia, el crédito nacido de una fianza solidaria debe de ser clasificado como ordinario sin contingencia, al ser un crédito puro y simple⁶⁴. En idéntica dirección se manifiesta la sentencia del Juzgado de lo Mercantil num. 3 de Pontevedra, de 7 de julio de 2011, que considera que el crédito del avalista solidario es del mismo carácter que el del acreditado principal, porque el contrato de afianzamiento, en los casos en que no opera el beneficio de excusión, supone que el que afianza asume en todos los casos la posición del deudor, lo que tendrá su correspondencia en el concurso otorgando derechos plenos a quien cuenta con dicho patrimonio de refuerzo.

Sin embargo, cabe una distinta interpretación sobre la condición que el fiador solidario deba ostentar en el concurso. De partida hay que comenzar diciendo que, cuando concurren en el concurso deudores solidarios principales con fiadores solidarios, no se puede identificar al fiador solidario con los deudores solidarios principales, entre otras cosas porque las notas de subsidiariedad y accesoriedad lo impiden, como ya pusimos de manifiesto. Ni siquiera se puede predicar tal equiparación entre deudor principal y fiador solidario cuando se haya renunciado al beneficio de excusión. Mientras que el crédito principal afianzado no haya vencido, no hay obligación accesorial del fiador, y al ser la obligación del fiador solidario accesorial a la principal habrá que esperar a que esta última esté vencida. No puede confundirse el concepto de deudor solidario, al que alude el artículo 85.5 LC, con el de fiador solidario, que tiene su propio régimen en la Ley Concursal, como ponen de manifiesto los artículos 135.2 LC y 87.5 LC, sin que el beneficio de excusión o su renuncia suponga un problema para ello.

Así, la Ley Concursal exige la justificación a la administración concursal de haber agotado la excusión, de suerte que, no habiéndose hecho la excusión, el acreedor del deudor principal tiene un crédito contingente frente al fiador. Incluso no existiendo el beneficio de excusión, o bien no existan bienes o bien se haya renunciado a tal beneficio, el acreedor del deudor principal sigue teniendo un crédito contingente frente a fiador sin beneficio de excusión, mientras la obligación no esté vencida. Sólo cuando la obligación esté totalmente vencida y sea exigible su crédito dejará de ser contingente. Si la obligación está vencida, el fia-

⁶³ BRENES CORTÉS, J.: *La calificación...* cit., pág. 195.

⁶⁴ En este sentido se manifiestan las sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra, de 25 de mayo de 2010, que ordena a la administración concursal que califique el crédito surgido de una fianza solidaria como ordinario, acogiendo la tesis civilista, porque la solidaridad aceptada por el fiador al prestar la fianza le sitúa en el mismo plano que el deudor principal.

dor podrá oponer, en su caso, la excusión. Cuando el fiador fuese solidario, en este supuesto, ya no operará tal beneficio, pero en ambos supuestos la obligación de fiador (solidario o no) no surgiría hasta que esté vencida la principal, porque en tal caso aún no ha nacido la obligación accesoria de afianzamiento.

En consecuencia, no puede identificarse, ni confundirse, a la vista de los artículos 87.5, 85.5 y 135.2 de la Ley Concursal, los conceptos de vencimiento y contingencia de los que hablan estos artículos. El acreedor principal no ostenta un crédito contra el fiador solidario hasta que la obligación del deudor no haya vencido y además se incumpla por parte del deudor. La subsidiariedad y la accesoriedad de la obligación del fiador marcan al crédito. No constando su vencimiento no se producen los efectos de la fianza, que sólo operará si se cumple el plazo. Mientras tanto, el crédito del acreedor principal es un crédito sometido a condición suspensiva y, en consecuencia, con calificación de contingente (art. 87.3 LC). Si se incumple la obligación garantizada es en ese momento cuando nace en el deudor principal la obligación de reintegrar el crédito y, subsidiariamente, en el fiador. El incumplimiento será el momento en que la contingencia haya desaparecido y el acreedor, ahora sí, ostentará el derecho frente al otro deudor-fiador de manera plena y sin los límites que prevé el artículo 87.1 de LC. En este sentido, la norma comienza indicando «los créditos que no puedan ser hechos efectivos...», esto nos indica que se refiere a obligación vencida y, por tanto, exigible. Sólo si está vencida opera la excusión, pues de lo contrario no surtiría efecto (art. 1830 CC). En tal tesitura, el garante ordinario podría oponer la excusión de los bienes del deudor principal y el solidario no. Pero en ambos casos la obligación del fiador no surgiría hasta que venciera la principal.

Es ésta también la opinión de otra parte de la jurisprudencia menor, aunque la cuestión planteada no es pacífica. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, de 9 de junio de 2009⁶⁵, frente a la anterior señalada, distingue

⁶⁵ La **sentencia núm. 396/2009, del Juzgado núm. 1 de lo Mercantil de Bilbao**, resolvía la cuestión del carácter contingente o no del crédito del fiador solidario con garantía hipotecaria a favor de un banco sobre bienes de un grupo inmobiliario. En el primero de los debates que enzarza a los litigantes es la condición de contingente o no del crédito que el banco (BBVA) ostenta contra una de las sociedades (S. L.1) declaradas en concurso, que intervino como fiador solidario del crédito con garantía hipotecaria que el banco concedió a otra (S. L. 2) de las empresas del grupo, cuya calificación no está en discusión. El banco pretendía, sencillamente, que además del crédito privilegiado que ostenta contra esta última (S. L. 2) como consecuencia de la garantía hipotecaria, se le reconozca en la lista de acreedores de la S. L.1 su crédito como ordinario y como subordinado, pero sin mención alguna a su condición de contingente sin cuantía. La administración concursal lo rechaza, pues entiende que esta fase común no hay vencimiento del crédito, que no podría producirse hasta la apertura de la fase de liquidación, si es que procede, pues así lo dispone el art. 146 LC. El Banco demandante pretendía la aplicación del art. 85.5 LC, que en caso de concursos simultáneos de deudores solidarios permite al acreedor comunicar la existencia de los créditos en cada uno de los concursos, y citaba también en su apoyo el art. 161 LC. Consideraba entonces que tiene dos deudores solidarios, que son el prestatario que garantizó con hipoteca su préstamo, S. L. 2, concurso en el que dispone de un crédito con privilegio especial, y el fiador solidario que afianzaba esa misma deuda

según el crédito principal esté o no vencido, considerando como contingente el crédito no vencido. En el supuesto contemplado, en que existía una fianza solidaria, la sentencia lo califica como contingente, por considerar que no hay deuda frente al fiador solidario hasta que la obligación principal venza y se incumpla por el deudor principal en base al artículo 87.5 LC, pues hay que tener en cuenta que cabe la posibilidad que en el concurso haya bienes suficientes para que el deudor principal pueda pagar al acreedor, en cuyo caso podría darse el caso de que el acreedor cobrara dos veces sin tener derecho a ello. Es por lo que la sentencia

con su patrimonio social, S. L.1, respecto del que esa misma deuda tendría, en su lista de acreedores, la calificación de crédito ordinario y subordinado. Sobre ello, la demandante consideraba que efectivamente el art. 1.144 del Código Civil (CCv) permite al acreedor dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Además, el art. 1.831 CCv señala que el fiador no puede oponer excusión si se ha obligado solidariamente con el deudor principal o en caso de quiebra o concurso del deudor. De hecho, en el ámbito bancario hoy es sistemática la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, porque si no consta la práctica bancaria niega el crédito (...). Por el contrario, la administración concursal consideraba que no nos encontramos ante deudores solidarios. El crédito con garantía hipotecaria sigue estando vigente, y no se ha visto afectado por el concurso. Éste no supone vencimiento de la obligación para el prestatario concursado, ya que hasta la apertura de la fase de liquidación, conforme a la previsión del art. 146 LC, sigue surtiendo plenos efectos. Por tanto, el crédito principal no ha vencido, y no ha nacido la obligación accesorio, que corresponde al fiador. Al ser la obligación del fiador solidario accesorio a la principal, habrá que aguardar a que esta última esté vencida. El préstamo con garantía hipotecaria constituido por S. L. 2, del que es titular el Banco, no está vencido y, por tanto, la obligación del fiador solidario, otra empresa del grupo S. L. 3 no es exigible. Por su parte, el Juzgado señaló que: «... *no puede confundirse el concepto de «deudor solidario», al que alude el art. 85.5 LC, con el de «fiador solidario», que tiene su propio régimen en la Ley Concursal, como ocurre con la previsión del art. 135.2 LC. En el caso del fiador solidario sin beneficio de excusión, que se encuentre en situación de concurso, el art. 87.5 LC ha dispuesto que «los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmandose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente»*. El acreedor del deudor principal tiene, por tanto, un crédito contingente frente al fiador concursado sin beneficio de excusión, que sólo se convertirá en definitivo cuando se acredite haber hecho tal excusión de bienes del deudor principal. De ahí extrae el demandante que: «... *si no hay tal derecho de excusión, el crédito no será contingente, lo que efectivamente puede convenirse, pues por razón de tal renuncia queda obligado solidariamente con el deudor principal*». En el caso de un préstamo, el deudor principal lo es porque se ha obligado, pero a fecha de declaración del concurso no había vencido. Hasta entonces, es decir, hasta el vencimiento de la obligación que avala, o hasta que conforme al art. 146 LC se declare el vencimiento de todas las obligaciones pendientes, si es que llega a la liquidación, el fiador no es deudor. No opera, *a sensu contrario*, el art. 87.5 LC, porque no hay obligación de éste. Por el contrario, nos encontramos ante un crédito sometido a condición suspensiva, el eventual incumplimiento del deudor principal, es decir, el supuesto del art. 87.3 LC. Es posible, como acontecería de alcanzarse un convenio, que antes del vencimiento de la obligación principal pueda atenderse ésta íntegramente, y no surja la obligación del fiador solidario. El banco tiene, por tanto, un crédito no vencido contra el deudor principal y un crédito contingente frente al fiador solidario, condicionado a que concurra o no la contingencia.

No hay, como se argumenta por el actor, confusión entre vencimiento y contingencia. La obligación del fiador es accesorio y sólo opera si se incumple la principal, lo que no consta porque no ha vencido. Es un crédito sometido a condición suspensiva para el que el art. 87.3 LC dispone la misma calificación de contingente.

habla de obligación vencida y por tanto exigible; y señala que la exigencia de previo incumplimiento del deudor principal, recogida en el artículo 1822.1 CC, constituiría una *conditio iuris*, con categoría de contingencia encuadrable en el artículo 87.3 LC⁶⁶. La doctrina de la sentencia, en definitiva, señala que no hay confusión entre vencimiento y contingencia, al ser la obligación del fiador accesoria y sólo la confusión opera si se incumple la principal, lo que no consta porque no ha vencido. Es un crédito sometido a condición suspensiva, para el que el artículo 87.3 LC dispone la misma calificación de contingente.

Sin embargo, un acreditado sector doctrinal, entre los que se encuentra CARRASCO PERERA, entiende que el incumplimiento de deudor principal no supone una verdadera condición que convierta al crédito en condicional, ya que sólo afecta a la legitimación para el pago. En este sentido opina GÓMEZ BLANES⁶⁷, en el general de su obra, que no debe confundirse el principio de subsidiariedad de deudores, que hace referencia a un cierto orden en la responsabilidad, con los principios de subsidiariedad o solidaridad en la ejecución o en la reclamación. Por ello opina un sector de la doctrina que, conforme al artículo 1144 CC, aplicable a la fianza solidaria en virtud de la remisión contenida en el artículo 1822.2 CC, es posible dirigirse directamente contra cualquiera de los obligados, incluido el fiador solidario, lo que le hace, en base a la solidaridad, estar en el mismo plano y en la misma posición de responsabilidad que el deudor principal. Ésta parece ser la opinión de una parte de la jurisprudencia menor⁶⁸, que considera que, aún admitiendo la tesis que defiende carácter accesorio de la fianza solidaria, hay que distinguir si el afianzado se encuentra o no declarado en concurso.

En el primer caso (declarado en concurso del deudor principal) es obvio que no puede pagarse el crédito principal (salvo en la base de convenio o liquidación), lo que le lleva a pensar que no sería necesario el incumplimiento para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente frente al fiador solidario, ya que en este supuesto, y por aplicación del artículo 1831.3 CC, no tendrá lugar la excusión y, en consecuencia, la pérdida de este beneficio *ex lege* implicaría que el crédito no pudiera ser reconocido como contingente en el concurso, sino con la clasificación que corresponda.

En opinión de un sector doctrinal⁶⁹, «la tesis que hace depender la exigencia del crédito contra el fiador solidario del previo incumplimiento del deudor principal (art. 1822.1 CC), dada la nota de subsidiariedad de la fianza, aunque ésta se

⁶⁶ En este sentido, de clasificar los créditos con fianza solidaria del concursado como contingentes, se alinean las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas, de 9 de abril de 2010, del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Córdoba, de 19 de abril de 2010, la del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, de 30 de septiembre de 2010.

⁶⁷ GÓMEZ BLANES, P.: *El principio de accesoriedad de la fianza*, Navarra, 2008.

⁶⁸ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Cádiz, de 9 de mayo de 2010, que trae a colación la STS de 7 de noviembre de 2007, recogida en *La Ley* 185150/2007.

⁶⁹ BRENES CORTÉS, J.: *La calificación...* cit. págs. 197-198.

haya asumido solidariamente, resulta ... errónea, pues, ... la nota de la subsidiariedad está ausente en la fianza solidaria. Así, de conformidad con el artículo 1822 CC, el acreedor podrá dirigirse contra el fiador solidario reclamando la prestación íntegra sin necesidad de acreditar el incumplimiento de la obligación afianzada (art. 1144 CC). Por tanto, el incumplimiento de la obligación principal no constituye un elemento constitutivo de la prestación del acreedor frente al fiador solidario. De ahí que, cuando éste renuncie a la subsidiariedad pactando la solidaridad, asume que el acreedor pueda reclamarle el cumplimiento de su obligación aunque no haya incumplido. El crédito no está sometido a condición alguna y, por ello, debe considerarse como concursal sin contingencia». Esta consecuencia apuntada por este sector doctrinal se entiende sin perjuicio de que la fianza pueda desplegar sus efectos en cuanto a la nota de la accesoriedad, pues frente a la reclamación que haga el acreedor afianzado puede el fiador defenderse alegando hechos y circunstancias relativos a una obligación que no es suya y que deriva de distinto título, ya que el fiador sigue ostentando la condición de fiador no sólo frente al deudor principal, sino también contra el acreedor principal, puesto que tanto cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión (renuncia a perseguir bienes del deudor antes de dirigirse contra su patrimonio) como cuando renuncia a la subsidiariedad al pactar la solidaridad, en ningún caso la fianza pierde su carácter accesorio. En consecuencia con esta postura se dice que el fiador ve atemperada su situación, en todo caso, al conservar en virtud de la remisión del artículo 1822.2 CC al régimen de las obligaciones solidarias, por una parte, la acción de reembolso o regreso del artículo 1838 CC y la acción de subrogación del artículo 1839 CC. Por la primera acción, el fiador que paga debe de ser indemnizado por el deudor en la cantidad total de la deuda, los intereses legales de la misma, desde que se hizo saber el pago al deudor, aun cuando en el caso en que estos intereses no se produjeran para el acreedor, los gastos ocasionados al fiador después de que éste ponga en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago y, por último, los daños y perjuicios que procedan. Por la segunda acción, de acuerdo con el citado artículo 1839, en relación a los artículos que regulan la norma general de los artículos 1158, párrafo segundo, y el artículo 1210, núm. 3, ambos del CC, el fiador pasa a ocupar la posición jurídica que ostenta el acreedor con relación al deudor principal, facultándole para ejercitar todas las acciones que aquél correspondiera contra éste.

En conclusión, la consecuencia concursal de esta doctrina es que el crédito de fiador solidario no cabe clasificarlo como contingente, sino como definitivo y, según su propia naturaleza, en base al artículo 87.5 LC en relación con el artículo 1831.2 CC, ya que el incumplimiento de la obligación garantizada no supone un elemento constitutivo de la pretensión de acreedor principal frente al deudor solidario, ya que aquél puede dirigir su reclamación directamente contra el fiador aunque el deudor no haya incumplido previamente. No se está ante una *conditio iuris* que es el presupuesto por el que se viene considerando que los créditos contra los fiadores solidarios son contingentes, basándose en que su exigencia depende

de que, llegado el vencimiento de la obligación, no cumpla el deudor principal, ya que el crédito contra el fiador solidario no es subsidiario y, por tanto, no puede calificarse como contingente, sino como ordinario o privilegiado, según la calificación que corresponda al crédito garantizado. Además, el artículo 85.5 LC no sólo contempla el supuesto de concurso de varios deudores solidarios, sino que prevé los mecanismos necesarios para evitar cualquier situación de enriquecimiento injusto por parte del acreedor del fiador solidario, resultando aplicable a estos casos la prohibición de duplicidad de pagos en el artículo 161 LC. Trae este sector a colación como prueba de su argumentación la STS de 22 de julio de 2002 (citada por otras, como por ejemplo la STS de 27 de febrero de 2004), que afirma que los fiadores solidarios deben, desde que contraen la fianza y, en consecuencia, su obligación no nace cuando el crédito resulta insatisfecho, por lo que hace que carezca de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produzca el incumplimiento.

Por tanto, ¿cuál sería la razón de mantener como vinculante para el acreedor principal la exigencia de la interpelación previa de éste al deudor principal? Creemos que se da con esta exigencia la posibilidad al fiador de cerciorarse y tener la completa seguridad de que la obligación no ha sido atendida, evitando exponerse a pagar por segunda vez una deuda ya pagada y, por tanto, extinguida. Aceptar la idea de que el fiador solidario es un codeudor solidario, amén de las consecuencias antes apuntadas, supondría aplicar la norma con un sentido distinto del señalado por el artículo 1822.2 CC, ya que este artículo sólo dice que se observará lo dispuesto para las obligaciones solidarias, pero no hace mención ni a la imposibilidad de aplicar la normas de la fianza ni la exclusividad de la aplicación de las disposiciones de los codeudores solidarios⁷⁰. Lo que

⁷⁰ La verdadera solidaridad supondría que ambos deudores (deudor principal y fiador) son recíprocamente solidarios. Entonces, ¿puede afirmarse que el deudor principal es deudor solidario del fiador solidario? Entendemos que no, ya que el art. 1822.2 CC no dice nada de eso. ¿De qué solidaridad estaríamos hablando entonces, cuando por un lado el fiador solidario sería un deudor solidario del deudor principal, pero, por otro lado, tal solidaridad desaparece en el sentido inverso? *«En verdad, el fiador no deja de serlo porque se obligue solidariamente en su relación con el deudor principal, aunque el acreedor principal, después de haber reclamado su deuda al deudor principal, haya adquirido el derecho a demandarlo como si fuera obligado principal, por la remisión del art. 1822.2 CC. Pero ello no implica que se haya contraído una deuda solidaria, sino que implica que el mecanismo de la responsabilidad funcionaría como tal en la sola esfera de relación acreedor principal-fiador solidario. En la relación deudor-fiador solidario (normalmente basada en la confianza), su vinculación nace del contrato de fianza, teniéndose vinculado por todas las consecuencias de tal contrato. Ciertamente, el modelo de contratación actual —fundamentalmente el mercantil— impone una contratación en masa, basado en el contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, con lo que ello implica en materia de interpretación, y en los que al deudor y al fiador frente a las entidades crediticias no les queda otra opción que aceptar el contrato como se le presenta por éstas»*. Pero lo que las partes quieren no puede ser modificado vía interpretación mercantilista. Lo que las partes quieren —más allá del nombre— es una fianza. El acreedor busca una garantía (la personal del fiador) que refuerce su crédito y sus posibilidades del cobro, mientras que el fiador sólo compromete su patrimonio —nada más y nada menos— en aras de beneficiar al

evidentemente va a repercutir en el reconocimiento y en la calificación del crédito concursal.

En nuestra opinión, en la fianza solidaria, el fiador no goza ciertamente del beneficio de excusión y, por tanto, el acreedor puede ejecutar directamente su garantía al fiador, pero una vez que el deudor no cumpla y en los mismos términos como si del mismo deudor se tratara (subsidiaridad y accesoriedad), en base a la remisión que hace el artículo 1822.2.º del Código Civil a las reglas de las obligaciones solidarias. Entendemos que la solidaridad en la fianza se manifiesta en una doble dirección: por un lado, en la esfera de la relación fiador-deudor, que impide que el fiador pueda exigir al acreedor que ejecute primeramente los bienes del deudor principal (beneficio de excusión); por otro lado, en la esfera de la relación fiador-acreedor, obligando al fiador al que se le ha reclamado el pago a que pague al acreedor la totalidad de la deuda, pero siempre que ésta sea exigible y el deudor no haya pagado. Y esto es así porque en la fianza solidaria hay dos obligaciones: por una parte, la obligación garantizada del deudor respecto de su acreedor y la obligación del fiador de pagar cuando el deudor no pague, de tal manera que el fiador responde de una deuda ajena. Por el contrario, en la obligación solidaria existe una sola obligación y cada deudor responde por una deuda propia. No debemos confundir, por tanto, obligaciones *in solidum*⁷¹ y obligaciones indistintas, pues su repercusión en el concurso supondrá romper el derecho común de la fianza y la aplicación incorrecta de la Ley Concursal.

(Trabajo recibido el 15/07/2015
y aceptado para su publicación el 31/07/2015)

deudor, con el cual le une una relación especial de confianza, posiblemente unida a relaciones íntimas (familiares, de amistad, profesionales...), pero sin querer obligarse a más y sin querer perder los derechos que la legislación pone a su disposición. La fianza constituye una obligación accesoría por un interés ajeno, de tal manera que antes de proceder al embargo de los bienes del fiador habrá que acreditar la existencia y la cuantía de la obligación que además debería ser exigible, lo que no sería necesario si la deuda fuera solidaria. La fianza resulta así subsidiaria. Y es que entre el acreedor principal y el fiador no hay un vínculo directo, independiente de la obligación principal. La subsidiaridad no se agota en verificar si es posible ejecutar los bienes del deudor de manera previa o no, sino que, además, se pone de manifiesto en el derecho que goza el fiador a oponer no sólo sus defensas y excepciones personales, sino también las que contaba el deudor afianzado, lo que demuestra que a la fianza se le reconoce la característica de la subsidiariedad, ya que si fuese la obligación nacida de ella principal no podría invocarse las defensas propias de otra relación jurídica. Por ello, la subsidiariedad implica que la obligación del fiador es de distinto grado y ésta en otro plano que la deuda principal. Consecuencia de ello es que su exigibilidad presupone la exigibilidad y vencimiento de la obligación afianzada y, en consecuencia, el fiador paga en lugar del deudor principal, por deuda ajena y responsabilidad propia subsidiaria.

⁷¹ LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R.: *La categoría de las obligaciones «in solidum»*, Sevilla, 1978.

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA EXONERACIÓN DEL PASIVO CONCURSAL EN EL REAL DECRETO-LEY 1/2015, DE 27 DE FEBRERO

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—III. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO.—IV. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.

RESUMEN

El Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero —que actualmente se está tramitando como Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados—, ha modificado de nuevo la Ley Concursal, en concreto, el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso previa liquidación del patrimonio o la conclusión de aquél por insuficiencia de la masa; el acuerdo extrajudicial de pagos, flexibilizando a tal efecto su contenido y efectos, ampliando su ámbito subjetivo de aplicación a la persona natural no empresaria —consumidor—, con el establecimiento de un procedimiento simplificado para éstas, donde el notario actúa como mediador concursal; y, en fin, posibilitando que las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios actúen como mediadores, si el deudor es empresario; y, asimismo, se posibilita que, el concurso consecutivo se acompañara de una propuesta anticipada de convenio o de un plan de liquidación. Sobre tales bases, el presente estudio va a analizar las novedades expuestas, y su plasmación en dos Autos del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Barcelona, de 14 de abril de 2015.

Palabras clave: Deudor persona física, insolvencia, segunda oportunidad, exoneración del pasivo, concurso de acreedores.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

**EXTRAJUDICIAL AGREEMENTS ON PAYMENTS AND
EXONERATION OF BANKRUPTCY-RELATED LIABILITIES
IN ROYAL DECREE LAW 1 DATED FEBRUARY 27TH, 2015.**

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Contracted Doctoral Lecturer in Civil Law,
Complutense University in Madrid*

ABSTRACT

The Royal Decree-Law 1/2015, 27 February - which currently is being processed as Bill in the Congress of the Deputies - has again changed the bankruptcy law, in particular, the regime of exemption from unsatisfied liabilities in the contest upon liquidation of the heritage or the conclusion of that failure of the mass; the settlement of payments, more flexible to that effect its content and effects, extending its subjective scope of application to the natural person not corporate - consumer-with the establishment of a simplified procedure for these, where the notary acts as mediator bankruptcy; and, finally, making it possible that Chambers of Commerce, industry and navigation services to act as mediators, if the debtor is a businessman; and, in addition, it is possible that consecutive contest is accompanied by an early proposal of agreement or a plan of liquidation. On such basis, the present study will analyze news exposed, and its manifestation in two cars of the commercial court, number 10 of Barcelona, from April 14, 2015.

Keywords: Debtor natural person, insolvency, second chance, fresh start, discharge, bankruptcy proceeding.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La actual situación de crisis económica y la concesión de préstamos irresponsables han contribuido a un sobreendeudamiento de los consumidores y a verse abocados a una situación de insolvencia permanente. A la pérdida de la vivienda hipotecaria se ha unido el tener que hacer frente a un pasivo insatisfecho, pese a la subasta de tal bien inmueble.

Desde instancias internacionales —Fondo Monetario Internacional en el Informe de julio de 2014, que aconseja cambios en la legislación en materia de insolvencia de la persona natural, y el Banco Mundial, en su Informe sobre la insolvencia de la persona natural—, y de la Unión Europea —Recomendación sobre nuevo enfoque frente a la insolvencia y fracaso empresarial de 12 de marzo de 2014— ponen de manifiesto la necesidad de adoptar un régimen de segunda oportunidad que permita al consumidor una salida a su situación de endeudamiento permanente, un *fresh start*, evitando así su «exclusión social». Lo cierto es que un mecanismo de reestructuración basada en la mediación y la posibilidad de la remisión de deudas se introdujo inicialmente con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización con resultados negativos en su implementación práctica. Recordemos que, por un lado, articuló un acuerdo extrajudicial de pagos, valiéndose de la mediación preconcursal; si bien, era un instrumento vedado a los particulares que no eran considerados empresarios o emprendedores; y, por otro, se modificó el artículo 178.2 de la Ley Concursal, que permitía la remisión de deudas, siempre y cuando se satisficieran determinados pasivos o porcentajes de pasivo (créditos contra la masa, crédito privilegiado tanto especial como general y el 25 por 100 del crédito ordinario) y se constatará que el deudor no podía ser calificado de mala fe. Si bien, si era menor el umbral de créditos a satisfacer, si se optaba por la vía del acuerdo extrajudicial de pagos —así solo los gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del concurso, el crédito público y el que gozaba de garantías reales.

Ante la falta de implementación práctica de la citada Ley 14/2013, el mismo legislador estatal ha optado por mejorar el acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), flexibilizando su contenido y efectos; asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta; asimismo, se extienden los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad y se potencia la figura del mediador concursal no sólo en su papel activo en la consecución del acuerdo extrajudicial de pagos, sino también introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, si el deudor es empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios; y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas en el marco del procedimiento concursal mediante un sistema simplificado, destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del Código Civil. Este sistema de exoneración tiene dos pilares fundamentales, que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa.

A tal fin se aprueba el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 2 de marzo de 2015 (Disposición Final Tercera)¹. Actualmente, se está tramitando como Proyecto de Ley 121/000137 en el Congreso de los Diputados². Sobre la nueva regulación del acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo insatisfecho previsto en este RD-L se va a centrar el presente estudio.

Ahora bien, la exoneración debe solicitarla el deudor, pues no es una consecuencia automática de la liquidación concursal y se habilita un régimen contradictorio de oposición en el que será necesario el informe de la administración concursal. Este incidente contradictorio da lugar a que se dicte un auto de exoneración provisional durante el plazo de cinco años, con la posibilidad de revocación de la misma. De ahí que esta remisión tenga, en principio, un alcance provisional, que se convierte en definitivo una vez se constate la buena fe del deudor, el cumplimiento de un plan de pagos, o haberlo intentado en el citado plazo de cinco años. Esta remisión opera como una excepción a la regla general, que es la responsabilidad patrimonial universal contenida en el citado artículo 1911 del Código Civil. De ahí que el artículo 178.2 de la Ley Concursal disponga que: «*Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natu-*

¹ BOE número 51, 28 de febrero de 2015, pp. 19058 a 19101.

² *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, serie A, número 137-1, 20 de marzo de 2015, pp. 1-38. Una vez finalizado y en fase de publicación de este estudio se ha aprobado la ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 180, 29 de julio de 2015, pp. 64479 a 64543).

ral quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme». Si bien, este mecanismo de segunda oportunidad tiene efectos positivos al desincentivar la economía sumergida y favorece una cultura empresarial que siempre posibilita el empleo y reduce las partidas de gastos dedicadas a proporcionar recursos sociales a estas personas y, en fin, facilita el crédito responsable.

Este Real Decreto-Ley 1/2015 se estructura en once artículos, agrupados en dos títulos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El título I, bajo la rúbrica «Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera», contiene tres artículos de carácter modificativo a través de los que se da nueva redacción a determinados preceptos de otras tantas normas legales: la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Además de flexibilizar los acuerdos extrajudiciales de pagos y prever un verdadero mecanismo de segunda oportunidad; se mejora también el «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», introducido por el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, del que ya se han beneficiado cerca de 14.000 familias; y, por último, se amplía por un plazo adicional de dos años la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables, contenido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como el colectivo que puede beneficiarse de esta medida.

En esencia, las iniciativas contenidas en este título I se orientan a permitir que las familias y empresas reduzcan su carga financiera —sean PYMEs y autónomos, o personas naturales en general.

El título II, «Otras medidas de orden social», se estructura en tres capítulos.

El primero de ellos recoge en sus cuatro artículos una serie de medidas relativas al ámbito tributario y de las Administraciones Públicas, a través de la modificación de aspectos concretos de las siguientes cuatro normas legales: la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

El capítulo II contiene tres medidas relativas al fomento del empleo en el ámbito de la Seguridad Social. Así, por un lado, se establece un nuevo incentivo para la creación de empleo estable, consistente en la fijación de un mínimo exento en la cotización empresarial por contingencias comunes a la Seguridad Social por la contratación indefinida de trabajadores. En segundo lugar, se sitúa en veinte el número de jornadas reales cotizadas exigidas a los trabajadores eventuales agrarios de determinadas provincias para poder ser beneficiarios del subsidio por desempleo contemplado en el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, y en el artículo tercero de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, así como de la renta agraria regulada por el Real Decreto 426/2003, de 11 de abril. En tercer lugar, y por último, se establecen beneficios de Seguridad Social para aquellos supuestos en los que el profesional autónomo deba atender obligaciones familiares que puedan influir en su actividad.

La parte dispositiva de la norma se cierra con el capítulo III, «Medidas relativas al ámbito de la Administración de Justicia», de su título II, en cuyo único artículo se modifica la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, para adecuar el régimen de tasas judiciales a la concreta situación de los sujetos obligados al pago de la misma.

Por lo que se refiere a la parte final de esta norma, las disposiciones adicionales primera a quinta complementan las modificaciones introducidas por su título I, al regular las funciones de mediación concursal, la remuneración del mediador concursal, la no preceptividad de la representación del deudor en el concurso consecutivo, la aplicación informática destinada a actuar a modo de medidor de solvencia o la forma en que se va a producir la adhesión al «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual», con las modificaciones que en él se introducen. Todas estas previsiones regulan cuestiones que están directamente relacionadas con las contenidas en el título I y que resultan necesarias para su inmediata efectividad. En la disposición adicional sexta se regula el impulso y coordinación de la negociación colectiva.

Respecto a las disposiciones transitorias, la primera de ellas establece el régimen transitorio en materia concursal; mientras que en la segunda se prevé el régimen aplicable a la contratación indefinida, formalizada con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, y en la tercera las solicitudes del subsidio por desempleo o de la renta agraria presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley.

La disposición derogatoria única contiene la cláusula derogatoria referida a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto-Ley, mientras que las tres disposiciones finales regulan respectivamente el título competencial, las habilitaciones para el desarrollo, ejecución y aplicación de la norma y su entrada en vigor.

En este contexto conviene señalar que este Real Decreto-Ley 1/2015 establece un solo itinerario para la exoneración del pasivo concursal, tanto para la persona jurídica como persona física comerciante o no, y en ese itinerario le obliga a instar precisamente un acuerdo extrajudicial de pagos que, si fracasa, determina la apertura del concurso consecutivo en el que, concluidas las operaciones de liquidación, permitirá al deudor pedir la remisión de las deudas concursales pendientes. De todas formas, la vía del convenio sigue abierta para cualquier deudor, un convenio cuyos límites han sido ampliamente modificados por la Ley 9/2015, de 15 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, en las posibilidades de quita y espera, además de permitir la extensión de los efectos a los acreedores privilegiados siempre y cuando se obtengan mayorías cualificadas de cada una de las categorías de acreedores privilegiados —públicos, laborales y financieros—. No obstante, esta vía única y común en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos es más formal que material, pues se establece determinadas especialidades para las personas naturales no empresarios en el artículo 242 bis de la LC³.

En todo caso, la exclusión del crédito público de la exoneración, incumpliendo con ello las Recomendaciones del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, la ausencia de normas específicas para los créditos con garantía real cuando afectan a la vivienda habitual del deudor, y la revocación de la exoneración en caso de mejora de la situación económica, limita con creces la eficacia de la norma. Lo cierto es que el crédito público representa una partida muy importante en el pasivo de las empresas (PYMES), y supone un trato de desfavor frente a los demás acreedores, pues el Estado debe sopor-

³ De todas formas, resultan distintas las finalidades que persiguen las diferentes categorías de deudores y su problemática. Habitualmente, los deudores personas físicas acuden al acuerdo extrajudicial de pagos para, en su caso, poder acordar en un eventual concurso consecutivo el mecanismo exoneratorio previsto en el artículo 178 bis.3.4 y 5 LC; mientras que las personas jurídicas —PYMES— optarán más por poder refinanciarse y/o reestructurar su deuda.

tar el mismo tratamiento que los demás en el tratamiento de la insolvencia del deudor.

La segunda oportunidad consiste básicamente en la liberación o condonación definitiva de las deudas no satisfechas por el deudor persona física, bien en acuerdo extrajudicial de pagos o en el proceso concursal en fase de liquidación con la exoneración del pasivo, favoreciendo con ello la recuperación del deudor y evitar que se mantenga en una situación permanente de insolvencia. Lo que se conoce como «*discharge*» contenida en la *US Bankruptcy Act* de 1978 y que se ha extendido a varios países en Europa. Así, en Francia, el procedimiento extraconcursal se encuentra en el Código de Consumo francés (artículos 33-1 a 333-7), que se aplica a las personas físicas consumidores, no para profesionales y empresarios que tienen abierto el procedimiento concursal. Consta de dos fases, una de conciliación y otra judicial. La primera fase de conciliación, que está formada por una comisión de sobreendeudamiento de particulares, formada por la Administración Pública, dos entidades financieras y consumidores, es promovida directamente por el deudor de buena fe a la que ha de presentar un balance y un plan de viabilidad que, en caso de ser aceptado por los acreedores, pone fin a este procedimiento. Si no se llega a un acuerdo, se abre el procedimiento judicial y son los tribunales de justicia, con amplias facultades, los que adoptan las medidas oportunas.

Por el contrario, el segundo gran modelo europeo, como el francés, sobre la segunda oportunidad, es el contenido en los parágrafos 304 a 314 de la «*Insovenzordnung*», que busca la protección de los consumidores —personas físicas entre las que se incluyen profesionales, artesanos, pequeños comerciantes—. Se intenta primero un acuerdo extrajudicial con los acreedores. Así se requiere que, durante el plazo de seis meses, el deudor y acreedores han de intentar llegar a un acuerdo, y aquél debe presentar un plan de liquidación de deudas. Si se fracasa, se puede iniciar el procedimiento de insolvencia judicial a instancias del deudor o del acreedor. Se faculta al deudor para que presente un plan de liquidación de deudas y, una vez oídos los acreedores e, instruido por el tribunal, se puede alcanzar un acuerdo que permita dar por finalizado el litigio. En este procedimiento, si no se consigue satisfacer todos los créditos contra el consumidor, el deudor puede solicitar la liberación de la deuda (parágrafos 286 a 303); y tras un período de «buena conducta», en concreto, tres años, tutelado por un administrador en el que se destina parte de los ingresos a satisfacer a los acreedores, cabe la posibilidad de exonerarle de las deudas no satisfechas mediante auto judicial motivado.

Teniendo en cuenta los modelos europeos expuestos, España con este Real Decreto-Ley 1/2015 se suma a los países en los que se regula la segunda oportunidad, lo que resulta elogiabile, a la par que necesario.

Pero no sólo ha aparecido una nueva regulación sobre la materia, sino que también el Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Barcelona, ha sido el primero en aplicar la nueva redacción del artículo 178 bis de la Ley Concursal, acordando mediante dos autos de fecha de 14 de abril de 2015, la exoneración del pasivo insatisfecho de un matrimonio de jubilados que se vieron atrapados por el llamado «sobreendeudamiento pasivo». En estos casos concretos, las circunstancias son similares, el concursado/a y su cónyuge han quedado notoriamente endeudados al haber hecho frente a los gastos derivados del cuidado de dos de sus cinco hijos, gravemente enfermos; y se han visto obligados a liquidar todos sus bienes (a excepción de su vivienda habitual hipotecada). Como consecuencia del endeudamiento les quedaba únicamente como ingresos sus pensiones de jubilación; y la administración concursal había destacado que la conducta del afectado había sido «intachable», cumpliendo «estrictamente» todos los requerimientos. Además señala que, en este proceso, no existían acciones de reintegración viables ni acciones de responsabilidad a terceros y que el concurso de acreedores, motivo de la causa, había sido «fortuito», debido a un «sobreendeudamiento producido por causas ajenas a su voluntad». Con la liquidación de sus bienes ha podido abonar todos los créditos contra la masa —aquellos generados tras la declaración del concurso—, los privilegiados —principalmente a favor de entidades públicas— y el 28 por 100 de los ordinarios (acreedores generales). Ante tal situación, la administración concursal presentó escrito el 6 de febrero de 2015, solicitando se acordara la conclusión del concursado por liquidación del activo, después de haber realizado las operaciones de liquidación de los bienes del concursado/a, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley Concursal, solicitando, además, la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado, al haber abonado, según justifica la administración concursal hasta el 28 por 100 de los créditos ordinarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178.2 de la Ley Concursal. Por providencia de 24 de febrero de 2015 se acordó dar publicidad a la petición de conclusión, archivo, y exoneración, así como de la rendición de cuentas, y trasladando todo ello a las partes comparecidas, contestando únicamente el concursado/a en escrito presentado el 23 de marzo de 2015, mostrando su conformidad a la conclusión y solicitando, igualmente, el beneficiario de exoneración del pasivo insatisfecho por aplicación, según su escrito, del artículo 178 bis.3 de la Ley Concursal en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2015. En cuanto a la rendición de cuentas que se incluye en el escrito, con la solicitud de conclusión, no se ha presentado oposición a la misma. Por providencia de 10 de abril de 2015 quedaron los autos para resolver.

II. EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Con la Ley de Emprendedores se añadió un Título X en la Ley Concursal (artículos 231 a 242) en el que se regula un procedimiento preconcursal tendente

a hacer posible que el empresario persona física no consumidor y la persona jurídica en ciertos casos pudieran acceder a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos. Esta medida nació con la pretensión de formar parte de los remedios preconcursales a disposición de los empresarios que se encuentran en situación de insolvencia, y estaba en consonancia con las modificaciones realizadas en la Ley Concursal relativa a las normas sobre refinanciación, y con la creación de la denominada fase preconcursal o fase de negociación establecidas en el artículo 5 bis de la citada norma.

Ahora, el Real Decreto-Ley 1/2015 modifica tales preceptos en la línea que se expone a continuación.

Se amplía el ámbito subjetivo para poder acceder al procedimiento extrajudicial de pagos —artículo 231 de la Ley Concursal—; así, cualquier persona física o jurídica, comerciante o no, que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario deberá aportarse el correspondiente balance. Esta ampliación merece una valoración positiva, pues no tenía justificación que el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos estuviera vetado al consumidor, y se centrara sólo en deudores personas físicas o jurídicas que desarrollasen una actividad profesional o empresarial.

Se define, asimismo, al empresario persona natural como «no sólo aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos». También pueden instar este acuerdo las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan los siguientes requisitos que:

- a) Se encuentren en estado de insolvencia —que podrá ser actual o inminente.
- b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.
- c) Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

La distinción entre empresario en sentido amplio y el resto de las personas naturales sigue teniendo importancia de cara a la competencia en la tramitación y la posible aplicación de un régimen especial para las personas naturales no empresarios contenido en el artículo 242 bis de la LC, que analizaremos en este estudio;

pero ya no condiciona la posibilidad de acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos que antes, recordemos, sólo podía acceder al mismo el empresario persona natural que se encontrase en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal, o que previese que no podría cumplir regularmente con sus obligaciones (antiguo artículo 231.1 de la LC). Por lo que, en la actualidad, cualquier persona natural, con independencia de su actividad, o careciendo de ella, y con el único límite del pasivo no superior a cinco millones de euros en estimación inicial, puede iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

En todo caso, cuando no se trate de persona natural, sino de personas jurídicas, se trate o no sociedades de capital, sean o no sociedad mercantil (cooperativa), desarrollen o no una actividad económica (fundación, asociación), en caso de ser declaradas en concurso, éste no puede revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la LC, por lo que se fija un límite superior por la citada remisión⁴. Asimismo, se mantiene la exigencia para la persona jurídica, no para la natural, de la disposición de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo extrajudicial de pagos. Si bien, se ha suprimido la exigencia de que el patrimonio del empresario persona natural y sus ingresos previsibles permitiesen lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos recogidos en el apartado 1 del artículo 236 (antiguo artículo 231.2 d) LC).

Por el contrario, no podrán solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos:

- 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental,

⁴ El artículo 190 de la Ley Concursal dispone que: «1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; 2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; 3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcancen los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural, el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica o si es administrador de alguna persona jurídica». En todo caso, basta que concurra uno de los tres requisitos expuestos en este precepto; no es necesario, en consecuencia, la concurrencia cumulativa de todos ellos. Así se pronuncian los Juzgados de lo Mercantil de Madrid en «Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales», *Revista de Derecho Concursal*, núm. 20, 2014, p. 477. En consecuencia, como señala CABANAS TREJO R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *«La Ley»*, año XXXVI, núm. 8505, 23 de marzo de 2015, p. 10, nota 11, puede darse el caso que una persona jurídica supere los cinco millones de euros de pasivo, siempre que tenga menos de 50 acreedores. Igualmente, PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *«La Ley»*, número 8538, sección Doctrina, 13 de mayo de 2015, p. 3.

contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. La fecha a partir de la que se deben contar los citados diez años no debe ser la declaración de concurso, sino la de solicitud del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos. Se habrá de aportar un certificado de penales si se trata de persona natural física. Este plazo temporal de diez años constituye una novedad respecto de las anteriores regulaciones.

- 2.º Las personas que, dentro de los cinco últimos años —antes eran tres años—, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación (de la disposición adicional 4.ª LC), o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso. Por lo que permite su verificación con una simple consulta del mismo en los instrumentos citados.

1. Tampoco podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

Se sigue manteniendo que no pueden acceder a este procedimiento las entidades aseguradoras y reaseguradoras (artículo 231.5 *in fine* LC), rompiendo el principio de unidad que caracteriza la delimitación del presupuesto subjetivo concursal (artículo 27.2.2 LC); y, se suprime, en todo caso, la exigencia de estar inscrito en el Registro Mercantil cuando se trate de sujetos a inscripción obligatoria, también la vinculada a la llevanza de la contabilidad o de depósito de las cuentas anuales, y que algunos de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubieran sido declarados en concurso.

En relación con el ámbito objetivo del acuerdo extrajudicial, se da cobertura a cualquier crédito del deudor, excepto los créditos de derecho público, que no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque gocen de garantía real; y los créditos con garantía real que sólo se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, conforme a lo dispuesto en los artículos 238 y 238 bis, que prevé supuestos de arrastre similares a los previstos para el convenio en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. En concreto, con esta última norma se introduce un nuevo artículo 134.3, que también tiene precedente en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en cuanto a la posibilidad de arrastre de

determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Si bien para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez en nuestro derecho concursal esta consideración, ya existente en derecho comparado y en los acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros. Para ello se distinguen cuatro clase de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso: en primer lugar, los acreedores de derechos laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros y, finalmente, el resto (entre los que se debe incluir de forma principal a los acreedores comerciales).

En cuanto al procedimiento para convenir el acuerdo extrajudicial de pagos, hay que señalar que el deudor debe solicitar el acuerdo extrajudicial mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá: 1. Un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Para la valoración de los préstamos o créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5, que se refiere al valor razonable de la garantía para establecer la parte del crédito garantizada. Así se entiende por valor razonable: a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario no oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración del concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate; b) En caso de bienes inmuebles, el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España; y c) En caso de bienes o derechos distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidas para esos bienes.

2. Una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Lo dispuesto en el artículo 164.2.2.º será de aplicación, en caso de concurso consecutivo, a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Para la valoración de los préstamos o créditos con

garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5. Este precepto también ha sido reformado para facilitar el empleo de informes de fecha anterior, evitando el coste de retardo por tener que emitir otros nuevos⁵. Asimismo, resuelve la cues-

⁵ El artículo 94.5 de la Ley Concursal dispone al respecto: «5. A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado.

A estos exclusivos efectos se entiende por valor razonable: a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate; b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España; c) En caso de bienes o derechos distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado, para bienes inmuebles, por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España dentro de los doce meses anteriores a la fecha de declaración de concurso o, para bienes distintos de los inmuebles, por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de declaración del concurso. Tampoco serán necesarios cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo.

Los bienes o derechos sobre los que estuviesen constituidas las garantías, que estuvieran denominados en moneda distinta al euro, se convertirán al euro aplicando el tipo de cambio de la fecha de la valoración, entendido como el tipo de cambio medio de contado.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España o de experto independiente, según proceda.

El informe previsto en la letra b), cuando se refiera a viviendas terminadas, podrá sustituirse por una valoración actualizada siempre que, entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible, realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración.

En el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considerase representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años.

El coste de los informes o valoraciones será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la administración concursal, salvo que el acreedor afectado solicitase un informe de valoración contradictorio, que deberá emitirse a su costa. También se emitirá a su costa el informe cuando se invoque por el acreedor afectado la concurrencia de circunstancias que hagan necesaria una nueva valoración.

tión acerca de quién debe aportar los informes necesarios para la fijación del valor de la garantía, que en los acuerdos extrajudiciales de pagos no le corresponderá al solicitante, ni a los acreedores, sino al mediador concursal, sin perjuicio de que los solicitantes puedan aportar los informes necesarios, si ya disponen de ellos, y son válidos por razón de las fechas. Cabe también que el acreedor aporte su propio informe, si discrepa de la valoración.

3. Se incluirá una relación de los contratos vigentes y una relación de los gastos previstos.

Ahora bien, si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de tal acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. No olvidemos que la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos es individual, salvo en este caso, y no están previstos los acuerdos conexos o la acumulación de acuerdos, como ocurre en el concurso.

Si bien, el contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia.

En todo caso, en caso de concurso consecutivo, será de aplicación a la solicitud de acuerdo lo dispuesto en el artículo 164.2.2. LC, que se califica como cul-

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla prevista en el primer párrafo de este apartado, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en pro indiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el pro indiviso».

Por tanto, la reforma amplía los supuestos en los que no será necesario recabar un informe específico para fijar el valor de los créditos con privilegio especial del artículo 94.5 de la LC, en particular para los bienes inmuebles cuando disponga de un informe anterior emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el registro especial del Banco de España dentro de los doce meses anteriores a la fecha de declaración de concurso, o para bienes distintos de los inmuebles por experto independiente dentro de los seis meses anteriores. Cuando se trate de viviendas terminadas, podrá sustituirse por una valoración actualizada siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de seis años.

pable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento o hubiesen acompañado o presentado documentos falsos. Por lo que el incumplimiento del deber de aportar la documentación necesaria para el acuerdo extrajudicial de pagos opera como presunción de culpabilidad en la posible sección de calificación que puede abrirse en el concurso consecutivo.

Respecto al nombramiento de mediador concursal, en el caso de deudor persona física no empresario, la solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor y el artículo 242 bis de la LC establece una serie de especialidades:

- 1.^a El notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración del concurso.
- 2.^a El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designase, si lo estimase conveniente, un mediador concursal.
- 3.^a Si nombra finalmente mediador concursal, su nombramiento deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días.
- 4.^a Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna, pero el notario tiene derecho a percibir el honorario equivalente al mediador concursal, si finalmente no se designa mediador.

Si se trata de deudores empresarios o entidades inscribibles se solicitará la designación del mediador al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito; o, asimismo, a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España⁶. Lo que representa una novedad esta intervención de las Cámaras de Comercio.

⁶ La Disposición adicional primera de este Real Decreto-Ley 1/2015 sobre las funciones de mediación concursal establece que: «1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.3 y 21.1.i) de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación en los términos previstos en su normativa específica, así como la Cámara Oficial de Comercio, Industria,

Ahora bien, mientras que el registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal, la propia Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto por la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

Lo cierto es que el nombramiento de mediador concursal por el notario o el registrador habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del «Boletín Oficial del Estado», la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27.

Reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal, que deberá fijarse en su acta de nombramiento. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación. En consecuencia, hasta que no se formalice el nuevo reglamento de administración concursal, los mediadores concursales se sujetarán al sistema de retribución previsto en la Ley Concursal con sustanciales reducciones porcentuales de estos honorarios que, son de un 70 por 100 en caso de personas físicas no comerciantes. De todas formas, en lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes⁷.

Servicios y Navegación de España, podrán desempeñar las funciones de mediación concursal previstas en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

2. *El sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflictos de interés. A tal efecto, podrán constituir una comisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto, al menos, por una persona que reúna los requisitos exigidos por el artículo 233.1 de la Ley Concursal, para ejercer como mediador concursal.*

3. *Sin perjuicio de las funciones señaladas anteriormente, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, en los términos previstos en su normativa específica, así como la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, podrán desempeñar funciones adicionales que permitan auxiliar a los comerciantes en materia concursal, tales como las de asesoramiento, preparación de solicitudes de designación de mediador, de acuerdos extrajudiciales de pagos, preparación de la documentación, elaboración de listas de acreedores, créditos y contratos, de evaluación previa de propuestas de convenio y cuantas otras funciones auxiliares se consideren precisas a los efectos de facilitar los trámites en los procedimientos concursales que corresponda cumplir al deudor».*

⁷ La Disposición adicional segunda de este Real Decreto-Ley 1/2015, relativo a la remuneración del mediador concursal, señala que: «1. La remuneración del mediador concursal se calculará conforme a las siguientes reglas:

Una vez presentada la solicitud, el receptor de la misma comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231, los datos y la documentación aportados por el deudor. Si estimara que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún defecto, o que ésta es insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, se ofrecerá al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de cinco días (artículo 232.3 *in fine* LC) —lo que, asimismo, constituye una novedad respecto de la regulación anterior—. La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudieran acreditarse la concurrencia de dichos requisitos (artículo 233.3.3 *in fine* LC). Más que recurso judicial de inadmisión, se permite la posibilidad de reformular la solicitud. No obstante, una solicitud inadmitida no representa un acuerdo extrajudicial de pagos intentado ante una posible exoneración futura del pasivo en el concursado.

Superado el trámite de comprobación, corresponde al mediador aceptar el cargo; una vez que tiene lugar tal aceptación se suspenden los procedimientos de ejecución en concurso, excepto los públicos, al desplegar dicha aceptación los efectos del artículo 5 bis de la LC, y se deberá facilitar al registrador mercantil o notario, si hubiera sido nombrado por éstos, una dirección electrónica que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 29.6 de esta Ley, en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación.

Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el «Registro

a) La base de remuneración del mediador concursal se calculará aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

b) Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70 por 100 sobre la base de remuneración del apartado anterior.

c) Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50 por 100 sobre la base de remuneración del apartado 1.

d) Si el deudor fuera una sociedad, se aplicará una reducción del 30 por 100 sobre la base de remuneración del apartado 1.

e) Si se aprobara el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25 por 100 del activo del deudor.

2. Esta disposición será aplicable hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal».

Público Concursal»⁸. Asimismo, dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor con su nombre Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por ésta. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento (artículo 233.3 y 4).

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal de nuevo comprobará los datos y la documentación aportada por el deudor, pudiendo requerirle su complemento y su subsanación, o instarle a corregir los errores que pudiera tener (artículo 234.1).

En el mismo plazo habrá de comprobar la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio —lo que, de nuevo, representa una novedad— a una reunión que se celebrará, dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público (artículo 234.1, párrafo 2).

La convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla aportado el deudor o facilitado aquéllos al mediador concursal en los términos que se indican en el apartado c) del artículo 235.2, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica.

Tal convocatoria deberá expresar el lugar, el día y la hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de la concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas (artículo 234.3).

⁸ Para CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 5, resulta criticable el mantenimiento de la anotación preventiva en los registros de bienes, singularmente el Registro de la Propiedad, pues, como resulta del artículo 5 bis de la Ley Concursal para las distintas modalidades de acuerdo de refinanciación, no es necesaria una anotación específica para conseguir la paralización de las ejecuciones durante un plazo de sólo tres meses. Tampoco ha de impedir esta anotación la inscripción de posibles actos de disposición, pues las consecuencias de infringir el deber de abstención discurre por otros derroteros». Se trata, concluye, «de un trámite —y un gasto— que era por completo prescindible».

Se suprime la exigencia que, una vez recibida la convocatoria, los acreedores titulares de créditos con garantía real que, voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo extrajudicial, deberían comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes (antiguo artículo 234.4 de la LC), pues deja claro la actual regulación que el acuerdo extrajudicial de pagos afecta a todos los acreedores —salvo los de derecho público— y en determinadas condiciones a los garantizados. De ahí que el mediador concursal convocará a los que figuren en la lista del deudor y aquellos otros de los que tenga conocimiento por cualquier otro medio. En cuanto al valor de la garantía que en los términos del artículo 94.5 de la LC puede exigir la elaboración de informes específicos, parece conveniente que antes de la reunión el mediador concursal comunique al acreedor afectado ese valor que determinará su posible sujeción al acuerdo extrajudicial de pagos. No hay trámite para discutir esa valoración, parece que sólo podrá derivarse a la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos por afectar a las mayorías y extensión subjetiva del mismo⁹.

Tan pronto como sea posible y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud

La propuesta tendrá como objeto un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y un plan de viabilidad que contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento (artículo 236.2 LC).

En todo caso, como precisa FERNÁNDEZ SEIJO, «no se establece ningún trámite posible de subsanación de errores o defectos, pero es razonable que el mediador pueda requerir al deudor para que solvante las insuficiencias del acuerdo, incluso que algún acreedor pueda requerir estos complementos o subsanación»¹⁰.

La propuesta de acuerdo podrá contener las siguientes medidas:

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años.
- b) Quitas —ya no tienen límite cuantitativo.

⁹ CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 6.

¹⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a: «Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad», *La Ley*, año XXXVI, número 8500, 13 de marzo de 2015, p. 4.

- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.
- d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3.º de la disposición adicional cuarta.
- e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial —sí, por tanto, la vivienda habitual— y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.2, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4 de la LC¹¹.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente¹².

Lo cierto es que la conversión de deudas en acciones o en préstamos participativos y capitalizaciones de deuda es aplicable sólo a los deudores personas jurídicas y para facilitar su reestructuración.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar pro-

¹¹ El artículo 155.4 de la Ley Concursal posibilita para el pago de los créditos con privilegio especial la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede completamente satisfecho el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Parece que la remisión a la aplicación del citado precepto puede alcanzar a la persona que designe el acreedor.

¹² Señala PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 5, que, cuanto menos, resulta cuestionable la prohibición de contenidos globalmente liquidatorios del patrimonio del deudor como contenido del acuerdo extrajudicial de pagos, que no se contiene en los acuerdos de refinanciación, pues «estamos en un ámbito preconcursal y extrajudicial en el que debería primar la autonomía de la voluntad ex artículo 1255 del Código Civil y en este ámbito no debería ser óbice para que el deudor pudiera negociar, en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos, la liquidación, que, además, podría ser «reorganizativa» de su patrimonio (por ejemplo, venta preconcursal de unidad productiva)».

puestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. En todo caso, los acreedores convocados deberán asistir a la reunión —ahora extendido a los acreedores con garantía real—, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real¹³, los créditos de que fuera el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados (artículo 92 LC) en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común¹⁴. El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión (artículo 237 LC).

Ahora bien, los acreedores pueden forzar el concurso consecutivo sin necesidad de celebrar la reunión, lo que representa una importante novedad. A tal fin, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (artículo 236.4 LC).

En este contexto, para que el plan de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

- a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por 100 del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un

¹³ Recordemos que a los acreedores con garantía real sólo debería afectarles la singular postergación en el concurso posterior de los créditos que fuera titular el acreedor en este caso, a la parte que excede del valor de la garantía, único tramo vinculado por el acuerdo extrajudicial de pagos con carácter general, pues en la parte cubierta por la garantía ya depende de mayorías singulares que no se habrá conseguido al fracasar la negociación.

¹⁴ Como señala BERGES ANGÓS I.: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8214, 18 diciembre 2013, p. 7, se trata de una sanción especialmente dura, si tenemos en cuenta que dicha calificación conlleva que dicho crédito sea difícilmente satisfecho, ni siquiera parcialmente, con los bienes de titularidad del concursado en la fase de liquidación del concurso.

plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por 100 del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

- b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por 100 del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real, o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por 100 del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236 de la LC (cesión en pago o para el pago, o conversión del crédito en capital, por ejemplo).

Estas mayorías van en función de las quitas o esperas propuestas y su extensión a los acreedores con garantías reales; si bien, son más severas que las previstas para el convenio concursal y la quita ordinaria no puede ser superior al 25 por 100 de la deuda.

De todas formas, el contenido del acuerdo extrajudicial de pagos vinculará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que excedan del valor de la garantía. En todo caso, en lo referente a la extensión subjetiva y la vinculación del contenido del convenio, cuando estamos ante acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo. Si se trata de acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 238, siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

- a) Del 65 por 100, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del artículo anterior.
- b) Del 80 por 100, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 b) del artículo anterior (artículo 238 bis LC)¹⁵.

¹⁵ Como acertadamente precisa PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 5, se dota de «capacidad de arrastre» al acuerdo extrajudicial de pagos, incluso respecto de acreedores dotados de garantía real por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía real (artículos 231.5, 238 y 238 bis de la LC), respecto de los contenidos legalmente previstos en función de las mayorías con las que se alcance el acuerdo.

Sobre tales bases, si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública —con independencia que su ejecución requiera algún negocio separado, así la cesión en pago de un inmueble, constitución de una nueva garantía—, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al Juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal y la indicación que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido (artículo 238.2 LC).

No obstante, los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos, no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior. Sin embargo, se deja abierta la posibilidad de ejercicio de otras acciones de impugnación (nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión, etc.) sobre la base operativa del artículo 72.2 LC¹⁶.

Asimismo, ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.

Ahora bien, los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos y resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial de pagos, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (artículo 135.2 de la LC para el convenio concursal).

¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 10.

No obstante, el acuerdo es impugnabile. Así, dentro de los diez días siguientes a la publicación del mismo, el acreedor que no hubiera sido convocado, o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 de la Ley Concursal, podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor. La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y sólo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 o en la desproporción de las medidas acordadas¹⁷. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento de incidente concursal.

La sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal —ya no resulta necesaria su publicación también en el *Boletín Oficial del Estado*—; y será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente. En todo caso, la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo.

Si, por el contrario, la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia¹⁸, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará asimismo del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley.

En cuanto al cumplimiento o incumplimiento del acuerdo, el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos; si fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en el Registro Público concursal (artículo 241.2 LC). Si el acuerdo fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor concursal se encuentra en estado de insolvencia.

Por lo que el concurso consecutivo se podrá instar, cuando sea imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial o cuando el acuerdo alcanzado se incumpla; y también en los supuestos en los que se anule judicialmente el concurso consecutivo.

¹⁷ Se modifica el apartado 2 del artículo 239 con el objeto de suprimir la alusión a la desproporción de la quita o moratoria exigibles a las que antes hacía referencia en este número en su parte final, pues el contenido del acuerdo extrajudicial de pagos es ahora más amplio, y además para señalar que la impugnación sólo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, esto es, ha de tenerse en cuenta a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido oportunamente convocados.

¹⁸ No se especifica el carácter actual o inminente de la insolvencia. Lo cierto es que, en supuestos de concurso de acreedores no precedidos de acuerdo extrajudicial de pagos y, por tanto, no consecutivo, el deudor tiene el deber de solicitar el concurso ex artículo 5 de la LC cuando su insolvencia sea actual, y siendo dicha solicitud facultativa cuando la insolvencia sea inminente (artículos 2.2 y 3 LC).

Si bien, antes de proceder a analizar la sustanciación del concurso consecutivo y las novedades que aporta este Real Decreto 1/2015 al mismo, corresponde referirnos, por una parte, a los efectos de la iniciación del expediente sobre el deudor que, con la reforma actual, tienen una mejor sistematización y a las especialidades en la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos en las personas físicas no comerciantes. Con relación a tales efectos, señalar que, una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad. Se suprime la mención a la concesión de préstamos o créditos o la devolución a la entidad de las tarjetas de crédito de las que sea titular y la abstención de utilizar medios electrónicos de pago (antiguo artículo 235.1 LC), por excesivas y, además, sin sentido, pues la situación patrimonial del deudor puede ser de insolvencia actual o inminente, como así establece el artículo 231.1 LC.

Además, desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos:

- a) No podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, ni sobre su vivienda habitual. Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado. De forma que los acreedores con garantía real, cuando se trate de bienes o derechos que no resulten necesarios para la actividad o de la vivienda habitual, podrán ejecutar su garantía; si bien quedará paralizada durante ese plazo¹⁹. Corresponde al deudor, en todo caso, indicar qué bienes considera necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial y así lo hará constar el secretario judicial en el correspondiente decreto. En función de tal indicación se suspenderán las ejecuciones judiciales o extrajudiciales que

¹⁹ La extensión de la ejecución a los titulares de créditos con garantía real, cuando se trate de vivienda habitual o bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, contrasta con la autonomía de la voluntad que se concedía en la anterior normativa a estos titulares de decidir sobre la paralización de las ejecuciones. Ahora se impone *ex lege*. No obstante, conviene iniciar la ejecución ante un eventual concurso de acreedores posterior (artículo 57.3 LC).

recaigan sobre esos bienes, también cuando se trate de ejecuciones de una garantía real. En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir el decreto ante el juez competente para conocer del concurso. Si éste resuelve que el bien no es necesario, quedará levantada la limitación de la ejecución²⁰.

Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instantes embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público.

- b) Deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.
- c) Podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

En todo caso, durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59 de la LC²¹.

²⁰ El artículo 5 bis.4 ha sido modificado de nuevo recientemente por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Ahora bien, mientras con el artículo 235, por una parte, concuerda su apartado segundo con el apartado 1 del artículo 5 bis.4, al señalar ambos como fecha de referencia la comunicación al Juzgado de lo Mercantil, en lugar de la publicación de la apertura del expediente; sin embargo, no se ha resuelto la discordancia entre el apartado 2, letra a) del artículo 235 con el apartado 5 del artículo 5 bis 4, pues mientras el citado artículo 235.2 a) no permite iniciar o continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre todo el patrimonio del deudor, con la excepción genérica de los créditos con garantía real, siempre que en este último caso no se trate de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor —en éstos se solapa con el artículo 5 bis LC— o de la vivienda habitual. Al respecto, el artículo 5 bis.5 establece que: *«lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado»*.

²¹ Sin embargo, para CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 6, los créditos con garantía real deberán seguir devengando intereses, con el límite de la cifra de responsabilidad, en su caso rebajado por el valor de la garantía, sin perjuicio de la posible quita u otra medida que se acuerde, al no saber el alcance de la afectación hasta que no se haya verificado el cómputo de la mayoría general y de la especial para los garantizados.

El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.

Y, en fin, el deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5; y, asimismo, el deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado (art. 240.1 LC).

En cuanto a la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos en las personas físicas no comerciantes (art. 242 bis). La solicitud, como indicamos en líneas precedentes, deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor, o uno de ellos, a elección del interesado, cuando haya varios. De no haberlo en la localidad donde se encuentra el domicilio del deudor, se presentará ante cualquier notario del distrito notarial. El notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso —de la mera admisión de la solicitud del notario y no de la aceptación del cargo de mediador concursal, anticipándose de este modo al efecto paralizante de las ejecuciones—. Asimismo, el notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designase, si lo estimase conveniente, pudiendo designar, en su caso, un mediador concursal. El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días. Por tanto, el notario puede actuar como mediador concursal o nombrar un mediador concursal. Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 de la LC, como señalamos en líneas precedentes, no devengarán retribución arancelaria alguna. Respecto de las notariales, serán la comprobación de la solicitud, la designación de mediador concursal —cuando no asuma el notario la negociación— y las comunicaciones oficiales al Juzgado de lo Mercantil, al Registro Civil y Registros de bienes. Y, respecto a las registrales, la anotación preventiva en los registros de bienes no devenga tampoco honorarios. Otras actuaciones notariales, como la convocatoria a la reunión u otras comunicaciones dirigidas a los acreedores, el acta notarial de cumplimiento o la elevación a escritura pública del acuerdo extrajudicial de pagos, se someterán al régimen de retribución ordinario del arancel notarial; al igual que devengará honorarios la cancelación de la anotación preventiva en los registros de bienes²².

El plazo para la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores será de quince

²² CABANAS TREJO, R.: «No es broma una nueva reforma concursal, y en pocos meses tampoco será la última», *El Notario del Siglo XXI*, marzo/abril 2015, p. 24.

días desde la notificación al notario de la solicitud o de diez días desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiese designado mediador. La reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria. Plazos relativamente breves, si tenemos en cuenta que se ha de fijar el valor de las garantías reales y puede resultar necesario hacer una valoración o informe específico que puede exceder su realización con creces los plazos establecidos.

La propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores remitir propuestas alternativas o de modificación dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquél; y aquélla únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1, esto es, quitas, esperas o cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos.

El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado, salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso —por el notario o mediador concursal o el deudor²³—. Lo cierto es que no existe un tratamiento especial cuando se trata de garantía real sobre la vivienda habitual del deudor, la única especialidad es la paralización de la ejecución en el plazo indicado para el deudor persona física, y de tres meses si el deudor es empresario, mientras se sustancia el procedimiento para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos.

Si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones —no ha de tener el contenido del artículo 75 de la LC—. El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación, sin posibilidad de convenio²⁴. Si bien, no ha de presentar el notario una propuesta de plan de liquidación, aunque le corresponda instar el concurso.

²³ En todo caso, recordemos, por un lado, que en la iniciación del expediente para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, si el deudor es empresario se produce una suspensión de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual por un plazo máximo de tres meses [(artículo 235.2 a) LC]; frente a los dos si es consumidor (artículo 242 bis.8); y, por otro, que el plazo para que inste el concurso el acreedor sigue siendo de tres meses. Así, el artículo 5 bis.5 de la Ley Concursal dispone que: «5. Transcurrido tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesario para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia».

²⁴ Si el deudor es empresario, lo hará, como señalamos, el mediador concursal y será posible presentar una propuesta anticipada de convenio (artículo 242.2.1 LC).

De todas formas, se determinará reglamentariamente el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los acuerdos extrajudiciales de pagos de las personas naturales no empresarios, y su retribución será la prevista para los mediadores concursales.

Ahora bien, como acertadamente precisa CABANAS TREJO, «la intervención del notario no concluye con la formalización del acuerdo extrajudicial de pagos y las oportunas comunicaciones, pues cuando interviene como mediador concursal parece que también le corresponderá supervisar el cumplimiento del acuerdo y levantar las actas que, en su caso, correspondan, debiendo instar el concurso del deudor también en ese momento posterior»²⁵.

III. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO

Tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento.

Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado.

El concurso consecutivo puede ser no necesariamente de liquidación, dado que el artículo 242.2.1.º de la LC prevé la posibilidad de presentar por el deudor o mediador concursal una propuesta anticipada de convenio, salvo que se trate de personas físicas no comerciantes, pues el concurso consecutivo será liquidatorio en todo caso. Por tanto, como principal novedad es que no se abre necesariamente la fase de liquidación, sino un procedimiento abreviado donde es posible el convenio.

Debe tenerse en cuenta, en relación con la representación del deudor en el concurso consecutivo, que establece la Disposición adicional tercera de este Real Decreto 1/2015 que, por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo. Esto reducirá algo el coste; sin embargo, no se ha planteado la posibilidad que la solicitud se realice mediante formulario para el que no sería necesaria la firma e intervención de abogado.

Si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liqui-

²⁵ CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 9.

dación que se registrarán, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del Título V.

De admitirse a trámite la propuesta anticipada de convenio, se seguirá la tramitación prevista en el artículo 191 bis de la LC.

Si la solicitud la formulase el mediador concursal se acompañarán, además, los siguientes documentos:

- a) El informe a que se refiere el artículo 75, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias.
- b) En caso de concurso de persona natural, deberá, asimismo, pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación.

Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso (artículo 242.2.1 b) *in fine* LC).

Declarado el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal²⁶.

En los concursos de personas físicas no comerciantes, en los que el notario no haya designado mediador, el juez deberá designar administrador concursal, que no tendrá la limitación de honorarios que sí prevé para el mediador concursal. El nombramiento de administrador, sea o no designado el mediador concursal, se efectuará por el juez en el auto de declaración de concurso.

En todo caso, el juez, salvo justa causa, designará administrador del concurso al mediador concursal, precisamente, en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.

²⁶ Como precisa PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 8, esto significa que ex artículo 72.1 de la LC estará legitimado, ahora como administrador concursal, para el inicio de acciones rescisorias concursales, pudiendo, por tanto, utilizar en este ámbito, por expresa previsión legal, la información a la que haya podido acceder en su condición de mediador preconcursal.

La reforma establece un régimen y consecuencias distintas, según sea el deudor persona física o jurídica, así en el caso de deudor persona natural, y si el concurso se calificase como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis de la LC.

Si el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe del artículo 75 deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos.

En los supuestos en los que el deudor o el mediador hubieran solicitado la liquidación o, en los de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, que se regirá por lo dispuesto en el Título V. Si no lo hubiera hecho el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación.

El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación, con ocasión de formular alegaciones al plan de liquidación.

Sobre tales bases se mantiene respecto de la regulación anterior, que no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial. Asimismo, continúa la consideración de créditos contra la masa de los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos. Y para la determinación de los actos rescindibles, igualmente se contará el plazo de dos años desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

De todas formas, como novedad, se establece que los acreedores podrán impugnar en el plazo establecido en el artículo 96 el informe de la administración concursal, tramitándose la impugnación con arreglo a lo establecido en el artículo 191.4 de la LC. Y, asimismo, se coordina con el régimen general de exoneración del pasivo al remitirse al artículo 178 bis, cuando en el caso de deudor persona física el concurso se calificara como culpable, y el juez en el auto de conclusión del concurso declarase la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación.

IV. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

La nueva redacción de los artículos 178.2 y 176 bis de la LC y la introducción de un nuevo precepto, el artículo 178 bis, permite al deudor acceder al mecanismo de segunda oportunidad cuando las operaciones de liquidación, o cuando, sin apertura de la sección de liquidación, se produzca la situación de insuficiencia de masa activa prevista en el artículo 176 bis LC²⁷. Debe tenerse en cuenta que la segunda oportunidad es una excepción a la regla general, que sigue siendo la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil. De ahí que, fuera de los supuestos previstos en el citado artículo 178 bis, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos que queden por pagar. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia firme de condena (artículo 178.2 LC). Por su parte, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (artículo 178.3 LC). Si bien, esto último no resulta tan claro, si tenemos presente que es posible la declaración de conclusión del concurso, sin que haya tenido lugar la liquidación (concurso exprés, artículo 176 bis LC); y, por tanto, con bienes y deudas todavía a nombre de la sociedad ya extinguida y cancelada en el Registro.

Ahora bien, la remisión de las deudas o la exoneración del pasivo insatisfecho prevista en el nuevo artículo 178 bis de la LC funciona, como hemos señalado, como una excepción al régimen general de responsabilidad patrimonial universal, y para ello debe cumplir con las exigencias que establece tal precepto.

El deudor persona natural puede obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Y en estos casos, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar, incluso sobre la vivienda habitual.

La petición de exoneración del pasivo insatisfecho deberá formularse por el deudor ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que concede en el artículo 152.3 de la LC a las partes para formular oposición.

²⁷ Lo que será el supuesto más frecuente, pues, en ocasiones, el concurso de la persona física es sin masa, al no tener ni ingresos, ni bienes, o de tener alguno, como es la vivienda habitual, está hipotecado —lo que en terminología anglosajona se denominan deudores NINA («*no income non assets*»).

También puede formularse en caso de comunicación de insuficiencia de masa activa, conforme el artículo 176 bis de la LC, en el trámite de audiencia de la solicitud de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa.

Ahora bien, tan sólo puede acceder a la exoneración el deudor que sea de buena fe²⁸. Se entiende que es de buena fe siempre que se cumplan los requisitos que prevé el artículo 178 bis.3 LC:

- 1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable en la sección de calificación.
- 2.º Que el deudor no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso²⁹. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. Con ello se sustituye la remisión al artículo 260 del Código Penal, relativo a las insolvencias punibles, por los delitos citados, que son los mismos que no permitían formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial en la redacción del artículo 231, dada por la Ley 14/2013.
- 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Y, además, se ha de cubrir un umbral de pasivo mínimo. Así se ha de satisfacer en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados —entre los que se encuentra el crédito hipotecario— y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por 100 del importe de los créditos concursales ordinarios.

O, solo en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados, si se hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo. Por lo que nada se paga de los ordinarios.

²⁸ Precisa PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 13, que se regula un concepto de buena fe legal y no valorativo, en el que no se contiene referencia alguna al origen activo o pasivo del sobreendeudamiento o la insolvencia del deudor ni al comportamiento del acreedor. En la misma línea, CARRASCO PERERA, Á.: «El mecanismo de «segunda oportunidad» para consumidores insolventes en el Real Decreto Ley 1/2015: realidad y mito», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 13, 2015, p. 4, pues la buena fe se declara cuando y sólo cuando se hayan cumplido las condiciones materiales del apartado 3 del precepto o que, no habiéndose cumplido la número 4, se cumplan las condiciones de segundo nivel establecidas en el número 5 del apartado 3 del artículo 178 bis de la LC.

²⁹ En concreto, se trata de todos los delitos contenidos en los Títulos XIII a XV —artículos 234 a 318— del Código Penal.

En los créditos con privilegios especiales se aplicarán las normas sobre el valor razonable de las garantías y la parte no satisfecha con cargo al privilegio especial tendrán la consideración de crédito que, por su naturaleza, le corresponda³⁰.

Ahora bien, el requisito contenido en el apartado 3.º del citado artículo 178 bis.3 está mal coordinado con el contenido en el apartado 4.º, pues, atendiendo al tenor literal del apartado 3.º, se ha de celebrar o al menos intentar celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, siempre para conseguir la exoneración; siendo una imposición innecesaria para el deudor que quiere directamente acudir al concurso. Mientras que el número 4, cuando fija el umbral de deuda pagada lo establece como opcional. No parece lógico que, en un apartado, aparezca como un requisito necesario y en otro como posible. Señala CABANAS TREJO que «el legislador, queriendo solucionar el desajuste de la versión anterior entre el artículo 178.2 de la LC y el artículo 242.2.5 de la LC se ha hecho un pequeño lío y lo que debería ser una circunstancia añadida y posible, sólo para rebajar el umbral de deuda, se presenta como un requisito obligatorio para todos los deudores». Y añade: «la cuestión no es baladí, pues puede haber una auténtica avalancha de expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos para acceder después a la exoneración, si la interpretación que finalmente se impone es que este requisito es autónomo y resulta ineludible»³¹. En una interpretación sistemática y lógica no puede constituir un requisito independiente e imperativo, sino que ha de ponerse en conexión con el siguiente apartado y operar en unos casos y en otros no. De forma que el recurso previo a un acuerdo extrajudicial de pagos representa una circunstancia que puede darse o no, y cuya falta sólo incrementa el umbral de deuda que ha de pagarse.

De cumplirse los requisitos anteriores, el deudor puede acceder a una exoneración provisional que decretará el Juzgado de lo Mercantil, con limitadas posibilidades de oposición por parte de los acreedores insatisfechos —sólo por falta de los requisitos anteriores— y por supuesto no se le obliga a pagar las deudas insatisfechas y provisionalmente remitidas, ni a los acreedores se les permite reclamarlas.

Alternativamente, en los casos en que el deudor no pueda satisfacer los umbrales de satisfacción del crédito descrito, concluido el concurso por liquidación, el deudor deberá cumplir con los siguientes requisitos para optar a la exoneración de deudas:

- 1) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6 del artículo 178 bis LC.

³⁰ El remanente no cubierto por el valor de la garantía será crédito ordinario.

³¹ CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *La Ley*, año XXXVI, núm. 8505, 23 de marzo de 2015, p. 3.

- 2) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.
- 3) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- 4) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad³².
- 5) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público por un plazo de cinco años (apartado 5 del artículo 178 bis de la LC).

De la solicitud del deudor se dará traslado por el secretario judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio (artículo 178 bis.4 LC).

El trámite de exoneración se podrá solicitar no sólo dentro de la sección de liquidación, sino también en supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa del artículo 176 bis de la LEC, incluso en los supuestos de archivo exprés —declaración de concurso y archivo en la misma resolución—. En este caso, la reforma prevé que, si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación (artículo 176 bis.4 de la LC)³³.

Se introduce, pues, de forma alternativa un régimen novedoso de segunda oportunidad al deudor tras el cumplimiento de un plan de pagos previsto en el apartado 6 del artículo 178 bis durante un plazo de cinco años —frente a los tres propuestos en

³² El empleo de un término tan genérico como es el relativo a la «adecuada capacidad» puede suponer una auténtica traba para el acceso al beneficio de la exoneración, máxime si se opera por una interpretación excesivamente formalista del concepto. En esta línea, GÓMEZ ASENSIO, C.: «Real Decreto-Ley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma», *La Ley*, año XXXVI, número 8514, sección Tribuna, 8 de abril de 2015, p. 12, quien, además, señala que puede convertirse indirectamente en una vía de restricción de la libertad del trabajador para escoger un empleo que se ajuste no sólo a su «adecuada capacidad», sino a su adecuado contexto y circunstancias personales.

³³ En este supuesto puede darse el caso que la garantía hipotecaria no haya sido ejecutada, al haberse concluido el concurso inmediatamente por insuficiencia de la masa, y no se habrá determinado el valor de las garantías a los efectos del artículo 84.5 de la LC; de forma que, como dispone el artículo 176 bis.4 de la LC para estos casos, la administración concursal deberá liquidar los bienes existentes.

la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014—. Para ello no hace falta que el deudor haya abonado en tal momento parte de sus deudas —lo cierto es que puede ser ni un solo euro de las mismas—; pero sí ha de cumplir con las condiciones señaladas en el citado apartado 5 del artículo 178 bis de la LC.

En cuanto a los créditos afectados por la exoneración de deudas. En el supuesto que se haya satisfecho el umbral del pasivo por el deudor en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por 100 de los créditos concursales ordinarios, el deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes: el 75 por 100 del crédito ordinario y el subordinado; los créditos por alimentos y el crédito público (el 75 por 100 del ordinario y el 100 por 100 del subordinado). Si hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pago y satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, se verá exonerada de forma automática: el 100 por 100 del crédito ordinario y subordinado, el crédito por alimentos y el crédito público (el 100 por 100 del ordinario y subordinado)³⁴.

Alternativamente, cuando no hayan podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los cinco años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de:

- 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados.
- 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada, salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado³⁵.

No serán exonerables: los créditos de derecho público —tanto ordinarios como subordinados— y por alimentos.

³⁴ En esta línea, CUENA CASAS, M.: «¿Un régimen de segunda oportunidad?», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2015, p. 14; CARRASCO PERERA, Á.: «El mecanismo de «segunda oportunidad» para consumidores insolventes en el Real Decreto, Ley 1/2015: realidad y mito», *op. cit.*, p. 6; GÓMEZ ASENSIO, C.: «Real Decreto-Ley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma», *op. cit.*, p. 13, si bien sólo considera exonerable el crédito público ordinario en determinadas circunstancias. En contra, PULGAR EZQUERRA, J.: «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 13, que considera exonerables los créditos públicos en la proporción señalada, pero no así los créditos de alimentos; MARTÍN MOLINA, P. B.: «La segunda oportunidad para la persona natural, el autónomo y la pequeña empresa en el ámbito de la insolvencia», *La Ley*, año XXXVI, número 8531, sección Tribuna, 4 de mayo de 2015, p. 16, señala que tanto en este caso, como en el de la presentación del plan de pagos, quedan excluidos de exoneración los créditos de derecho público y los créditos en concepto de derecho de alimentos.

³⁵ Básicamente se refiere al remanente a que se refiere el artículo 671 de la LEC después de producida la adjudicación de la finca por el 50/60 por 100 del valor de tasación.

Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Por lo que queda exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos —conculcando con ello la recomendación del Fondo Monetario Internacional— y por alimentos, contra la masa y aquéllos que gocen de privilegio general.

Las deudas que no queden exoneradas en los términos expuestos deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Si bien, durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, las deudas pendientes no podrán devengar interés.

Esta diferencia en el tratamiento del régimen de exoneración, según se satisfaga o no un umbral de créditos, o se presenta un plan de pagos, como puntualiza acertadamente CUENA CASAS, carece de justificación³⁶. Y puede darse el caso que, señala CABANAS TREJO, de un deudor que no hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y pagado menos del 25 por 100 de los créditos ordinarios, pero sí la totalidad de los créditos no susceptibles de exoneración, habría de presentar plan de pagos, precisamente para no pagar, pues todas las deudas que tiene pendientes resultan susceptibles de exoneración³⁷.

Asimismo, el hecho de hacer constar en la sección especial del Registro Público Concursal, con posibilidad de acceso público durante cinco años del plan de pagos convenido con los acreedores, que no resulta necesario si se opta por el mecanismo exoneratorio del artículo 178 bis.3.4.^a LC, en el que basta con satisfacer un umbral mínimo de pasivo y además el crédito público en esta opción queda exonerado en las proporciones indicadas, determina que no resulte atractivo acudir precisamente a un plan de pagos, máxime con el efecto negativo de la publicidad del mismo que puede tener para un futuro acceso al crédito.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de diez días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Si el concursado estuviera casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico conyugal —en uno y otro supuesto (general y alternativo)—, el beneficio de la exoneración

³⁶ CUENA CASAS, M.: «¿Un régimen de segunda oportunidad?», *op. cit.*, p. 14.

³⁷ CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 3.

del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común (artículo 178 bis.5, último párrafo de la LC).

Antes de la reforma por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, en el concurso de un casado sólo se incluían los bienes comunes, pero no los créditos contra su cónyuge, pues no eran deudas del concursado, aunque respondieran los bienes comunes. Tras dicha reforma, el artículo 49.2 de la LC obliga a incluir los créditos contra el otro cónyuge cuando sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad conyugal —y en esta categoría se pueden incluir las generadas por la explotación regular de los negocios o el desempeño de una profesión, arte u oficio (artículo 1362.4 del Código Civil)—. Por tanto, se incluyen deudas que no son del concursado, pero frente a las que responden los bienes comunes. Es posible que, pese al concurso, no se haya procedido aún a la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, pues sólo se presenta como una opción (artículo 77 LC). Y en este caso, según establece el artículo 178 bis.5 de la LC, que la exoneración alcance al cónyuge del concursado, cuando se trate de créditos que hayan de responder al patrimonio común. Se trata de deudas que son del cónyuge del concursado y no de éste, de las que aquél también debe responder con sus bienes privativos, aunque estén incluidas en el pasivo concursal y que, sin embargo, quedan exoneradas.

En palabras de la profesora CUENA CASAS, «esta norma no tiene en cuenta que, según el artículo 49.2 de la LC, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. De tales créditos responde tanto la masa ganancial como el patrimonio privativo del cónyuge deudor (artículo 1369 del Código Civil)». Por lo que, añade la autora, «extender los efectos de la exoneración del cónyuge del concursado, que puede no haber sido declarado en concurso, implica que tales acreedores pierden garantía que les ofrece el patrimonio privativo del cónyuge del concursado, cuya conducta no ha sido evaluada en el proceso concursal al no haber sido declarado en concurso». Por todo ello, concluye que «la extensión de la exoneración al cónyuge del concursado también priva injustificadamente a tales acreedores de la posibilidad de agredir el patrimonio privativo del cónyuge contratante no concursado»³⁸. De forma que la exoneración puede afectar a la deuda del cónyuge no concursado.

No se dice nada de la reforma, pero parece razonable entender que el administrador concursal cesará en su cargo, una vez se proceda a la aprobación de la exoneración provisional³⁹.

³⁸ CUENA CASAS, M.: «¿Un régimen de segunda oportunidad?», *op. cit.*, p. 15.

³⁹ En esta línea, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.ª: «Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 8.

Si el deudor reúne los requisitos legales, tanto si satisface el umbral de créditos impuestos o presenta el plan de pagos, y la Administración concursal y los acreedores personados muestran su conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

En todo caso, la oposición sólo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

Respecto de las deudas exonerables expresamente —se establece, igualmente, para los dos supuestos, el general y el alternativo—, que los acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. No obstante, quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado. Se exceptiona con ello legalmente la accesoriidad de la garantía. De todas formas, lo normal es que se haya pactado fianza solidaria y, en consecuencia, el acreedor se haya dirigido frente al fiador antes incluso de la exoneración. Respecto al derecho de reembolso del fiador previsto en el artículo 1838 del Código Civil, y ante la falta de previsión legal en la Ley Concursal en este sentido u otro, el fiador podrá reclamar al deudor la cantidad satisfecha⁴⁰.

Ahora bien, cualquier acreedor podrá solicitar la revocación de la exoneración a lo largo del período de cinco años siguientes a la concesión (artículo 178 bis 7 de la LC), bien porque el deudor: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que, conforme a lo establecido en el apartado 3, hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) Incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos; c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; o, d) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos.

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del

⁴⁰ Sin embargo, el parágrafo 301.2 de la *Insolvenzordnung* dispone expresamente que: «*el deudor resulta liberado frente al deudor solidario, al fiador o ante cualquier otro derecho de retorno en idéntica medida a la que resulta liberado frente a los acreedores de la insolvencia*».

beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

De todas formas, aunque el deudor hubiera cumplido el plan antes de los cinco años, es necesario respetar el plazo, pues si mejora sustancialmente su situación económica, la revocación favorece a los acreedores ordinarios⁴¹.

Lo cierto es que esta revocación por las causas indicadas favorece más a los deudores que no mejoren la fortuna y «penaliza» a los que obtengan un empleo o mejoren su situación económica; por lo que de nuevo aboca al deudor a una cierta «clandestinidad» en su situación económica, fomentando con ello la económica sumergida o la posible existencia de testaferros, si no quiere perder la exoneración. No obstante, también hay que señalar que será difícil que los acreedores empleen tiempo y recursos en vigilar la situación del deudor.

Transcurrido el plazo de cinco años para la revocación y, en su caso, cumplido el plan de pagos sin revocación del beneficio a petición del deudor concursado, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

Por otra parte, se prevé un supuesto especial de exoneración definitiva para el caso que el deudor no haya cumplido el plan de pagos —y, por ende, no resulte satisfecho la mayoría de los acreedores—, al posibilitar que el juez, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, podrá declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo que no tuviesen la consideración de inembargables (artículo 178 bis.8 de la LC). A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa⁴².

⁴¹ CABANAS TREJO, R.: «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)», *op. cit.*, p. 3.

⁴² La cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la LEC —salario mínimo interprofesional (SMI) se incrementa en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superior al SMI. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar al cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes del primer grado que convivan con el ejecutado. En todo caso, los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al SMI y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado 1 de este artículo 1 se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la LEC.

Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno⁴³.

Como señalamos al inicio de la exposición, se ha producido la aplicación práctica del artículo 178 bis de la Ley Concursal en la redacción dada por el número dos del apartado primero del artículo 1 del Real Decreto-Ley 1/2015 en dos Autos del Juzgado de lo Mercantil, número 10, de Barcelona, de fecha 14 de abril de 2015, y los argumentos de las dos resoluciones se contienen en los respectivos *Fundamento de Derecho Primero*: «Debemos atenernos a la nueva redacción del artículo 178.2 de la Ley Concursal, según el cual *«fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso, para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme»*. Así con la nueva redacción del artículo 178.2 de la Ley Concursal no sería posible la exoneración del pasivo insatisfecho que solicitan tanto la administración concursal como el propio concursado. Sin embargo, es necesario acudir al nuevo artículo 178 bis de la Ley, aplicable a este procedimiento por determinación de la referida Disposición Transitoria del Real Decreto-Ley 1/2015. La referida norma permite obtener al deudor persona natural el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho siempre y cuando se cumplan determinados requisitos —los del apartado 3 del artículo 178 bis— y recoge un alambicado procedimiento de exoneración provisional y, posteriormente, exoneración definitiva, una vez transcurridos cinco años desde la concesión del beneficio. Igualmente, para la concesión del beneficio de exoneración definitiva, deben cumplirse una serie de requisitos. En todo caso, la administración concursal pone de manifiesto que se han liquidado todos los bienes del concursado, que se han pagado los créditos contra la masa, los privilegiados y el 28 por 100 de los ordinarios, que la conducta del concursado ha sido intachable, cumpliendo estrictamente los requerimientos de la administración concursal, que no existen acciones de reintegración viables ni acciones de responsabilidad de terceros y que el concurso ha sido calificado como fortuito, todo ello de acuerdo a lo que ordenan los artículos 176 bis y 178 bis.3 de la Ley Concursal para la obtención del beneficio de exoneración. El propio concursado/a ha solicitado igualmente el beneficio de exoneración, siendo así que, como ya se

⁴³ CUENA CASAS, M.: «¿Un régimen de segunda oportunidad?», *op. cit.*, p. 18, señala que no queda claro cuál es el pasivo que definitivamente exonera y se pregunta, si se refiere al pasivo exonerable previsto en el artículo 178 bis.5 de la LC, o también a las deudas no exonerables insatisfechas por incumplimiento del plan de pagos. Su juicio «según un criterio de interpretación sistemático, lógico, teleológico de la norma, entiende que la expresión «pasivo insatisfecho» va referida a lo que el propio artículo decide qué es pasivo insatisfecho y que aparece explicitado en el artículo 178 bis.5 LC». Y añade que «lo que se discute siempre es cómo se exonera el pasivo que la propia ley declara exonerable (artículo 178 bis.1 LC)».

indicó, la administración concursal en sus informes, la principal causa de insolvencia del concursado ha sido el sobreendeudamiento producido por causas ajenas a la voluntad del propio concursado. El pasivo del concurso, de naturaleza mayoritariamente financiera, tiene su origen en los reducidos ingresos del concursado y de su esposa, los cuales no podrían hacer frente al pago de las deudas generadas por ese sobreendeudamiento. Como consecuencia del procedimiento, el concursado/a y su esposa/o, con su patrimonio comprometido, han perdido el mismo, quedándoles únicamente como ingresos sus pensiones de jubilación. Adicionalmente, como ya se ha dicho, la sección de calificación se ha finalizado con la declaración como fortuito del concurso. Nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de «sobreendeudamiento pasivo», en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por las contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el ordenamiento jurídico no puede penalizar a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores. Dicha protección es un imperativo constitucional, ya que el artículo 51 de la Carta Magna impone a los poderes públicos el mandato de garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo sus intereses económicos mediante procedimientos eficaces. Además, es sabido que en el Derecho Comparado más avanzado se regulan mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al consumidor de buena fe que cumple determinados requisitos a fin de darle una *second chance* o *fresh start*. El derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en mecanismos preventivos de sobreendeudamiento. El Derecho alemán y el derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al consumidor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores, para evitar los llamados *planes cero* o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El Derecho italiano, finalmente, también se ha incorporado recientemente a esta tendencia. Debemos citar también la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de UNCITRAL de 25 de junio de 2004, que recomienda incorporar a las distintas legislaciones concursales el mecanismo de la *discharge* anglosajona, a fin de «*incentivar solicitudes de procedimientos concursales, al menos voluntarios, y favorecer la recuperación patrimonial del deudor; una vez concluido el procedimiento*» (capítulo VI A Exoneración). Dicha necesidad de protección del consumidor ha encontrado también eco en la mejor doctrina española, la cual solicita incorporar al Derecho concursal español mecanismos de liberación de deudas —v. gr., Juana PULGAR EZQUERRA en el artículo «*Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar*», aparecido en la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, número 9, pág. 43, año 2008—. Recogiendo estas disposiciones, el Real Decreto-Ley 1/2015 positiviza en el ordenamiento jurídico concursal español la remisión del pasivo insatisfecho, si bien modificando el anterior artículo 178.2 de la Ley Concursal, que ya fue introducido por la Ley 14/2013. Esta modificación es aplicable al presente procedimiento

y debe ser tenida en cuenta. Así, el hecho que la Ley Concursal haya habilitado mecanismos de liberación de deudas para los consumidores recoge la línea doctrinal indicada, así como los criterios de normas internacionales, si bien establece que deben pagarse, al menos, el 25 por 100 de los créditos ordinarios.

La petición de extinción o remisión de la deuda se formula en el marco de la solicitud de conclusión por parte de la administración concursal, y consta cumplido el requisito de pago de, al menos, el 25 por 100 de los créditos ordinarios. Por todo ello, y sin más innecesarias consideraciones, debe ordenarse la conclusión del concurso por liquidación y la concesión al concursado/a del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, en los términos y con las condiciones previstas en el artículo 178 bis de la Ley Concursal»⁴⁴.

Se procede en ambos autos a la aplicación retroactiva del artículo 178 bis en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 1/2015. Ambos jubilados, según consta en los autos, consiguieron satisfacer el umbral de pasivo mínimo que fija el artículo 178.2 de la LC: los créditos contra la masa, los privilegiados y el 25 por 100 del pasivo ordinario. El resto de los acreedores ordinarios (75 por 100) y subordinados han de soportar la exoneración de sus créditos. Ahora bien, aunque en los autos no se alude a la ejecución de la vivienda habitual hipotecada, sin embargo, de las noticias tras tales autos, confirman que el magistrado D. Juan Manuel DE CASTRO ARAGONÉS no ejecutó la hipoteca a petición del administrador concursal, al resultar completamente antieconómico proceder a su ejecución. Lo cierto es que fracasado el acuerdo extrajudicial de pagos, en la fase de liquidación se produce el vencimiento de todos los créditos concursales aplazados (artículo 176 de la LC), el acreedor hipotecario pierde el derecho de ejecución separada (artículo 57.3 de la LC), por lo que la ejecución hipotecaria se llevará a cabo conforme a las normas aprobadas en el plan de liquidación, pero ha de llevarse a cabo. De forma que, como señala acertadamente CUENA CASAS, no puede iniciarse la fase de liquidación sin proceder a la ejecución de la hipoteca, pues colocaría al acreedor hipotecario en una situación de desfavor respecto del resto de acreedores que carecen de garantía real. Y, añade, si no llega a un acuerdo con el deudor en el momento procesal oportuno, no puede hacerlo en la fase de liquidación «para escapar del régimen de segunda oportunidad»⁴⁵.

De todas formas, cuando tiene lugar la exoneración del pasivo, la ejecución hipotecaria ya ha tenido lugar, incluso en los supuestos de insuficiencia de masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 bis.4 de la LC. Por lo que de ejecutarse el inmueble en el proceso concursal, el deudor pierde su vivienda y, en todo caso, se puede beneficiar del régimen de segunda oportunidad respecto del

⁴⁴ La negrita es nuestra.

⁴⁵ CUENA CASAS, M.: «La banca ya sabe cómo “escapar” del régimen de segunda oportunidad», en *blog ¿Hay Derecho?*, 20 de mayo de 2015.

remanente no satisfecho, esto es, no cubierto por el precio obtenido en la correspondiente subasta. Si, por el contrario, la ejecución del bien hipotecado tiene lugar tras el concurso, y queda deuda pendiente, podrá ser exonerable en parte por la vía del artículo 579.2 de la LEC. Así, el ejecutado quedará liberado, si su responsabilidad queda cubierta en el plazo de cinco años, desde la fecha de la aprobación del remate o adjudicación por el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementado exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos, si no pudiendo satisfacer el 65% dentro del plazo de cinco años, satisface el 80 por 100 en el plazo de diez años. De no darse tales circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le debe según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad del grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Finalmente, señalar, por un lado, que la aplicación de la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural o autónomo tiene unas consecuencias fiscales, pues este Real Decreto-Ley 1/2015 modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio en cuanto se declaren exentas las rentas que se pudieran poner de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas, que se hayan conseguido por parte de la persona natural, bien en un convenio aprobado judicialmente conforme al procedimiento establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, bien en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologado a que se refiere el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta de dicha ley o, en fin, en un acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere el título X de la misma Ley. Ahora bien, cuando la persona física actúe como empresario a efectos de IRPF —conocido como autónomo—, las deudas que se deriven del ejercicio de actividades económicas se regularán por lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial⁴⁶.

⁴⁶ Se añade una nueva disposición adicional cuadragésima tercera a la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que queda redactada de la siguiente forma: «Exención de rentas obtenidas por el deudor en procedimiento concursales. *Estarán exentas de este Impuesto las rentas obtenidas por los deudores que se pongan de manifiesto como consecuencia de quitas y daciones en pago de deudas establecidas en un convenio aprobado judicialmente conforme al procedimiento fijado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en un acuerdo de refinanciación judicialmente homologado a*

De todas formas, con el objeto de aliviar del cumplimiento de obligaciones formales a las entidades parcialmente exentas, mediante el artículo 7 de este mismo Real Decreto-Ley, se establece la exclusión de la obligación de presentar declaración en el Impuesto sobre Sociedades a aquellas entidades cuyos ingresos totales del período impositivo no superen 50.000 euros anuales, siempre que el importe total de los ingresos correspondientes a rentas no exentas no supere 2.000 euros anuales y que todas sus rentas no exentas estén sometidas a retención, siempre que no estén sujetas a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, ni se trate de partidos políticos —estamos ante pequeñas empresas o microempresas—⁴⁷. Se pretende que esta modificación entre en vigor para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2015, lo que justifica la urgencia en la aprobación de la misma, teniendo en cuenta, además, que debería evitarse su aplicación en los pagos fraccionados correspondientes a dichos períodos impositivos.

Y, por otro, que en este Real Decreto-Ley 1/2015, cuya entrada en vigor se ha previsto para el 2 de marzo de 2015, se prevé, asimismo, un régimen transitorio. Así se posibilita que puedan beneficiarse de los mecanismos de exoneración —en concreto de los apartados 3 y 4 del artículo 176 bis y los artículos 178.2 y 178 bis de la Ley Concursal— aquellos concursos en tramitación al día 2 de marzo de 2015.

En los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la Ley Concursal, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario.

Asimismo, durante el año siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, no será exigible, para obtener el beneficio de la exoneración previsto en el

que se refiere el artículo 71 bis y la disposición adicional cuarta de dicha Ley, en un acuerdo extrajudicial de pagos a que se refiere el Título X o como consecuencia de exoneraciones del pasivo insatisfecho a que se refiere el artículo 178 bis de la misma Ley, siempre que las deudas no deriven del ejercicio de actividades económicas».

⁴⁷ Se modifica en este artículo 7 del Real Decreto-Ley 1/2015 la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; así se dispone que, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2015, se modifica el apartado 3 del artículo 124 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que queda redactada de la siguiente forma: «3. Los contribuyentes a que se refieren los apartados 2, 3, y 4 del artículo 9 de esta Ley estarán obligados a declarar la totalidad de sus rentas, exentas y no exentas.

No obstante, los contribuyentes a que se refiere el apartado 3 del artículo 9 de esta Ley no tendrán obligación de presentar declaración cuando cumplan los siguientes requisitos: a) Que sus ingresos totales no superen los 50.000 euros; b) Que los ingresos correspondientes a rentas no exentas no superen 2.000 euros anuales; y c) Que todas las rentas no exentas que obtengan estén sometidas a retención».

artículo 178 bis de la Ley Concursal, el requisito previsto en el apartado 3.5.º iv) del mismo, esto es, el deudor no tendrá que acreditar que no ha rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; ni tampoco será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2.º de la LC; esto es, la limitación prevista para aquellas personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

*(Trabajo recibido el 28/06/2015
y aceptado para su publicación el 30/06/2015)*

PRÁCTICA JURÍDICA

LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS DESDE LA PERSPECTIVA NOTARIAL¹

ÁLVARO DELGADO TRUYOLS

Notario de Palma de Mallorca

Ex consejero del Real Club Deportivo Mallorca, S. A. D.

RESUMEN

La ponencia comienza con una parte general, en la que el autor explica brevemente el contexto nacional e internacional en el que se desarrolla la actividad de nuestras SSAADD, necesario para comprender el germen y el fundamento de su normativa; sigue con una segunda parte, en la que describen someramente los distintos aspectos de interés notarial y jurídico en las diferentes fases y vicisitudes por las que puede pasar una SAD, y finaliza con una tercera parte, o de conclusión, en la que comenta otros aspectos interesantes sobre esta materia, ya que, en su opinión, tiene una dimensión social que alcanza bastante más allá de los puros aspectos mercantiles e incluso los jurídicos.

Palabras clave: Sociedad anónima deportiva, fútbol, intervención notarial.

SPORTS LIMITED COMPANIES FROM A NOTARIAL PERSPECTIVE¹

ÁLVARO DELGADO TRUYOLS

Notary Public from Palma de Mallorca

Former director of "Real Club Deportivo Mallorca, S.A.D."

ABSTRACT

The paper begins with a general section where the author briefly explains the national and international context in which Spanish sports limited companies (S.A.D.) carry out their activities, as a necessary introduction to understand the foundation and origins of our

¹ Ponencia presentada en Sevilla el día 19 de febrero de 2015 en las I Jornadas de Derecho del Fútbol organizadas por el Real Betis Balompié. Agradecimientos al Real Betis Balompié y al Ilustre Colegio Notarial de Andalucía por su invitación.

regulations. This is followed by a second section concisely describing the various aspects of interest for notaries public and the courts in the different phases and situations an S.A.D. may go through. The article concludes with a third section for conclusions, which discusses other interesting aspects on this subject as, in the author's opinion, it has a social dimension that extends considerably further than the purely mercantile or even legal aspects.

Keywords: Sports limited company, football, soccer, participation of notaries public.

SUMARIO: I. EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL EN EL QUE SE DESARROLLA LA NORMATIVA DE LAS SSAADD.—II. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SSAADD Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL.—III. DISTINTAS SITUACIONES DE SU CAPITAL SOCIAL Y VICISITUDES DE LAS SSAADD.—IV. EL FRACASO DE LAS SSAADD ESPAÑOLAS.

I. EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL EN EL QUE SE DESARROLLA LA NORMATIVA DE LAS SSAADD

Comenzando con la primera parte, es importante para fijar el contexto en que se crea y se desarrolla la normativa española de las SSAADD, recordarles a todos ustedes una breve panorámica sobre los organismos rectores del fútbol mundial. El fútbol internacional está controlado a nivel mundial por la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA), institución creada en 1904 como una asociación civil privada sujeta al Derecho suizo, ya que tiene su sede, para nada casual, en la ciudad helvética de Zurich. La FIFA gobierna, a través de sus seis Confederaciones divididas por continentes, las Federaciones de fútbol de todo el planeta, que organizan y dirigen las competiciones nacionales (son órganos nacionales de naturaleza privada que ejercen funciones públicas de carácter administrativo; así lo reconoce en España el artículo 30.1 de la Ley 10/90, del Deporte); también controla y organiza los Campeonatos del Mundo de fútbol en todas sus modalidades y está dotada de su propia normativa y de sus propios y autónomos órganos jurisdiccionales, habiendo creado un *status* jurídico internacional paraestatal.

Como demostración de su enorme poderío, la FIFA se ha vanagloriado tradicionalmente de tener más asociados que la propia ONU, y maneja en la práctica un caudal económico impresionante basado, esencialmente, en la difusión multimedia de todos los derechos generados por el fútbol, tanto la autorización y distribución de imágenes, sonidos y otra información de los partidos que se juegan en todo el mundo como la gestión publicitaria y mercadotécnica del fútbol y de todos sus derivados. El artículo 71 de los Estatutos de la FIFA atribuye a la propia FIFA, a las Federaciones nacionales asociadas a ella y a sus Confederaciones continentales la propiedad exclusiva de todos los derechos derivados de las competiciones de fútbol, sin restricciones en cuanto al contenido, tiempo, lugar o legislación.

Por su parte, la Unión Europea de Fútbol Asociación (UEFA) es una institución creada en 1954, con la misma naturaleza que la FIFA, a la que se encuentra afiliada como Confederación continental y que tiene su sede en Lyon (Suiza). Constituye una de las más poderosas Confederaciones de las seis en que se divide el fútbol mundial y gobierna el fútbol del continente europeo. Al igual que la FIFA, está dotada de su propia normativa y de sus propios y autónomos órganos jurisdiccionales.

Como pueden ustedes comprobar, los organismos rectores del fútbol internacional se crearon y han permanecido estancados en un posicionamiento estatutario arcaico e incompleto, que defiende un ordenamiento autónomo, cerrado y vinculante para todos sus miembros, desconectado del sistema general de fuentes de los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales. El fundamento de todo ello ha sido, tradicionalmente, un supuesto «carácter específico del fútbol» que, junto con otros factores, como la inhibición de los Estados en sus orígenes, las ventajas del sometimiento a un orden internacional homogéneo y los problemas derivados de la inmediatez de las diferentes competiciones, ha contribuido a generar estos «Estados fantasma» que se superponen a los Estados tradicionales en las materias que consideran de su «exclusiva competencia», y que han conseguido hábilmente dotarse de un *status* y de una normativa ajena en principio a cualquier control. Y así, FIFA y UEFA siempre han sostenido que, al tener ambas su sede en Suiza, sólo los Tribunales suizos, en su caso, podían analizar y controlar la aplicación de sus Normas y Reglamentos. Por todo ello, podemos afirmar sin duda alguna que las instituciones y la legislación internacional del fútbol tiene una tendencia extraterritorial o «escapista».

Pues bien, aunque han permanecido así largos años, en las últimas décadas han comenzado a plantearse seriamente problemas de encaje de la normativa propia del fútbol con los ordenamientos jurídicos nacionales y con los supranacionales, especialmente con la Unión Europea. Esos problemas de coexistencia se pusieron de manifiesto, en toda su virulencia, con el llamado «caso Bosman», que fue resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante la histórica sentencia de 15 de diciembre de 1995, que marcó un hito en las relaciones contractuales entre los clubes de fútbol y sus futbolistas. Jean MARC BOSMAN era un modesto jugador profesional de nacionalidad belga que jugaba en el RFC Lieja de la Liga de su país. Tras una controversia con la dirección del club, le redujeron su salario en un 60 por 100. BOSMAN intentó fichar entonces por un equipo francés de la Segunda División, el USL Dunkerque, y su club le pidió por ello una cantidad desorbitada que ni él ni su nuevo club podían pagar. Ante ello, se negó a jugar en la Liga belga y fue amenazado por UEFA y FIFA de expulsión de por vida de su actividad profesional. El jugador denunció entonces el caso ante los tribunales de su país, que desestimaron su pretensión, y armado de mucho valor y paciencia recurrió seguidamente a los tribunales de la Unión Europea y denunció a UEFA alegando la nulidad de su Reglamento de transferencia de juga-

dores asociados. El Tribunal de las Comunidades Europeas, en la sentencia citada, consideró que la relación entre el club (empresa) y el jugador (trabajador) era una actividad económica sujeta al artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y que, como el artículo 48 del mismo Tratado garantizaba la libre circulación de trabajadores, el Reglamento UEFA, que regulaba la transferencia de jugadores, contenía normas nulas por ser contrarias al ordenamiento jurídico comunitario.

Saben también ustedes que, hace unos meses, ha sido noticia que la Comisión Europea ha abierto expediente a siete clubes españoles de fútbol (entre ellos, el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona) por presunta infracción de las reglas de competencia, acusándoles de recibir ayudas públicas de varios tipos que podrían haber vulnerado las reglas del mercado comunitario, con especial referencia a las entidades que no adoptaron la forma de SAD y se mantuvieron como clubes deportivos. En la típica reacción visceral que nos suele caracterizar a los europeos del sur, el Gobierno interpretó la actuación de las autoridades europeas como un ataque a la «Marca España» y la opinión pública se puso, mayoritariamente, del lado de los clubes. Esta cuestión ya ha sido tratada en diversos artículos y *blogs*, entre ellos, con gran claridad y brillantez, en el del profesor Luis CAZORLA («*Sociedades Anónimas Deportivas y Ayudas de Estado*»), uno de los que más publica sobre estos temas en nuestro país. Por ello, no voy a profundizar en ella, aunque quiero que me sirva de pretexto para analizar lo que considero un clamoroso fracaso, en todos sus órdenes, de la normativa española de Sociedades Anónimas Deportivas.

Acercándonos ya a España, todo empezó con la Ley del Deporte de 1990, que creó la figura de las SSAADD como variante de las sociedades anónimas típicas del Derecho mercantil. Bajo el —en principio— loable propósito de dotar de un mayor control y transparencia a las estructuras del fútbol profesional, la Ley establecía una especie de castigo o sanción a los clubes «endeudados», obligándoles a adoptar la forma jurídica de SAD, que teóricamente garantizaba un mejor y más claro funcionamiento futuro, y permitía que las entidades «saneadas» pudieran permanecer compitiendo bajo la forma asociativa de los clubes deportivos. En pura teoría, la reforma se basaba en un planteamiento irreprochable. Pero en España, como casi siempre, la Ley tenía un truco escondido. El desarrollo posterior de los acontecimientos ha demostrado claramente que la voluntad política real era crear un marco jurídico aparentemente impecable que escondía una intención algo más perversa: que determinados clubes muy poderosos e influyentes, por todos conocidos, no tuvieran que convertirse nunca en SAD. Lo más curioso de todo es que —cosas de la lucha política— el ministro que alumbró esa Ley del Deporte es ahora uno de los comisarios europeos que habla de las «dudas razonables» sobre las ayudas públicas españolas prohibidas a los clubes exceptuados de la conversión en SAD...

Lo que ha sucedido después todos ustedes lo conocen: los clubes que se convirtieron en SAD están todos en la ruina, demostrando la escasa utilidad para los

finés pretendidos de una norma aparentemente trufada de buenas intenciones. Y los que no lo hicieron no están en mejor situación. Y si lo están es porque un vergonzoso reparto de los derechos de televisión y una larga serie de recalificaciones, subvenciones, ayudas públicas, aplazamientos tributarios y laborales y demás prebendas inasequibles para las demás entidades mercantiles normales y corrientes, todas ellas fundamentadas en el enorme poder social y mediático —y, por tanto, político— de algunos clubes españoles ha contribuido de forma notable a que, entre todos, mantengamos vivo el espectáculo.

Haciendo un poco de historia es bueno recordar que, antes de la promulgación de la Ley del Deporte de 1990, todos los clubes deportivos, con independencia de su tamaño y de su carácter profesional o no, eran legalmente tratados por la Ley de Cultura Física y del Deporte de 1980 como Asociaciones privadas, cuyo único objeto era el fomento y la práctica de la actividad física y deportiva sin fin de lucro. Pero mientras el tratamiento legislativo de los clubes de fútbol era, digamos, «amateur», en realidad se estaban convirtiendo a grandes pasos en entes profesionalizados, es decir, en verdaderas empresas, dado el auge de los ingresos televisivos y publicitarios que comenzaron a experimentar. Por ello, se producía un importante desajuste entre esa profesionalización *de facto* y su carácter *amateur* y no lucrativo *de iure*, con las disfunciones que ello producía en materias importantes como su régimen contable, tributario y de Seguridad Social, la responsabilidad de sus directivos, etc. Todo ello generó un endeudamiento masivo y generalizado, haciendo que la situación de los clubes de fútbol a finales de los años ochenta fuera realmente insostenible. En ese complicado contexto se enmarca la promulgación de la LD de 1990, la cual quiso poner solución, con mayor o menor acierto, como luego veremos, a todos esos desfases.

II. EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SSAADD Y LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

En primer lugar, hay que dejar claro que el entramado normativo que constituye la legislación básica de las SSAADD no resulta para nada sencillo: están reguladas por la Ley del Deporte (LD) 10/90, de 15 de octubre; varios Reales Decretos sobre SAD (1084/91 en la parte vigente, fundamentalmente el 1251/99 —que constituye casi el Texto Refundido que disciplina el régimen jurídico de las SSAADD— y el 1412/01) y, como normativa supletoria, la antigua LSA de 1989, la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009, y la actual LSC de 2010. Y también se aplican en parte el RD 177/81 sobre Clubes y Federaciones Deportivas (declarado vigente por la STS de 17 de febrero de 2009 dictada por la Sala de lo Civil), la Ley Concursal y sus modificaciones y la Ley del Mercado de Valores de 1988 para aquellas SSAADD que pudieren cotizar en Bolsa, aunque, a día de hoy, ninguna lo hace todavía. Contra la cotización en Bolsa se ha utilizado con frecuencia el argumento de evitar que socios de otras nacionalidades pudieran con-

vertirse en socios mayoritarios de los clubes españoles más representativos, razón por la que alguno de los más importantes no son ni siquiera SAD.

Como se ve a simple vista, nos encontramos con un panorama legislativo nada sencillo ya para comenzar. Desde hace varios años se está anunciando la nueva Ley del Deporte Profesional. El Parlamento Europeo dictó el 29 de marzo de 2007 una Resolución sobre el futuro del fútbol profesional en Europa, que llama a los Estados miembros a dictar normas específicas de buen gobierno y transparencia en el sector del fútbol profesional europeo. Y en el año 2009 se ha creado una «Subcomisión sobre el Deporte Profesional en España», que ha contado con la participación de todos los sectores afectados, y cuyos trabajos han llegado a la conclusión de que el actual marco normativo vigente en España es manifiestamente insuficiente para dar respuesta a los actuales retos del deporte profesional. Hay que decir que el Derecho Deportivo español fue innovador en la creación de un régimen jurídico propio para las SSAADD, siguiendo la estela del italiano, y dejando una profunda huella en la legislación de muchos países latinoamericanos, pero precisa ya de una reforma en profundidad. El actual presidente del CSD, Miguel CARDENAL, lleva tiempo intentando que se apruebe el Proyecto que dicho organismo ha elaborado en los últimos años, pero parece que ha encontrado resistencias de algunos clubes poderosos nunca del todo bien explicadas.

- i) En el momento de su constitución o transformación, las SSAADD presentan las siguientes especialidades:

La LD de 1990 ordena en su artículo 19 que los clubes deportivos o sus equipos profesionales, cuando participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, han de adoptar la forma de SAD. Por ello, actualmente tienen la obligación de ser SAD en el fútbol los clubes deportivos o equipos profesionales que participen en la Primera y Segunda División del Campeonato Nacional de Liga, y en el baloncesto, los que participen en la Liga ACB, hoy llamada Liga Endesa.

No obstante lo anterior, la propia LD, en su Disposición Adicional Séptima (para los clubes de fútbol) y Octava (para los de baloncesto) permitió, como polémica excepción, que no hubiera conversión en SAD para los clubes que, al entrar en vigor la Ley, estaban participando ya en competiciones deportivas profesionales y demostraron en sus auditorías oficiales un saldo patrimonial neto positivo durante los últimos cuatro ejercicios. En aquel momento quedaron exceptuados, en el fútbol, el Real Madrid, el Fútbol Club Barcelona, el Athletic Club de Bilbao y el Club Atlético Osasuna, únicas entidades que aún hoy subsisten con una base asociativa y no societaria, con un régimen especial en sus cuentas y en la responsabilidad de los miembros de sus Juntas Directi-

vas. Ello significa que no puede haber más, y que desde entonces no pueden constituirse ante notario clubes que no adopten la forma de SAD destinados al deporte profesional.

- ii) Hay que decir, desde el punto de vista notarial, que la transformación en SAD no finalizó en 1992 tras la entrada en vigor de la LD, sino que es un proceso continuo. Todos los clubes deportivos que pasan a cumplir los requisitos que determinan su conversión en SAD, es decir, que participen en competiciones deportivas profesionales de ámbito estatal, tienen que acometer su transformación. Ello sucedería, por ejemplo, en el caso de ascenso a la Segunda División de un club que no estaba en ella desde 1992. También puede darse la transformación voluntaria. En ambos casos no se pierde la personalidad jurídica anterior, sino que se mantiene bajo la nueva forma societaria. Del mismo modo, en el caso de descenso a una competición no profesional, la LD admite la recuperación de la estructura asociativa originaria, aunque poco útil sería en el caso de volver a ascender.
- iii) Existe también en la LD lo que se llama la adscripción a SAD, que se da en aquellos supuestos en que un mismo club deportivo cuente con varios equipos o secciones deportivas, unas profesionales y otras no. En tal caso, sus equipos no profesionales podrán mantener su estructura asociativa, mientras que los profesionales deben adscribirse a una SAD de nueva creación para cada uno de sus equipos profesionales. Se trata de un caso claro de constitución de una nueva SAD con una nueva personalidad jurídica.
- iv) Siguiendo con las materias de interés notarial debemos detenernos ahora en el objeto social. El objeto social de una SAD, por su carácter especial, está prefijado legalmente, y debe ser «*la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y desarrollo de actividades deportivas, así como actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica*». Esta última parte es un cierto cajón de sastre para posibilitar la promoción de categorías inferiores y otras actividades promocionales e incluso publicitarias. Hay que añadir, además, que dicho objeto social legal va unido a la propia denominación de la sociedad. De este modo se pronunció la Res. DGRN de 2 de enero de 2003, que no dejó utilizar el objeto social previsto en la LD, ni la denominación de «Club de Fútbol» a una sociedad que no era una SAD (era «*Club de fútbol Ciudad de Albacete, S. L.*»).
- v) Es importante detenerse algo también en la discutida cuestión del ánimo de lucro. Tras una importante discusión doctrinal que traspasa los

límites del Derecho español, puesto que en Italia y Francia sus leyes regularon lo contrario por la prohibición de repartir beneficios, la mayoría de los mercantilistas que han escrito sobre la materia han considerado que el ánimo de lucro es un elemento esencial para las SSAADD españolas, ya que en la actividad deportiva profesional, especialmente en lo que se refiere a los derechos audiovisuales y publicitarios y al mercado de jugadores, es impensable que no exista tal ánimo. Ya algunas sentencias de instancia, como la de la SAP de Castellón de 7 de febrero de 2002, lo han dejado claro de forma tajante como elemento esencial de las SSAADD en nuestro país.

- vi) En cuanto al capital social, el RD 1251/1999 fija un capital mínimo para su constitución o transformación no inferior a las SSAA generales, esto es, de 60.000 euros. El capital mínimo ha de estar totalmente desembolsado, sólo admitiéndose los dividendos pasivos por el resto del capital que exceda del mínimo, y con un desembolso inicial de una cuarta parte al menos, y debe realizarse sólo con aportaciones dinerarias, no estado permitidas las no dinerarias. Las acciones deben ser nominativas y se prohíben las ventajas o remuneraciones de los fundadores (salvo menciones honoríficas). Pero hay otros requisitos de capital impuestos por la categoría de la competición en la que participa la entidad. Así, el artículo 3.2 establece un procedimiento para la determinación del capital mínimo del club, fijando un baremo entre los gastos de todos los equipos de la misma competición de la penúltima temporada finalizada y los saldos patrimoniales netos negativos que arroje su balance. Este sistema de fijación ha dado lugar a un caso paradigmático que ha saltado recientemente a los medios de comunicación, que ha sido el caso del modesto y ejemplar Eibar, hoy equipo de Primera División del fútbol español. La Sociedad Deportiva Eibar es una SAD saneada, sin deudas, que lleva muchos años sin gastar más de lo que ingresa y cumpliendo puntualmente todas sus obligaciones de pago. Hasta el presidente de la Liga de Fútbol Profesional, Javier Tebas, ha alabado públicamente el «*modelo Eibar*» como espejo en el que debe mirarse la gestión de los demás equipos. Pues bien, la aplicación a rajatabla del artículo 3 del Real Decreto 1251/1999, que regula el capital mínimo que deben tener las SSAADD, le ha obligado a ampliar esta temporada de su ascenso a Primera División su capital social, que era el año pasado de 440.000 euros, multiplicándolo por cuatro (hasta 1.800.000), cosa poco viable en la ejemplar y trabajadora villa de menos de 30.000 habitantes. Y no hacerlo podía suponer la descalificación de una entidad modélica que, simplemente, maneja sus cuentas bien. Paradójicamente, pues, decenas de equipos que pierden dinero sistemáticamente parece que no pueden desaparecer bajo ningún concepto por el daño social que, supuestamente, ello generaría a sus

aficionados, mientras que otro excelentemente gestionado ha estado a punto de ser descalificado de la competición por no encajar en los parámetros de capital social inventados por un poco afortunado Real Decreto. Por fin, hace escasas fechas, el modélico Eibar ha podido suscribir la totalidad de la cifra exigida, en una campaña con un éxito sin precedentes entre aficionados de toda España, y continuará en Primera jugando sin otros problemas que los estrictamente deportivos.

- vii) Muy importante, desde el punto de vista notarial, es también el control del conflicto de intereses en materia de adquisiciones de acciones de SAD, del que nuestra legislación se preocupa bastante, y que se pone de manifiesto en varios aspectos. En primer lugar, tanto respecto de las adquisiciones por las propias SSAADD como por accionistas de las mismas:
- a) El RD de 1999, con la loable intención de mantener la pureza en la competición deportiva, establece una prohibición expresa de que las SSAADD que se integren dentro de competiciones profesionales de ámbito estatal sean directa o indirectamente accionistas de otra SAD. Y el informe sobre los Trabajos de la «Subcomisión sobre el Deporte Profesional en España», de mayo de 2010, determina, al analizar la modificación legislativa prevista, que debe haber un control más estricto de la compra de acciones de las SSAADD.
 - b) El tema del conflicto de intereses se pone también de manifiesto en cuanto a la adquisición o transmisión de participaciones significativas de las SSAADD. El artículo 17 del RDSAD de 1999 prohíbe que las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, posean una participación en los derechos de voto de una SAD igual o superior al 5 por 100 ostenten, directa o indirectamente, una participación igual o superior al 5 por 100 en otra SAD que participe en la misma competición profesional o pertenezca a la misma modalidad deportiva. La sanción es la nulidad de pleno derecho de tales adquisiciones.

El control de tales participaciones se realiza a través del mecanismo previsto en los artículos 10 y 16 del RDSAD 1999 de la comunicación al Consejo Superior de Deportes de la adquisición de participaciones significativas (5%), y de la autorización previa por parte del Consejo Superior de Deportes de la adquisición de paquetes de acciones que, unidas a las que ya se posean, den lugar a una participación en el total de los derechos de voto de una SAD igual o superior al 25 por 100. El CSD lleva un Registro de Participaciones Significativas de las SSAADD españolas, que se integra en el Registro de Asociaciones Deportivas.

- viii) Tema importante también es el del Consejo de Administración y cargos directivos. El RD de 1999 impone como forma obligatoria de administración de las SSAADD españolas el Consejo de Administración. En consecuencia, no puede haber una SAD con un administrador único, ni con administradores mancomunados o solidarios que no formen Consejo. Y además, si en el mundo mercantil, en general, las personas pueden pertenecer, salvo prohibición estatutaria o contractual expresa, al Consejo de Administración de diferentes sociedades, en materia de SAD, también con la intención de mantener la pureza de la competición deportiva, los consejeros de una SAD o sus cargos directivos no podrán coincidir con los de otra SAD que participe en la misma competición o pertenezca a la misma modalidad deportiva. Estamos ante un supuesto de prohibición por incompatibilidad, que supondrá para el afectado la imposibilidad de aceptar el cargo (en el caso de nueva elección), o la separación del mismo (en el caso de que ya formara parte de él y sea nombrado para el Consejo de otra SAD). Y también contiene el RD prohibiciones para ostentar cargos en el Consejo de una SAD a quien haya ostentado en los dos últimos años algún cargo público en la Administración relacionado con el mundo de las SSAADD.
- ix) En cuanto a los créditos recibidos por las SSAADD, tema también muy notarial, los artículos 27 de la LD y 22 del RDSAD de 1999 establecen un régimen especial para primar los intereses de la sociedad sobre los de sus accionistas y administradores, diciendo que cuando una SAD haya recibido un préstamo de alguno de sus administradores o accionistas, el crédito se considerará como subordinado respecto de los demás en que la sociedad conste como deudora. Se trata de evitar que las personas que dirigen la sociedad se vean favorecidas en el cobro frente a los demás acreedores.
- x) Y, para finalizar este apartado, y como materia de gran actualidad, debemos comentar la influencia que ha tenido en esta materia la recentísima Ley 31/2014, de 3 de diciembre, de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que entró en vigor el pasado 24 de diciembre. Dada la aplicación supletoria a las SSAADD, en todo lo no regulado por su normativa específica, de la LSC, las novedades en materia de Junta General de Accionistas y de Consejo de Administración, excluyendo las relativas a las sociedades cotizadas, resultan de aplicación a las SSAADD. Por ello, tendrá mucha importancia la nueva norma que exige la intervención de la Junta general para la adquisición o disposición de lo que la reforma llama «activos esenciales» de la sociedad. Y ¿cuáles pueden ser esos activos? Pues, básicamente, los jugadores de su plantilla, que suelen estar valorados en bastante más que el 25 por 100 de los activos según el último

balance aprobado, porcentaje al que la reforma se refiere. Ello supondría que, para la venta de un determinado jugador, sea necesaria la aprobación de la operación por la Junta general. Imaginen ustedes el espectáculo mercantil e incluso mediático que puede producirse en las SSAADD con el capital fuertemente dividido o atomizado, y el enorme trastorno que ello puede generar en el mundo del fútbol, ya que estas operaciones suelen encarecerse enormemente si no están rodeadas de la mayor confidencialidad. Tal vez, por razones prácticas, haya que admitir la manifestación del órgano de administración de la entidad acerca de que tal operación no supone la enajenación de un «activo esencial», lo que en algunos casos puede generar enormes problemas de responsabilidad para los administradores implicados, especialmente en un mundo tan pasional como el que nos ocupa.

Estas son las perniciosas consecuencias de la muy española costumbre de dictar leyes *ad hoc* (ésta ante la reciente avalancha de irregularidades en el mundo financiero), pero que luego, una vez promulgadas, resultan aplicables mucho más allá de lo que sus —en general— pésimos redactores pudieron prever.

III. DISTINTAS SITUACIONES DE SU CAPITAL SOCIAL Y VICISITUDES DE LAS SSAADD

Las SSAADD son, indiscutiblemente, sociedades mercantiles, pero están destinadas, en esencia, a regular el funcionamiento de clubes profesionales de fútbol o baloncesto. Pero debemos tener muy en cuenta que, en muchos aspectos, el deporte es un trasunto de la sociedad, y los aspectos mercantiles de los clubes no deben dejar arrinconados otros aspectos también esenciales para entender su idiosincrasia y su sustrato, como son los aspectos sociales e incluso los emocionales. El fútbol de alta competición canaliza las emociones de la gente, y canalizar las emociones de una parte importante de la sociedad tiene una importancia nada desdeñable, y debe tenerse muy en cuenta al estudiar a fondo una institución, aunque sea desde una perspectiva esencialmente jurídica. Y a eso los notarios no podemos ser ajenos, ya que nuestro trabajo consiste en adecuar las instituciones legalmente previstas a las necesidades jurídicas y también emocionales de las personas. Nosotros trabajamos en nuestros despachos con Leyes, pero también cara a cara con personas, con sus emociones y sentimientos, por lo que hemos desarrollado una especial sensibilidad profesional y personal para manejar estas cuestiones.

Por ello, a los efectos de esta charla, es importante analizar someramente las diversas situaciones en las que puede o suele encontrarse el capital social de una SAD para ver sus repercusiones, no sólo mercantiles, sino también sociales, deportivas y emocionales, desde el punto de vista de la experiencia en nuestro país:

- i) En los casos en los que una SAD tiene un propietario único, o un propietario respaldado por una amplia mayoría en el capital social se da una situación de estabilidad societaria que repercute también en los aspectos sociales y deportivos de la entidad, para lo bueno, aunque también para lo malo. Las SSAADD que tienen su estructura de capital organizada de esta manera suelen presentar un período relativamente largo de tranquilidad, que si va acompañado de buenos resultados deportivos permite la continuidad de un proyecto social y deportivo en consonancia con las aspiraciones de la sociedad en la que está incardinado. Podríamos decir, basados en la experiencia, que se trata de la situación ideal para el mejor desarrollo de la actividad de una SAD, aunque también presentan una solución más compleja en el caso de que las cosas vayan mal, ya que hay que buscar a un nuevo accionista único o mayoritario que sea capaz de asumir una gran inversión por el total o la mayoría de las acciones de la SAD.
- ii) Más complejas son las situaciones de división del capital social en varios accionistas o grupos de ellos, ninguno mayoritario. En estos casos, como el que yo viví durante la mayor parte de mi experiencia en el Real Club Deportivo Mallorca, la estabilidad societaria y también la social y la deportiva presentan un equilibrio más frágil o inestable, y dependen en gran medida de la capacidad de consenso de los accionistas, no siempre sencilla entre los perfiles habituales de inversores en el fútbol español, que son personas que suelen buscar un importante protagonismo social. Ante estas situaciones de división se buscan a veces soluciones que garantizan la estabilidad, como los pactos de sindicación de acciones, tal como se produjo recientemente en mi club entre dos accionistas que formaron un grupo mayoritario (Sres. SERRA FERRER y CERDÁ), que, contra lo que podría parecer, produjo una situación de mayor inestabilidad en la entidad, si no mercantil, sí social y también deportiva. En general, las SSAADD que presentan este tipo de estructura accionarial encuentran más problemas para su actividad y desarrollo, y suelen generar un mayor grado de conflictividad social y emocional entre los aficionados, especialmente cuando los resultados deportivos no acompañan, siendo relativamente habitual que se produzcan enfrentamientos entre los diversos grupos de accionistas, que acaban teniendo intereses encontrados, si no desde el punto deportivo, sí desde el social, el mediático o el de la notoriedad pública.
- iii) En contra de lo que puede parecer, los casos de gran atomización del capital social no han supuesto en la práctica una mayor inestabilidad mercantil o social de las SSAADD que han experimentado dicha situación. Hay clubes, como el Deportivo de La Coruña, que han vivido muchos años en esa situación, alcanzando un largo y fructífero período de éxito social y deportivo, y alcanzando incluso un título de Liga y de Copa del Rey y una larga permanencia en la elite del fútbol español. La clave en

estos casos está en conseguir una estructura de gestión muy profesionalizada, que es la que dota a la entidad de la estabilidad que su estructura de capital no puede naturalmente garantizar. E incluso en los periodos de dificultades, si estas SSAADD conservan esa fuerte estructura de gestión resultan más difíciles de caer en las típicas polémicas mediáticas que suelen acompañar a los enfrentamientos de unos grupos de accionistas contra otros. La situación de atomización, si bien no parece de entrada la ideal, ha demostrado en la práctica en España no ser en absoluto la peor para garantizar la exitosa supervivencia de una SAD.

- iv) Finalmente debemos hacer una breve referencia a los casos, la mayoría de ellos transitorios o provisionales, en los que una SAD ha sido de titularidad de alguna Administración Pública. Estos casos se han producido habitualmente después de una situación de colapso económico o parálisis institucional, y han servido en general para encauzar la situación mercantil y social, dando paso a una nueva y diferente propiedad privada. Clubes tan conocidos como el Racing de Santander o, indirectamente, el Valencia Club de Fútbol, a través de su Fundación, han pasado por esta situación.

IV. EL FRACASO DE LAS SSAADD ESPAÑOLAS

Para finalizar mi intervención en estas Jornadas quiero referirme a lo que en «Hay Derecho»² he denominado el «fracaso de las SSAADD». En mi opinión, el fracaso de las SSAADD españolas va bastante más allá de sus cuentas, y tiene, en mi opinión, una triple vertiente:

- i) Por un lado, existe el indiscutible fracaso económico, que es el que con más profusión se ha tratado en los medios de comunicación. La Comisión Europea, con la loable intención de reprimir el descontrol en las cuentas de los equipos españoles, pero con poco tino, ha creído que los que mantienen la forma jurídica de clubes deportivos tienen un régimen económico y tributario más beneficioso que las SSAADD, generando una desventaja para éstas en términos competitivos. Sin embargo, como nos ha explicado muy bien en su *blog* el profesor Luis CAZORLA³, la forma de SAD permite acudir a sistemas de financiación y obtención de recursos (multinacionales o fondos de inversión que participan en el capital) que, en el caso de los clubes con formas de asociación, no es posible. Aun así, el fracaso de la normativa española no debe reducirse sólo a la distinción entre SAD y clubes deportivos,

² Publicado en www.hayderecho.com el día 25 de febrero de 2014.

³ CAZORLA, Luis: «El aumento de capital del Bayern de Munich» y «El interés de fondos de inversión en clubes de fútbol: KKR y Hertha de Berlín», publicados los días 17 de febrero de 2014 y 20 de febrero de 2014 en el *blog* «El blog de Luis CAZORLA».

examinando su distinta situación y régimen jurídico y económico. También dentro de las entidades que se convirtieron en SAD encontramos problemas importantes causados por las disfunciones que crea la aplicación de la propia Ley. Ya sabemos que, en España, las autoridades son maestras en hacer la vista gorda con algunos preceptos legales y en aplicar a rajatabla otros, según quien sea el destinatario de los mismos, como vamos a ver a continuación.

- ii. Ello nos lleva al segundo gran fracaso de las SSAADD, que es el fracaso jurídico. Hay que dejar claro que la SAD es una forma social, un revestimiento jurídico para el desarrollo de una actividad claramente mercantil, como es el deporte profesional. Y desde un punto de vista del análisis estrictamente jurídico, podemos decir que, probablemente, ni las SSAADD eran en 1990 la receta mágica para solucionar el endeudamiento sistémico del fútbol profesional español, ni son tampoco la causa exclusiva de que la situación que trataban de corregir hace casi veinticinco años se haya reproducido en la actualidad casi con mayor intensidad. En España se cometió el error de querer controlar la viabilidad económico-financiera de estas instituciones a través de la imposición de una única forma social obligatoria, la de SAD, que por sí sola no ha resultado eficaz para lo que se pretendía. El distinto régimen de responsabilidad de administradores y directivos que impuso esta forma social respecto del existente en las antiguas Asociaciones deportivas no ha resultado determinante. Pero sí lo ha sido la excesiva permisividad de las Administraciones públicas con las deudas tributarias y de Seguridad Social, lo que unido a la inexistencia de normas específicas de control económico-financiero ha conducido la actuación de los administradores de las SSAADD por caminos alejados de la diligencia empresarial propia de otros sectores. Y aquí todos los que hemos tenido alguna responsabilidad debemos entonar el *mea culpa*, pero es que, realmente, resulta enormemente difícil luchar contra corriente. En definitiva, como ha escrito Luis CAZORLA⁴, *«las SSAADD son y han sido una figura sobredimensionada, para lo bueno y para lo malo; y en el marco de una futura Ley reguladora del Deporte Profesional sería conveniente que exista una libertad de elección de la forma o vestidura del Club profesional, centrando las garantías en normas y procedimientos de responsabilidad y de control económico-financiero, con independencia de su forma social o vestidura jurídica»*.
- iii) Y para finalizar, debemos examinar el tercer gran fracaso de las SSAADD españolas, que es, a mi entender, el fracaso social y emocional. Es absolutamente cierto que los equipos representan a una importante masa social, y que la gran mayoría de ellos canaliza los sentimientos de una enorme afición, e incluso de buena parte de una ciudad, una provincia, o una gran

⁴ CAZORLA, Luis: «SAD y crisis financiera del deporte profesional: ¿Solución o problema?». *Post* publicado en su blog “El blog de Luis CAZORLA” el día 7 de noviembre de 2013.

comunidad de personas. Y en un análisis riguroso ello no puede desconocerse ni despreciarse. La «marca» de los equipos de fútbol con importante arraigo social sigue siendo muy valiosa, aunque la entidad esté en quiebra. No todo es mercantil en el deporte profesional, ni siquiera en el fútbol de elite, y ahí está, seguramente, el secreto de su éxito. Cuando cines, teatros y demás espectáculos han visto despoblados sus asientos por la crisis económica, los estadios españoles han mantenido un más que respetable aforo de público. Asumida esta situación, guste más o guste menos, hay que reconocer que la obligatoriedad de convertirse en SAD, impuesta por la Ley, ha facilitado el lamentable hecho de que puedan apropiarse del enorme legado histórico y social de algunas instituciones deportivas, casi centenarias, personajes poco ejemplares, que incluso han hecho dejación de sus responsabilidades sin que nada puedan hacer las autoridades para desalojarlos de su posición. Y ahí la normativa de las SSAADD ha constituido un obstáculo irrefrenable para que las cosas vuelvan a su cauce, ya que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de nuestra Constitución, nadie puede ser privado de sus bienes ni obligado a venderlos contra su voluntad, si no es por resolución judicial. Hay que reconocer que, en estos casos —alguno de ellos sangrante—, la masa social de los clubes de forma asociativa, en los que no existen acciones susceptibles de propiedad privada, hubiera solucionado estos temas por la vía rápida, poniendo a algunos personajes directamente de patitas en la calle.

En definitiva, y en mi opinión —compartida con muchos más ilustres comentaristas de estas materias—, las SSAADD han fracasado rotundamente en España como instrumento de control de una buena gestión deportiva y también social, y no por la forma elegida, común y habitual en la mayoría de los países de nuestro entorno, sino por la connivencia, diferencia de trato y «manga ancha» de las autoridades españolas con las instituciones deportivas más poderosas e influyentes.

La solución vendrá dada por un pleno y real sometimiento de todos los clubes a una nueva legislación mercantil, más flexible en la forma y contundente en el fondo, con excepciones frente a las normas generales aplicables a las demás empresas que se justifiquen exclusivamente en las especialidades de la competición (por ejemplo, en materia de ejercicio social, del manejo de los mencionados «activos esenciales» o en el ámbito concursal), pero no simplemente en el «valor social» o en la «influencia política» del fenómeno fútbol, que es, además, un elemento de alto riesgo discriminatorio entre las diferentes entidades que participan en una misma competición.

Nada más, les agradezco su infinita paciencia, y muchas gracias a los organizadores por su amable invitación, y a todos ustedes por su asistencia y atención.

*(Trabajo recibido el 13/04/2015
y aceptado para su publicación el 10/06/2015)*

LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN EN EL DECRETO 4/2014

VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS
Notario

RESUMEN

El Real Decreto-Ley 4/2014 modifica la regulación de los tipos y efectos de los acuerdos de refinanciación con el fin de favorecer la conservación de la empresa. Además de la flexibilización de los acuerdos de refinanciación colectivos, introduce *ex novo* los acuerdos singulares (con limitación de efectos) y refuerza la homologación judicial. Por otro lado se potencian los efectos de este tipo de acuerdos: desde la protección de la negociación a la paralización de garantías reales, pasando por la nueva regulación temporal del *fresh money* o la capitalización de la deuda.

Palabras-clave: derecho paraconcursal, acuerdos de refinanciación, homologación judicial, rescisión concursal, *fresh money*, capitalización de la deuda.

REFINANCING AGREEMENTS IN THE ROYAL DECREE 4/2014

VALERIO PÉREZ DE MADRID CARRERAS
Notary Public

ABSTRACT

Royal Decree Law 4/2014 amends the regulation of the types and effects of refinancing agreements in order to favour the conservation of the company. In addition to providing greater flexibility in collective refinancing agreements, it introduces *ex novo* one-off agreements (with some limitation on their effects) and strengthens judicial ratification. On the other hand, it boosts the effects of agreements of this kind: from the protection of negotiations to the paralysis of in rem guarantees, passing through the new time-based regulation of fresh money or the capitalization of the debt.

Keywords: bankruptcy-related law, refinancing agreements, judicial ratification, bankruptcy-related rescission, fresh money, capitalization of debt.

SUMARIO: I. EL REAL DECRETO-LEY 4/2014.—II. TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. 1. Los acuerdos colectivos del 71.bis.1 LC. 2. Los acuerdos singulares del 71.bis.2 LC. 3. Los acuerdos homologados judicialmente de la Disposición Adicional 4.^a—III. LOS «ESCUDOS PROTECTORES». 1. La protección del proceso negociador: el artículo 5.bis LC. 2. La paralización de ejecuciones de garantías reales y la reforma del artículo 56 LC. 3. La no rescindibilidad de los AR: artículo 71 bis y D. Ad. 4.^a 4. El privilegio del «*fresh money*»: D. Ad. 2.^a 5. Examen especial de la capitalización de la deuda.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL REAL DECRETO-LEY 4/2014, DE 7 DE MARZO, DE REFINANCIACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA EMPRESARIAL

1. El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial constituye un paso más en la regulación de un verdadero **Derecho preconcursal y paraconcursal** que trata de superar las rigideces e inconvenientes del procedimiento concursal. Recordemos el *iter legislativo*:
 - i) El RD-L 3/2009, de 27 de marzo, regula por primera vez los acuerdos de refinanciación (en adelante, AR), así como sus efectos o, en terminología del derecho italiano, sus «escudos protectores».
 - ii) La Ley 38/2011, de reforma concursal, por su parte, amplió estos AR a aquellos homologados judicialmente según la Disp. Ad. 4.^a LC, lo que permitió la paralización de ejecuciones y la extensión de sus efectos a acreedores disidentes.
 - iii) La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores flexibilizó los requisitos de estos AR y como novedad introdujo un procedimiento desjudicializado: el acuerdo extrajudicial de pagos.
 - iv) La convalidación de esta norma se ha producido por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de financiación y reestructuración de deuda empresarial.
 - v) Y, finalmente, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modifica los apartados 1 y 2 de la Disposi-

ción Adicional Cuarta LC, relativa a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

2. Conviene analizar ahora el «por qué» de esta nueva reforma y en particular cuáles son los **principios que informan el RD-L 4/2014**. A mi juicio, son los siguientes:
 - i) **Reconocimiento de la autonomía de la voluntad.** Todo el derecho preconcursal no es más que el reconocimiento del juego de la autonomía de la voluntad en la fase anterior a la declaración del concurso. Por eso, el RD-L 4/2014 permite al deudor «optar» entre distintos tipos de AR que, a su vez y en función de su contenido y las mayorías concurrentes, producen distintos efectos. Se consigue así un sistema muy flexible, capaz de adaptarse a las distintas necesidades de las empresas en crisis.
 - ii) **Conservación de la empresa.** La Exposición de Motivos es clara: si queremos empresas viables, que generen riqueza y puestos de trabajo, es necesario adoptar medidas destinadas a reestructurar la *deuda financiera* de empresas viables operativamente. Y esta conservación tiene su proyección normativa: por ejemplo, en limitar la paralización de las ejecuciones a los bienes *necesarios* para la continuidad de la actividad empresarial; o proteger sólo aquellos AR que respondan a un *plan de viabilidad* que permita la continuidad de la actividad empresarial a corto y medio plazo.
 - iii) **Protección del acreedor profesional.** En fin, no podemos ignorar que la reforma busca *incentivar* a los acreedores profesionales (incluidos los temidos «fondos buitres») para que contribuyan al «desapalancamiento» de las empresas en crisis ... basta aquí recordar la regulación del privilegio del *fresh money* o de la capitalización de la deuda.
3. En cuanto a la estructura de mi exposición, comenzaré con el análisis de los distintos tipos de AR y sus requisitos y efectos «generales»; para luego centrarme en el análisis de los efectos particulares o «escudos protectores».

II. TIPOLOGÍA DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

1. Los acuerdos *colectivos* del 71.bis.1 LC

El primer tipo de AR es el acuerdo que hemos denominado «colectivos», regulados en el artículo 71.bis.1 LC (antes, en el 71.6) y que son acuerdos cele-

brados entre el deudor y un conjunto de acreedores significativo dentro de un procedimiento colectivo de negociación. Veamos cuáles son sus requisitos y efectos:

- i) Desde el punto de vista **subjetivo**, este AR exige que «haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos **3/5 del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo**», con una norma especial para el cómputo del acuerdo en caso de grupos de sociedades.
- ii) Desde el punto de vista **objetivo**, hay que diferenciar el contenido del acuerdo y la específica condición para su protección.

En cuanto al contenido, la norma se refiere a los AR y a «los negocios, actos y pagos, **cualquiera que sea su naturaleza** y la forma en que se hubiesen realizado y las garantías constituidas en ejecución de los mismos». La novedad se encuentra en la expresión «de cualquier naturaleza», con la finalidad de englobar actos adicionales a los propios de la refinanciación, como «las cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de las deudas», como aclara la Exposición de Motivos.

De todos modos, decíamos que el acto está sometido a una *conditio iuris*: que se trate de un acto conservativo de la empresa, pues es preciso que produzcan «una **ampliación significativa del crédito disponible o la modificación o extinción** de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad empresarial o profesional en el corto y medio plazo». La novedad se encuentra en la expresión «extinción», que sólo aclara el alcance de la norma, que como se observa es muy flexible y ofrece a la empresa en crisis distintas herramientas para mejorar su situación patrimonial.

- iii) Desde el punto de vista **formal**, son dos los requisitos exigidos: por un lado, la novedosa «**certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo**», en sustitución del informe del experto independiente. La razón del cambio no está sólo en el elevado coste del informe, sino en su utilidad, dadas las numerosas «salvedades» que se observan en la práctica. Y además la supresión ha producido alguna que otra *disfunción*: por ejemplo, con arreglo a la redacción original, el experto comprobaba el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, lo que constituía un elemento de control que justificaba la protección a los acreedores, cuestión que ha desaparecido con la nueva redacción.

No obstante, conviene recordar que el *informe del experto independiente* será aconsejable para evitar la rescisión y para el fomento de la capitalización de la deuda. En efecto, el apartado 4 dice que tanto el deudor como los acreedores «podrán solicitar» el nombramiento de experto independiente «para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías, conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como a las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable».

Por otro lado, es preciso que «el acuerdo haya sido formalizado en *instrumento público* al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores». Decisivo es, pues, el instrumento público, entre otras cosas, para la determinación de la fecha y la exención de la rescisoria concursal. Instrumento público que merece los siguientes comentarios:

- a) Ante el silencio del legislador y por aplicación de la legislación notarial, debe ser una *escritura pública* y no una póliza, pues no entran dentro del tráfico «habitual y ordinario» de los contratantes.
- b) Lo que se formaliza es el AR, pero no los distintos actos, negocios o pactos «en ejecución» del acuerdo, que están sometidos a su ley documental específica.
- c) En cuanto al contenido de la escritura, parece que estamos ante una elevación a público del AR por la referencia a «documentos» del precepto. Y en todo caso deberá unirse, en original o por testimonio, la certificación del auditor y, en su caso, el informe del experto independiente en caso de que sea aportado por las partes con carácter voluntario.

En cuanto a sus **efectos**, el AR colectivo es un simple contrato entre las partes intervinientes, con lo cual juega plenamente el principio de relatividad del artículo 1.257 CC y no se extienden o propagan sus efectos a acreedores disidentes. Para eso será preciso que el AR reúna los requisitos para la homologación judicial posterior.

2. Los acuerdos *singulares* del 71.bis.2 LC

La segunda clase de AR y verdadera novedad en el RD-L 4/2014 son los acuerdos singulares del 71.bis.2 LC. La Exposición de Motivos los describe como «*puertos seguros que permiten la negociación directa del deudor con uno o más acreedores, siempre que signifiquen simultáneamente una mejora clara de la situación patrimonial del deudor*». Veamos sus elementos:

- i) Desde el punto de vista **subjetivo**, la LC sólo habla de «intervinientes», es decir, que es un acuerdo que se celebra directamente por el deudor con uno o varios acreedores, pero sin que exista un procedimiento organizado o colectivo de negociación. A diferencia de los AR colectivos, no exige una mayoría del pasivo.
- ii) Desde el punto de vista **objetivo**, la norma es muy rigurosa, pues exige el cumplimiento de *todas* las condiciones previstas en la norma, que son de carácter contable, financiero y formal.

Desde el punto de vista **contable** se requiere:

1. *«Que incrementen la proporción del activo sobre el pasivo previa.»*
2. *«Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.»*

Aclara el precepto que para verificar estas dos primeras condiciones *«se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan respecto de acreedores no intervinientes»*.

Por tanto, desde el punto de vista contable, se exige un incremento del patrimonio neto, así como una mejora del fondo de maniobra, lo que permite a la empresa tener la liquidez necesaria para hacer frente a la deuda refinanciada.

Desde el punto de vista **financiero**:

3. *«Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los 9/10 del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre la deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo.»*
4. *«Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del AR a favor de los acreedores intervinientes no exceda en más de 1/3 al aplicable a la deuda previa.»*

En relación con estos dos requisitos, se parte del hecho de que todo AR supone una renegociación perjudicial para el deudor, con incremento de tipos y ampliación de las garantías existentes. Lo que el RD-L exige es que ese sacrificio no sea de tal naturaleza que agote la capacidad financiera del deudor.

iii) Desde el punto de vista **formal**, el punto 5 exige «*que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores*». Dos son las cuestiones que suscita este apartado:

- a) Por un lado, que las condiciones tienen que cumplirse «en el momento de formalización en escritura del AR» y no en la fecha del acuerdo, a diferencia del supuesto del 71.bis.1.
- b) Y que hay que indicar las «razones» que motivan el AR adoptado, lo que sustituye al plan de viabilidad del 71.bis.1, pero tiene, en el fondo, la misma finalidad: que la escritura contenga los elementos que permitan «verificar» el carácter conservativo del acto a efectos de su protección.

En cuanto a sus **efectos**, el AR singular es un simple contrato entre las partes intervinientes, con lo cual juega plenamente el principio de relatividad del artículo 1257 CC y no se extienden o propagan sus efectos a acreedores disidentes. La diferencia con el AR colectivo es que el singular no cumple los requisitos objetivos y formales del 71.bis.1 y, por tanto, no es susceptible en ningún caso de homologación judicial.

3. Los acuerdos «*homologados judicialmente*» de la Disposición Adicional 4.^a

Por último, la Disposición Adicional 4.^a LC regula la homologación judicial de los AR. Veamos cuáles son sus elementos:

- i) Desde el punto de vista **subjetivo**, quizá lo más importante es diferenciar entre las diversas mayorías exigidas para la aprobación de estos AR y los tipos de acreedores «afectados» por la homologación.

En cuanto a las mayorías, recordemos que no hace mucho tiempo la ley de emprendedores había fijado el umbral en el 55 por 100. Ahora, en cambio, se diferencia entre: la mayoría *mínima* del 51 por 100 de los acreedores de pasivos financieros; y las mayorías cualificadas para la extensión de efectos a los disidentes del 60 por 100 (apartado 3.a) o del 75 por 100 (apartado 3.b).

En cuanto a los tipos de acreedores, hay novedades de interés:

- a) En primer lugar, que la norma se refiere a «**acreedores de pasivos financieros**», a diferencia de la regulación original, que se refería a

«*entidades financieras*». Los acreedores de pasivos financieros son, según la norma, «*los titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén sometidos o no a supervisión bancaria*». Se produce así una ampliación del perímetro subjetivo para incluir a todos los acreedores financieros profesionales, como prestamistas no bancarios, bonistas o todo tipo de fondos (*credit funds, distressed funds, hedge funds*).

- b) En segundo lugar, hay **exclusiones**: i) no se computan para las mayorías los pasivos financieros titularidad de acreedores de personas especialmente relacionadas con el concurso, que, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación judicial; ii) se excluyen los acreedores por créditos laborales, por operaciones comerciales y los de derecho público, si bien los dos primeros podrán adherirse voluntariamente al AR homologado.
- c) En tercer lugar, hay una regla especial para **préstamos sindicados**, pues se exige el voto de al menos 75 por 100 del pasivo del préstamo, salvo que el acuerdo de sindicación contemple una mayoría inferior (*a sensu contrario*, si el sindicato exige unanimidad o una mayoría superior, basta el 75 por 100).
- d) Pero la principal novedad es el tratamiento de los acreedores con garantía real, porque la norma diferencia en función del valor de ésta. Para calcular el **valor de la garantía real** de cada acreedor se deducirá, de los 9/10 del valor razonable del bien sobre el que esté constituida la garantía, «*las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente ni al valor de la responsabilidad hipotecaria máxima o pignoraticia que se hubiese pactado*». Por tanto, puede haber acreedores con garantía real plenamente protegidos (por ejemplo, titulares de primera hipoteca) y acreedores cuya garantía real sea débil porque las cargas preferentes ya han agotado o consumido todo o parte del valor de la garantía real.

Se entiende por valor razonable: para valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario, el precio medio ponderado del último trimestre según certificación emitida por el órgano rector; para inmuebles, el resultante del informe emitido por sociedad de tasación; y para otros bienes, el resultante de informe emitido por experto independiente. No obstante, no es necesario informe de sociedad tasadora o de experto si existe un previo informe de experto, de un plazo no superior a seis meses, que contenga ya la valoración razonable del bien.

- ii) Desde el punto de vista **objetivo**, la norma se remite al AR colectivo, si bien luego aclara algunos actos o negocios en que se puede concretar este AR: esperas; quitas; conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora; conversión de deuda en préstamos participativos, o cesión de bienes o derechos en pago de la totalidad o parte de la deuda.
- iii) Desde el punto de vista **formal**, la Disp. Ad. 4.^a se remite al 71.bis y, por tanto, exige certificación del auditor (informe de experto voluntario) y escritura pública. La especialidad está en la **homologación judicial**, que corresponde al juez de lo mercantil que en su caso fuera competente para declarar el concurso. El juez, examinada la solicitud, dictará providencia, admitiéndola a trámite, y en el plazo máximo de quince días dictará resolución homologando el AR *siempre que el acuerdo reúna los requisitos y las mayorías previstas*.

Como se observa, la novedad está en la simplificación de la homologación judicial, que se limita al *juicio de legalidad* de verificar el cumplimiento de los requisitos legales, pero no hay *juicio de oportunidad* sobre el sacrificio desproporcionado que suponga éste para los acreedores disidentes, cuestión que debe ventilarse en una eventual impugnación del acuerdo por los acreedores legitimados.

En cuanto a sus efectos, la homologación judicial permite superar la relatividad del contrato y **extender sus efectos a otros acreedores**. A estos efectos, la Disp. Ad. 4.^a contempla dos categorías de acreedores disidentes:

- i) Por un lado, los del **apartado 3**: *«los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el AR o que hayan mostrado disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real»*. En relación con éstos:
 - a) Si el acuerdo ha sido suscrito **por acreedores que representen al menos el 60 por 100 del pasivo financiero**, se extienden: i) las «esperas, ya de principal, ya de intereses, por un plazo no superior a cinco años», o ii) la conversión de deuda en préstamos participativos por cinco años.
 - b) Y si el acuerdo ha sido suscrito **por acreedores que representen al menos el 75 por 100 del pasivo financiero**, la extensión comprenderá:
 - 1. Las «esperas», con un plazo de cinco a diez años.
 - 2. Las «quitas».
 - 3. La capitalización de la deuda, mediante su conversión en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

4. La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco a diez años; o en obligaciones convertibles; o en préstamos subordinados; o en préstamos con intereses capitalizables; o en cualquier instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.
 5. La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.
- ii) Y por otro lado, los acreedores disidentes del **apartado 4** «*por la parte de su crédito que **NO** exceda del valor de la garantía real*». En este caso, la extensión de efectos requiere una mayoría cualificada en relación con el apartado 3, pues pasa del 60 al 65 por 100 y del 75 al 80 por 100, respectivamente.

III. LOS «ESCUDOS PROTECTORES»

Con ello pasamos al estudio de los efectos de los AR, también denominados por la doctrina «escudos protectores» frente a una eventual declaración de concurso posterior. Como ya hemos explicado antes, los escudos que estudiaremos no se producen en todos los AR, sino que habrá que analizar caso por caso.

1. La protección del proceso negociador: el artículo 5.bis LC

1. *Ámbito de aplicación del artículo 5.bis LC.* El artículo 5 bis.1 LC dispone que: «*el deudor **podrá** poner en conocimiento del Juzgado competente para la declaración de concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71.bis.1 y en la Disp. Ad. 4.ª*». Dos son las notas relevantes del precepto: en primer lugar, su carácter voluntario («podrá»), lo que significa que en ausencia de comunicación no se producirán los efectos que a continuación estudiaremos; y en segundo lugar que, respecto del ámbito subjetivo, no afecta a todos los tipos de AR, pues excluye expresamente los AR «singulares» del 71.bis.2.
2. *La confidencialidad del proceso.* Una novedad relevante se encuentra en el apartado 3, que, no obstante establecer como regla general la publicidad de la comunicación, dispone en el último párrafo que: «*caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de las negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución*», sin que esta confidencialidad afecte a los efectos de la norma, con lo cual la confidencialidad, en la práctica, será lo habitual. Se

pretende así evitar el coste reputacional y el bloqueo de la financiación que la publicidad de la situación concursal supone para la empresa.

3. *Automatic stay y standstill.* El apartado 4 dispone que: «desde la presentación de la comunicación y hasta que se formalice el AR ... **no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor**» y que «**las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas**». También se paralizan las acciones reales. Por tanto, con esta norma se trata de evitar el riesgo de que la negociación de un AR pueda verse frustrada ante acreedores ventajistas que inician o continúan la ejecución sobre bienes integrantes del patrimonio del deudor.

A la misma finalidad responde el tercer párrafo del apartado 4, que eleva a rango legal el conocido en la práctica como pacto de *standstill*: «**tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disp. Ad. 4.ª, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por 100 de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación**».

2. La paralización de ejecuciones de garantías reales y la reforma del artículo 56 LC

Quizá sea ahora el momento de referirnos, al estudiar la paralización de la ejecución, a dos reformas complementarias que hace el RD-L 4/2014 en el artículo 56 LC: por un lado, la paralización de las ejecuciones de garantías reales sólo se producirán respecto de los bienes *necesarios* para la continuidad de la actividad empresarial del deudor, a diferencia de la redacción original que hablaba de «afectos».

Por otro lado, el segundo inciso contiene una norma de aclaración de ese carácter necesario, al excluir a «*las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones contractuales a las que, estando sujeta la referida sociedad, permitan al deudor mantener la explotación del activo*». Por tanto, con esta disposición se pretende facilitar la venta de «sociedades proyecto», es decir, que puedan subsistir al margen del grupo del deudor concursado por la viabilidad de esa «rama de actividad». Esto será especialmente útil en el mercado inmobiliario para la venta de filiales de sociedades inmobiliarias en concurso que tengan como activos proyectos inmobiliarios viables.

3. La no rescindibilidad de los AR: artículo 71bis y D. Ad. 4.^a

Otro escudo protector es la protección frente a la acción rescisoria concursal del artículo 71. La principal novedad del RD-L 4/2014 está en la equiparación, a efectos de la protección, entre los AR colectivos del 71.bis.1 y los «singulares» del 71.bis.2. Esta equiparación se hace partiendo de la consideración de que se produce en todo caso una mejora del patrimonio del deudor y, por tanto, no hay perjuicio para el resto de acreedores.

También es novedad el régimen de impugnabilidad de los AR, ya que el 72.2 LC establece dos reglas: i) la primera, que la legitimación para el ejercicio de la rescisoria y demás acciones de impugnación corresponde en exclusiva a la administración concursal, excluyéndose la legitimación subsidiaria de los acreedores; y ii) la segunda, que esta acción *«sólo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción la prueba de tal incumplimiento»*. De esta manera, el cumplimiento de los requisitos del AR opera como una especie de presunción *iuris et de iure*, ya que, cumplidos, no cabe la impugnación, ni probar que se produjo perjuicio para la masa.

4. El privilegio del «fresh money»: D. Ad. 2.^a

Otra de las cuestiones que se reforman, aunque de una manera discutible, es el llamado privilegio del *fresh money* introducido en la reforma de 2011. Éste, como sabemos, pretendía incentivar la financiación del deudor en crisis, y para eso el artículo 84.2.11 considera como crédito contra la masa *«el 50 por 100 de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación»*, y además no se aplicaba a los realizados por personas especialmente relacionadas con el deudor, lo que impedía en la práctica que el propio deudor capitalizara su empresa. Esta norma de protección «a medias» había sido muy criticada por la doctrina, que advertía además que constituía uno de los elementos más importantes para que las empresas en crisis se acogieran a otros ordenamientos jurídicos más flexibles, como los *«Schemes of Arrangement»* del derecho inglés (*forum shopping*).

Pues bien, la Disp. Ad. 2.^a del RD-L 4/2014 adopta una decisión sorprendente: la total protección temporal del *fresh money*. Pasados los dos años, se aplica el régimen ordinario: art. 84.2.11 (50 por 100 crédito contra la masa), 84.3 (facultad moderadora de la administración concursal); 91.6 (privilegio general 50 por 100) y 92.5 (subordinación del *fresh money* de los socios). La crítica es fácil: el problema no es temporal ni está ligado a la crisis económica actual, sino que es estructural y de fondo: es necesario incentivar la financiación de la empresa en crisis si no queremos que un problema de liquidez acabe provocando el concurso de la empresa.

Veamos ahora cómo es este **régimen temporal, que tiene efectos sólo hasta el 9 de marzo de 2016**.

1. *«Tendrán la consideración de créditos contra la masa los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un AR suscrito a partir de la entrada en vigor de este RD-L, en las condiciones previstas en el artículo 71.bis o en la Disp. Ad. 4.ª».* Por tanto, destacar tres notas: i) afecta el 100 por 100 del *fresh money*, frente al 50 por 100 general; ii) tiene que ser concedido en el marco de un AR, sin que se extienda a las financiaciones *ex novo*; y iii) incluye también la financiación concedida en un AR singular, ya que la ley no distingue entre los distintos supuestos del 71.bis LC.
2. *«Esta clasificación también se aplicará a los créditos concedidos en dichos AR por el propio deudor o personas especialmente relacionadas, que supongan nuevos ingresos de tesorería ... en ningún caso tendrán la consideración de créditos contra la masa los ingresos de tesorería realizados a través de una operación de aumento de capital social».* Por tanto, se facilita que el propio deudor pueda refinanciar la empresa.

5. Examen especial de la capitalización de la deuda

Pasamos ahora el estudio del siguiente escudo protector, que son las capitalizaciones de deuda, en virtud de las cuales los acreedores «convierten» deuda en capital por medio de una operación de aumento de capital por compensación de créditos. Esto contribuye a mejorar la estructura financiera de la empresa, al convertir deuda (pasivo exigible) en capital (fondos propios). Por tanto, uno de los objetivos fundamentales del RD-L 4/2014 es, como dice PULGAR, «introducir incentivos específicos para favorecer la capitalización de la deuda en el marco de un acuerdo homologado de refinanciación». Veamos cómo consigue esos objetivos.

1. Ante todo, y como vimos antes al analizar los efectos de los AR, en caso de homologación judicial si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por 100 del pasivo financiero, **se podrá extender a los acreedores disidentes «la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deuda»**. En este caso se concede una opción a los disidentes: i) como regla general, se les aplica una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir, en su caso, con la prima correspondiente; ii) pero pueden optar por verse afectados por la capitalización de su deuda en los términos del aumento.

2. En cuanto al **acuerdo de aumento de capital por compensación**, el RD-L introduce algunas notables desviaciones del régimen general:
 - 2.1. En primer lugar, en cuanto a las *mayorías* exigidas para la aprobación del acuerdo, que según la Disp. Ad. 4.^a son las ordinarias de los artículos 198 y 201.1 TRLSC y no, en cambio, la mayoría legal reforzada que prevé con carácter general el TRLSC para aumentos de capital social en limitadas (199) y anónimas (201.2).
 - 2.2. Por otro lado, una de las exigencias básicas del aumento por compensación es, según el artículo 301 TRLSC, que los créditos sean líquidos, vencidos y exigibles. Pues bien, la Disp. Ad. 4.^a introduce una ficción o excepción, al señalar que *«se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, vencidos y exigibles»*.
3. Como norma complementaria, la Disp. Final 8.^a, RD-L 4/2014, modifica la **normativa sobre OPAS** y exige de la obligación de formular OPA cuando la capitalización de la deuda lo sea de *«sociedades cotizadas cuya viabilidad financiera esté en peligro grave e inminente, aunque no estén en concurso, siempre que se trate de operaciones concebidas para garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad»*. Además, como norma de flexibilización procedimental, no exige autorización CNMV si la capitalización de la deuda es consecuencia directa de un AR homologado judicialmente y ha sido informado favorablemente por un experto independiente.
4. Otra norma interesante, complementaria a la operación de capitalización de deuda, es la **reforma del artículo 92.5 LC**, que dice ahora: *«los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un AR ... no tendrán la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo»*. De este modo, se incentiva que los socios contribuyan a la capitalización de la empresa en crisis, pues evita que el crédito se convierta en subordinado y de imposible cobro.
5. También es importante la **reforma del artículo 93.2.2 LC**, de modo que, salvo prueba en contrario, no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un AR por *«las obligaciones que asume el deudor en relación con el plan de viabilidad»*. Se trata de clarificar que las numerosas obligaciones que los financiadores imponen a los deudores, de acuerdo con el plan de viabilidad, no suponen el control de la sociedad por parte de los financiadores, sino sólo son pactos y

condiciones propios del AR. No obstante, estamos ante una presunción *iuris tantum*, de modo que es posible que el AR suponga la toma de control del deudor por parte del financiador (por ejemplo, si le faculta para nombrar a los consejeros de control), en cuyo caso sí tiene la condición de administrador de hecho a los efectos de la responsabilidad concursal.

6. Decisiva, por otra parte, es la **nueva presunción *iuris tantum* de concurso culpable del artículo 165.4 LC** y que constituye, como dice CABANAS, «una clara amenaza para los socios que impidan los acuerdos de capitalización». Ahora *«se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o en su caso sus representantes legales, administradores o liquidadores, se han negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un AR»*. Y ello siempre que se reconozca, en favor de los socios del deudor, un derecho de adquisición preferente sobre los valores o instrumentos emitidos o derivados de la capitalización. La norma suscita los siguientes comentarios:

- i) Parece una clara interferencia en la soberanía de los socios para adoptar el acuerdo de capitalización, porque éste puede llegar a tener que asumir la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas insatisfechas en el concurso.
- ii) Extraña resulta la previsión de que se reconozca a los socios un derecho de adquisición preferente, pues, por definición, en los aumentos de capital por compensación de créditos no hay derecho de asunción/suscripción preferente. De este modo, parece que deben ser los estatutos o una decisión «voluntaria» de la Junta general de la sociedad deudora, en el marco de un AR, la que reconozca este derecho.
- iii) En fin, la imputación a los representantes legales, cuando el acuerdo tiene que ser adoptado por los socios, se puede evitar si los administradores *«han recomendado la capitalización basada en una causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios»*.

7. Incentivos fiscales y contables

- i) El primer incentivo, que podíamos calificar de «**contable**», se encuentra en la **Disp. Ad. 1.^a RD-L 4/2014**, que habilita al Banco de España para *«la clasificación como riesgo NORMAL de las operaciones reestructuradas como consecuencia de un AR»*. Se pasa así de la calificación de

riesgo «subestándar» a riesgo «normal», con la consecuencia de que la entidad financiera pueda liberar las provisiones existentes, que podían llegar a suponer el 100 por 100 del crédito impagado. Se supone, obviamente, que no todo AR supondrá la mejora de la calificación, sino sólo aquellos que superen los criterios objetivos del Banco de España.

- ii) A los incentivos «**fiscales indirectos**» se refiere la **Disp. Final 2.^a RD-L 2/2014**, al regular cómo debe tributar el aumento por compensación en el Impuesto de Sociedades. Según la redacción dada por Ley 9/2015, de 25 de mayo, las operaciones de aumento de capital por compensación de créditos se valorarán fiscalmente por el importe de dicho aumento desde el punto de vista mercantil, con independencia de cuál sea la valoración contable. En síntesis, se trata de evitar el ingreso fiscal que producía la normativa general y aplicar una pauta de neutralidad fiscal al AR, pues se reconoce que no se produce un ingreso real del deudor.
- iii) Por último, la **Disp. Ad. 3.^a** introduce una exención en el **ITP y AJD**, al señalar que *«las escrituras que contengan quitas o minoraciones de las cuantías de préstamos, créditos u otras obligaciones del deudor que se incluyan en los AR o AEP establecidos en la LC, siempre que, en todos los casos, el sujeto pasivo sea el deudor»*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA, F. y BENJUMEA, A.: «Filialización de proyectos inmobiliarios viables: aspectos societarios y concursales», en *Revista Jurídica del Notariado*, 77, pp. 15 y ss.
- CABANAS TREJO, R.: «Una nueva reforma del marco preconcursal», en *El notario del siglo XXI*, 54, pp. 22 y ss.
- CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la ley concursal*, Madrid 2008.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «Comentario a la Disposición Adicional Cuarta», en VVAA, *Tratado de Derecho Concursal*, tomo IV, Cizur Menor, 2009.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: «Los acuerdos de refinanciación y reestructuración empresarial», en VVAA, *La reforma concursal*, Madrid, Civitas, 2011.
- PULGAR EZQUERRA, J.: *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación*, Madrid, 2012.
- «Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal», en *La Ley*, 8271, 14 de marzo de 2014.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *El convenio anticipado*, Madrid, 2004.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario a la Disposición Adicional Cuarta», en VVAA, *Comentarios a la Ley Concursal*, Cizur Menor, 2010.

*(Trabajo recibido el 19/05/2015
y aceptado para su publicación el 10/06/2015)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

ADAPTACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES AL DERECHO COMUNITARIO EN EL ÁMBITO DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS DIVIDENDOS EXTRANJEROS: OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS A LA ADMINISTRACIÓN

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

Abogado

Profesor asociado de la Universidad «Antonio de Nebrija»

RESUMEN

La normativa del Impuesto sobre Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre del 2014 permitía aplicar, en sede del accionista persona jurídica, una deducción por doble imposición interna de dividendos de la mitad de la cuota del Impuesto que correspondía a dichos dividendos, siempre que la sociedad distribuidora del dividendo fuera residente en España y la participación en la misma de la sociedad perceptora fuera inferior al cinco por ciento; pero no regulaba ningún mecanismo para eliminar la doble imposición respecto a los dividendos extranjeros en los que la participación, también, fuera inferior al cinco por ciento.

Debido a que esta diferencia suponía una restricción al principio de libre circulación de capitales, el contribuyente podría argumentar ante la Administración tributaria la aplicación de la citada deducción a los dividendos extranjeros, mediante la presentación de una solicitud de devolución de ingresos indebidos, con respecto a aquellos ejercicios no prescritos en los que estuvo vigente dicha normativa.

Ante esta situación, el legislador ha corregido, con efectos desde el pasado 1 de enero del 2015, el distinto tratamiento fiscal de los dividendos extranjeros en comparación con los nacionales en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades mediante la aplicación de un mecanismo de corrección de la doble imposición en términos similares para ambos tipos de dividendos.

Palabras clave: Impuesto sobre sociedades, dividendo, ingreso indebido, libre circulación de capitales, discriminación y doble imposición.

**ADAPTATION OF CORPORATE INCOME TAX TO COMMUNITY
LAW IN THE AREA OF TAXATION OF FOREIGN DIVIDENDS:
OPPORTUNITY TO REQUEST REFUNDS OF IMPROPER PAYMENTS
TO THE ADMINISTRATION**

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

Lawyer

Associate Professor at the Antonio de Nebrija University

ABSTRACT

According with Corporate Income Tax Legislation that was into force until 31st December 2014, a shareholder corporation that received dividends from another corporation was entitled to deduct an amount equal to half of the taxes that correspond to such dividends, provided that the distributing company was resident in Spain and that the participation of the corporation receiving the dividend on the distributing company was less than five percent, but did not regulate any mechanism to eliminate double taxation regarding foreign dividends, when, participation was also less than five percent.

Due that this different tax treatment means a restriction on the movement of capital, taxpayers could argue before Spanish tax authorities that such deduction could also be applicable to foreign dividends, by submitting a request for recovery of sums paid on none prescribed periods, in which such legislation was in force.

However, new Corporate Income Tax Law, that entered into force on the 1st of January 2015, has amended tax treatment of foreign dividends compared with nationals, by implementing a mechanism that corrects double taxation on dividends on similar terms for both types of dividends.

Keywords: Corporate tax, Spain, dividend, tax claim, tax request, free movement of capital, discrimination and double taxation.

SUMARIO: I. DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA EN DIVIDENDOS. 1. Definición. 2. Tipo de doble imposición económica: interna o internacional. 3. Mecanismos para eliminar la doble imposición económica.—II. RÉGIMEN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2014. 1. Eliminación de la doble imposición económica en la norma del Impuesto sobre Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre de 2014. 2. Restricción a la libre circulación de capitales en el Impuesto sobre Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre de 2014. 3. Denuncia de la Comisión Europea. 4. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 5. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.—III. NUEVA REGULACIÓN DESDE EL 1 DE ENERO DE 2015 DE LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA.—IV. SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS EN RELACIÓN CON LA NORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2014.

I. DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA EN DIVIDENDOS

1. Definición

La doble imposición supone que una renta es objeto de gravamen más de una vez por el mismo o análogo concepto tributario. En el ámbito de los dividendos se da el supuesto de doble imposición económica en aquellos casos en los que una sociedad es gravada por la renta que genera y, también, es gravado el accionista por el dividendo que recibe que, a su vez, tiene su origen en aquella renta que ya tributó.

2. Tipo de doble imposición económica: interna o internacional

Esta situación de doble imposición económica puede ser interna en el caso de que tanto la entidad generadora de la renta como el accionista sean residentes en el mismo país o internacional si ambos residen en países diferentes. En este segundo supuesto, la sociedad es gravada por el Estado del que proceden las rentas o Estado de la fuente, en virtud del principio de territorialidad, y la sociedad perceptora del dividendo es gravada por el Estado de su residencia que, en aplicación del principio de residencia, puede someter a tributación todas las rentas obtenidas por dicho perceptor residente, cualquiera que sea su origen, nacional o extranjero.

3. Mecanismos para eliminar la doble imposición económica

Los métodos que nuestra legislación ha contemplado para eliminar, en sede del accionista, esta doble imposición son el de crédito fiscal y el de exención.

El método de crédito fiscal conlleva que la renta derivada de la percepción de un dividendo se integra en la base imponible, deduciéndose total o parcialmente de la cuota tributaria el impuesto satisfecho por la sociedad que generó la renta y con cargo a ella repartió el dividendo. Dicha deducción tiene como límite el importe del impuesto que dichas rentas deben satisfacer en sede del accionista.

En cambio, el método de exención supone que la renta únicamente es gravada en la sociedad generadora de la renta, pero no en el accionista perceptor del dividendo.

II. RÉGIMEN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2014

1. Eliminación de la doble imposición económica en la norma del Impuesto sobre Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre de 2014

El texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLIS), que estuvo vigente hasta el pasado 31 de diciembre de 2014, contemplaba la eliminación de la doble imposición económica de los dividendos internos (es decir, los dividendos que una sociedad con residencia en España repartía a otra sociedad con residencia también en España) mediante un sistema de crédito fiscal, en el que la deducción podía ser total o parcial. La deducción era de la totalidad del impuesto que correspondía a dichos dividendos, siempre que, con carácter general, la participación, directa o indirecta, de la sociedad accionista en la sociedad que distribuía el beneficio fuera igual o superior al cinco por ciento y dicho porcentaje se hubiera tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el dividendo o, en su defecto, se mantuviera durante el tiempo que fuera necesario para completar el año y, en el supuesto de que no se cumplieran estos requisitos, la deducción sería parcial del 50 por 100 de la cuota íntegra que correspondía a dichos dividendos. Este mecanismo de deducción total y parcial se regulaba de la siguiente manera en los apartados 1 y 2 del artículo 30 del derogado TRLIS:

«Artículo 30. Deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna.

1. Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España se deducirá el 50 por ciento de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios.

La base imponible derivada de los dividendos o participaciones en beneficios será el importe íntegro de éstos.

2. *La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100 por ciento cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al cinco por ciento, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. La deducción también será del 100 por ciento respecto de la participación en beneficios procedentes de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones.»*

En cambio, respecto a la eliminación de la doble imposición económica internacional, la norma española contemplaba la aplicación de los mecanismos de exención y de deducción.

De esta manera, el artículo 21 del derogado TRLIS regulaba un mecanismo de exención que suponía que no se gravaban aquellos dividendos que tuvieran su origen en un país tercero, siempre que, entre otros requisitos, la sociedad perceptora del dividendo tuviera un porcentaje de participación, directo o indirecto, en el capital de la entidad distribuidora del dividendo de, al menos, el 5 por 100. Por tanto, si la participación era inferior, en ningún caso cabía la posibilidad de eliminar la doble imposición económica mediante este mecanismo de exención. A continuación transcribo el derogado artículo 21:

«Artículo 21. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

1. *Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del cinco por ciento.*

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades.

b) *Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa.*

(...)

c) *Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.*

(...).»

Ahora bien, en el caso de que el contribuyente no pudiera aplicar tal mecanismo de exención por no cumplir las condiciones descritas o, simplemente, no quisiera aplicarlo, podía acudir al mecanismo de deducción total para evitar la doble imposición internacional, cuyo requisito fundamental era que la participación en la sociedad que distribuía el dividendo fuera de, al menos, el 5 por 100 y se hubiera poseído durante el año anterior al día en el que fuera exigible el dividendo o, en su defecto, se mantuviera durante el tiempo que fuera necesario para completar el año. Esta deducción se encontraba en el artículo 32 del derogado TRLIS, siendo la redacción de sus apartados 1, 2, 3 y 4 la siguiente:

«Artículo 32. Deducción para evitar la doble imposición internacional: dividendos y participaciones en beneficios.

1. Cuando en la base imponible se computen dividendos o participaciones en los beneficios pagados por una entidad no residente en territorio español, se deducirá el impuesto efectivamente pagado por esta última respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos, en la cuantía correspondiente de tales dividendos, siempre que dicha cuantía se incluya en la base imponible del sujeto pasivo.

Para la aplicación de esta deducción será necesario que la participación directa o indirecta en el capital de la entidad no residente sea, al menos, del cinco por ciento, y que aquélla se hubiera poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

En caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social, entendiéndose aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

2. Tendrá también la consideración de impuesto efectivamente pagado el impuesto satisfecho por las entidades participadas directamente por la sociedad

que distribuye el dividendo y por las que, a su vez, estén participadas directamente por aquellas, y así sucesivamente, en la parte imputable a los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos siempre que dichas participaciones no sean inferiores al cinco por ciento y cumplan el requisito a que se refiere el apartado anterior en lo concerniente al tiempo de tenencia de la participación.

3. *Esta deducción, juntamente con la establecida en el artículo anterior respecto de los dividendos o participaciones en los beneficios, no podrá exceder de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por estas rentas si se hubieren obtenido en territorio español.*

El exceso sobre dicho límite no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible.

4. *Las cantidades no deducidas por insuficiencia de cuota íntegra podrán deducirse en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.»*

Mi conclusión, tras estudiar estos mecanismos de eliminación de la doble imposición económica, es que en aquellos casos en los que la participación de la entidad receptora de dividendos en la sociedad no residente distribuidora era inferior al 5 por 100 existía una clara situación de discriminación con respecto a la tributación del dividendo de fuente extranjera, porque en esta situación la sociedad receptora no podía acceder a la corrección de la doble imposición económica ni mediante el mecanismo de crédito fiscal, ni mediante el de exención, mientras que si la sociedad que percibía el dividendo lo hacía de otra sociedad residente en España en la que tenía una participación inferior al 5 por 100 del capital podía aplicar una deducción de la mitad del impuesto que hubiera satisfecho la sociedad que generó y distribuyó la renta.

2. Restricción a la libre circulación de capitales en el Impuesto sobre Sociedades vigente hasta el 31 de diciembre de 2014

Este tratamiento fiscal diferente y discriminatorio generó, desde mi punto de vista, una situación contraria a los principios comunitarios por constituir una restricción a la libre circulación de capitales de inversores, prohibida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

A este respecto, aclaro que la percepción de dividendos por parte de una sociedad residente en España con origen en otra sociedad no residente en la que tiene un porcentaje de participación inferior al 5 por 100 del capital constituyen una manifestación de la libre circulación de capitales y no de la libertad de establecimiento, porque en aquellas situaciones en las que la participación accionarial

no proporciona una situación de influencia real sólo es aplicable la libre circulación de capitales, de acuerdo con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 12 de diciembre del 2006, Asunto *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04) y de 10 de febrero del 2011, Asunto *Haribo-Salinen* (acumulados, C-436/08 y C-437/08).

Y, en este sentido, también es importante destacar que el artículo 63 del TFUE establece que las restricciones a los movimientos de capitales son aplicables tanto entre Estados miembros como entre Estados miembros y terceros países. De hecho, el TJUE en las sentencias citadas en el párrafo anterior afirma que la normativa de un Estado miembro vulnera la libre circulación de capitales cuando la eliminación de la doble imposición económica sólo es aplicable a los dividendos nacionales, pero no a los procedentes de países terceros.

3. Denuncia de la Comisión Europea

La Comisión Europea emitió en junio del año 2013 un dictamen motivado en relación con la infracción número 2010/4.111, relativa al tratamiento fiscal de los dividendos en el Impuesto sobre Sociedades español, con el objetivo de equiparar el tratamiento fiscal en el Impuesto sobre Sociedades de las rentas derivadas en participaciones en entidades residentes con las de no residentes porque la eliminación de la doble imposición de dividendos en España era más rigurosa para los dividendos internacionales que para los de fuente interna.

Ante la falta de subsanación de esta situación por parte del gobierno español, la Comisión Europea acabó por denunciar en noviembre de 2014 a España ante el TJUE por discriminar fiscalmente las inversiones en sociedades no residentes, sin que hasta la fecha éste se haya pronunciado al respecto.

4. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE se ha manifestado en diversas sentencias previas al citado dictamen motivado de la Comisión Europea sobre la restricción que causa a la libre circulación de capitales la diferencia entre el trato fiscal a los dividendos de fuente interna frente y los transnacionales.

El punto de partida de esta jurisprudencia del TJUE fue la sentencia de 6 de junio del 2000 en el asunto *Verkooyen* (C-35/98, Rec. 2000 I-4071) en la que tuvo que contestar al Hoge Raad (Tribunal Supremo) neerlandés una cuestión prejudicial que planteó sobre si la norma fiscal nacional que declaraba parcialmente exentos en el IRPF de los contribuyentes residentes en Países Bajos los dividendos percibidos de entidades establecidas, también, en los Países Bajos, pero

excluía del ámbito de tal exención los dividendos percibidos de sociedades establecidas en otros Estados miembros, era restrictiva o no del principio comunitario de libre circulación de capitales.

En la citada sentencia, el TJUE consideró que la norma neerlandesa constituía una restricción fiscal a la libre circulación de capitales porque, por un lado, disuadía a los nacionales y residentes de los Países Bajos de invertir en entidades establecidas en otros Estados y, por otro lado, obstaculizaba la obtención de capitales en los Países Bajos a entidades nacionales y residentes en otros Estados miembros.

Después del asunto Verkooyen se planteó nuevamente al TJUE en el asunto Schmid (C-516/99) la compatibilidad con la libre circulación de capitales del sistema austriaco de gravamen de los dividendos extranjeros en relación con la tributación de los dividendos nacionales, pero en esta ocasión el TJUE no se pronunció porque el órgano austriaco que planteó la cuestión prejudicial no fue considerado órgano jurisdiccional competente para plantear cuestiones. No obstante, la opinión del abogado general Tiziano hacía prever que el sistema de gravamen austriaco de dividendos de fuente extranjera vulneraba la libre circulación de capitales.

Y, así fue, el TJUE tuvo la ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad del Derecho comunitario del sistema fiscal austriaco en su sentencia de 15 de julio del 2004 que corresponde al asunto Lenz (C-315/02), en la que concluyó que una norma fiscal del IRPF que permitía al contribuyente elegir entre un impuesto liberatorio a un tipo del 25 por 100 y el impuesto sobre las renta con aplicación de un tipo reducido a la mitad, siempre que se tratara de dividendos de origen austriaco, mientras que quedaban sujetos al tipo de gravamen ordinario, sin reducción alguna, los dividendos procedentes de otros Estados miembros provocaba una restricción a la libre circulación de capitales porque disuadía a los particulares de invertir en sociedades de otros Estados miembros y creaba una restricción a las sociedades de otros Estados miembros para captar capitales austriacos.

Con posterioridad al asunto Schmid, el TJUE se volvió a pronunciar en su sentencia el 7 de septiembre del 2004 en el asunto Manninen (C-319/02), en la que determinó que la normativa finlandesa que regulaba la eliminación de la doble imposición económica vulneraba el principio de libre circulación de capitales porque concedía un crédito fiscal a las personas físicas residentes en Finlandia por los dividendos que percibían de sociedades anónimas que no era aplicable cuando estas últimas no se encontraban establecidas en dicho Estado.

Y, nuevamente, el TJUE dictó otra sentencia con fecha 10 de febrero del 2011 en el asunto Haribo-Salinen (acumulados, C-436/08 y C-437/08) en la que se oponía a una norma austriaca que, con objeto de prevenir la doble imposición

económica, exoneraba del impuesto sobre sociedades los dividendos de cartera percibidos por una sociedad residente y distribuidos por otra sociedad residente, y no preveía ni la exención de los dividendos distribuidos por una sociedad en un tercer Estado ni un sistema de crédito fiscal que permitiera deducir el impuesto pagado por la sociedad que lo distribuía en su Estado de residencia por constituir una restricción a los movimientos de capitales.

Sin embargo, todas estas sentencias señalaron que, de acuerdo con el Derecho comunitario, puede admitirse que las normas nacionales restrinjan o hagan menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, siempre que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones de interés general, pero en ninguna de las sentencias citadas se admitió que concurrieran ninguna de estas circunstancias.

En definitiva, la consecuencia de estas cuatro sentencias es que en el caso de que exista una eliminación de la doble imposición económica en relación con los dividendos internos, también debe eliminarse la doble imposición económica con respecto a los dividendos procedentes de sociedades de otros Estados porque, de lo contrario, se estaría vulnerando la libre circulación de capitales.

A este respecto, aclaro que el Derecho comunitario no impone al legislador español que opte por alguno de los mecanismos de eliminación de la doble imposición económica e, incluso, permite que no opte por ninguno de ellos. Ahora bien, si la eliminación de la doble imposición económica se produce en España mediante algún mecanismo, no cabe efectuar discriminación entre dividendos internos y aquellos que tienen su origen en una sociedad de otro país.

5. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

La doctrina elaborada por el TJUE ha sido claramente asumida por nuestro Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en su sentencia de 22 de octubre del 2008 (Rec. 715/06) determinó en los siguiente términos que el tratamiento fiscal que la norma del IRPF daba a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español, en comparación con el concedido a los dividendos con origen en entidades residentes, era restrictivo del principio de libre circulación de capitales.

«En la imposición de dividendos percibidos por personas físicas, la legislación evita o reduce la doble imposición económica que resulta de gravar los mismos ingresos a la vez con la imposición sobre las sociedades y la que recae sobre la renta de las personas físicas; sin embargo, en este punto la normativa del IRPF ha concedido un tratamiento fiscal diferente según se trate de dividendos

procedentes de entidades residentes o no residentes, lo que constituye una potencial restricción de las inversiones transfronterizas que puede provocar una vulneración de la libre circulación de capitales a que se refiere el artículo 56 del Tratado de las Comunidades Europeas.

(...)

CUARTO.—El Derecho comunitario europeo constituye un límite para el Derecho tributario. De un lado, a través de las libertades fundamentales (de circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales), destacando en este orden de consideraciones las cláusulas del Tratado que prohíben a los Estados discriminar por razón de nacionalidad, en la medida en que la discriminación puede traer causa de diferencias impositivas, o puede derivar de la existencia de incentivos y bonificaciones fiscales, en función de la residencia del sujeto pasivo —STJCE de 6 de septiembre de 2006, caso Azores—. De otro, a través de los principios comunitarios de construcción jurisprudencial que deben inspirar la actuación normativa, ejecutiva y judicial en materia tributaria.

Efectivamente, las normas de Derecho comunitario afectadas son disposiciones del Tratado vigentes y directamente aplicables. Concretamente, el artículo 56 CE, apartado 1, establece: «1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países». Dicho principio se conecta con el artículo 293 CE, conforme al cual, los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tratado en diversas ocasiones el régimen fiscal del Estado miembro cuestionado sobre los dividendos percibidos por personas físicas y su incidencia en la libre circulación de capitales. Destaca en este sentido la sentencia de 6 de junio de 2000, caso Verkooyen, en el que el Tribunal declara la vulneración del Tratado de la CE en el tratamiento fiscal que la legislación holandesa otorga a los dividendos percibidos por sociedades residentes procedentes de una fuente interna, que gozan de una exención, frente a los dividendos que tiene su origen en sociedades con residencia fiscal en otros Estados miembros. Dicha sentencia considera que subordinar la concesión de un beneficio fiscal en el impuesto sobre la renta de las personas físicas a aquellos accionistas cuyos dividendos proceden de sociedades establecidas en su territorio, constituye una restricción a los movimientos de capitales contraria al Derecho comunitario, pues con esa exención se disuade en definitiva a los nacionales comunitarios que residen en territorio holandés de invertir en sociedades domiciliadas en otros Estado miembros.

En el mismo sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2004, caso Manninen, declara la infracción de la libre circulación de capitales en la deducción por doble imposición de dividendos que la normativa finlandesa prevé, exclusivamente, respecto a las entidades residentes en Finlandia.

En relación con el Estado español, de la STJCE de 9 de diciembre de 2004 podemos extraer como doctrina general que, un Estado incumple las obligaciones referidas en los artículos 49 CE y 56 CE, así como de los correspondientes artículo 36 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 3 de mayo de 1992, al haber mantenido en vigor, por lo que es menos favorable para las acciones cotizadas en mercados de valores comunitarios, que a las cotizadas en mercados regulados españoles.»

III. NUEVA REGULACIÓN DESDE EL 1 DE ENERO DE 2015 DE LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA

En este punto destaco que ha sido la nueva Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) que entró en vigor el pasado 1 de enero del 2015 y derogó el TRLIS, vigente hasta el ejercicio 2014, la que ha puesto de manifiesto en su Exposición de Motivos que la normativa anterior del Impuesto sobre Sociedades, es decir, el TRLIS, no se adaptaba al Derecho comunitario porque el sistema de eliminación de la doble imposición no equiparaba los dividendos internos y los internacionales, con arreglo al siguiente tenor:

«d) Adaptación de la norma al derecho comunitario. El entorno comunitario constituye, hoy en día, un elemento indispensable a tener en cuenta en cualquier reforma del sistema tributario español. En este sentido, dentro de las medidas que buscan esta adaptación, requiere una especial consideración el tratamiento del sistema de eliminación de la doble imposición establecido en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que había sido cuestionado por la Comisión Europea, de manera que esta Ley pretende dar cumplimiento al ordenamiento comunitario, equiparando el tratamiento de las rentas internas e internacionales. Igualmente, las modificaciones realizadas en los regímenes especiales de consolidación fiscal y reestructuraciones pretenden, entre otros objetivos, favorecer el cumplimiento de la indispensable compatibilidad con el ordenamiento comunitario. En definitiva, esta Ley procura ser especialmente rigurosa desde la perspectiva de su compatibilidad con el ordenamiento comunitario.»

De hecho, la LIS que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2015 ha regulado un mecanismo de exención para los dividendos en el que el porcentaje de participación requerido en la entidad que lo distribuye sea de, al menos, el 5 por 100 o su valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros, con total independen-

cia de si la sociedad que lo distribuye es o no residente en España. En definitiva, la norma española ha unificado el tratamiento de los dividendos procedentes de participaciones residentes y no residentes, mediante el establecimiento de una única exención general aplicable para ambos, y, por tanto, se ha adaptado al Derecho comunitario.

A continuación transcribo el apartado 1 del artículo 21 de la LIS, que establece los siguientes requisitos generales para aplicar la citada exención:

«Artículo 21. Exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español

1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

(...)

b) Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.»

Ahora bien, en el artículo 32 de la vigente LIS se sigue regulando el mecanismo de deducción para evitar la doble imposición internacional, en los mismos términos que el artículo 32 del derogado TRLIS, que se aplica de forma supletoria o alternativa al de exención, y sigue manteniendo los requisitos del 5 por 100 de participación y el del plazo de tenencia mínimo de un año para acceder a la deducción. Por tanto, en la regulación de este mecanismo para evitar la doble imposición no se trata de forma discriminatoria al dividendo de fuente extranjera en comparación con el dividendo nacional y, en consecuencia, no hay vulneración de la libre circulación de capitales.

IV. SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS EN RELACIÓN CON LA NORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2014

El hecho de que el derogado TRLIS, vigente hasta el ejercicio 2014, hiciera depender la aplicación de la deducción, para evitar la doble imposición de dividendos, del lugar de residencia de la entidad que los distribuía daba lugar a que los dividendos transnacionales soportaran una mayor carga fiscal que los dividendos nacionales, constituye una restricción a la libre circulación de capitales.

Esta situación permite hoy argumentar la aplicación a una sociedad española de la deducción para evitar la doble imposición interna de dividendos al 50 por 100 (art. 30 del TRLIS), en los ejercicios en los que estuvo vigente el TRLIS, respecto de dividendos de entidades extranjeras (no es necesario que sea residente en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo), en las que mantenía, por parte de la entidad española, una participación inferior al 5 por 100 del capital.

De esta manera, el citado dividendo acabaría tributando al 15 por 100 en España, mientras que con la dicción estricta del derogado TRLIS, el dividendo extranjero habría tributado al tipo de gravamen del 30 por 100, que fue el tipo aplicable desde el ejercicio 2008 hasta el 2014.

El cauce para que un contribuyente pueda recuperar este exceso de Impuesto sobre Sociedades satisfecho es presentando ante la Administración tributaria de una solicitud de devolución de ingresos indebidos por los períodos en los que no haya prescrito el derecho a tal devolución.

A este respecto, es importante conocer que el plazo de prescripción del derecho a solicitar las devoluciones de ingresos indebidos es de cuatro años desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso indebido o desde el día siguiente a la finalización del plazo para presentar la autoliquidación si el ingreso indebido se realizó dentro de dicho plazo, salvo que este plazo se hubiera interrumpido (en cuyo caso se iniciaría de nuevo el plazo del cómputo de prescripción) por cualquier actuación del obligado tributario que pretenda la devolución o por la interposición, tramitación o resolución de reclamaciones o recursos de cualquier clase.

Por tanto, si el contribuyente se retrasa en la presentación de esta solicitud puede provocar que se reduzca la cantidad a recuperar en concepto de ingreso indebido, puesto que el transcurso del tiempo puede suponer la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos con respecto a algún o algunos ejercicios.

Por último, manifiesto que, en caso de prosperar esta solicitud, también formarán parte de la cantidad a devolver al contribuyente los intereses de demora desde la fecha en la que se efectuó dicho ingreso indebido hasta la ordenación de su pago.

*(Trabajo recibido el 04/05/2015
y aceptado para su publicación el 10/06/2015)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL VENCIMIENTO ANTICIPADO: COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 6 DE OCTUBRE DE 2014 (B. O. E. 7 DE NOVIEMBRE DE 2014)¹

MANUEL MELLADO RODRÍGUEZ

Notario de Madrid

RESUMEN

El artículo 1129 del Código Civil regula el vencimiento anticipado considerándolo una medida protectora de la seguridad del crédito. Analizando dicho artículo, que se aplicaría directamente si las partes no hubiesen regulado la pérdida del beneficio del plazo, nos encontramos con que la disminución de la solvencia del deudor y la ausencia o pérdida de las garantías son las causas que van a provocar la anticipación del vencimiento. Siguiendo la «ratio» del citado artículo podemos concluir que la Dirección General de los Registros y del Notariado debería haber inscrito los apartados rechazados, si hubiese tenido en cuenta la solvencia del deudor y si el acreedor hubiera permitido al deudor otorgar nuevas garantías.

Palabras clave: vencimiento anticipado, seguridad del crédito, solvencia, capacidad de pago, garantías.

MANUEL MELLADO RODRÍGUEZ

Notary Public from Madrid

ABSTRACT

Article 1,129 of the Civil Code regulates early cancellation of loans, seen as a measure for the protection of credit security. Analysing this article, which would be directly applicable unless the parties have regulated the loss of profits on the term, we find that reductions in the debtor's solvency and the absence or loss of collateral are the grounds leading to cancelling the facility early. Following the ratio of the said article, we

¹ Hay otras Resoluciones de fechas 3-X-2014 (BOE 21-X-2014) y 9-X-2014 (BOE 6-XI-2014) que resuelven calificaciones sobre la misma escritura y que tuvieron unas motivaciones similares por parte de los registradores.

can conclude that the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public should have entered the sections rejected if it had taken into account the debtor's solvency and if the creditor had allowed the debtor to provide further guarantees.

Keywords: early cancellation, credit security, solvency, ability to pay, collateral.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO.—III. EL ARTÍCULO 1129 DEL CÓDIGO Civil.—IV. LA RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2014 (B. O. E. 7 DE NOVIEMBRE DE 2014).—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los elementos que integran los contratos están los accidentales, que son aquellos que existen cuando las partes así lo acuerdan, de manera que, de no pactarlos, no se presumen. Asimismo existen las denominaciones «disposiciones accesorias», que son accidentales, y se incluyen, de manera voluntaria, por las partes. Una vez puestas estas disposiciones, la eficacia del negocio depende del cumplimiento de las mismas.

Aquí vamos a hacer referencia al término que aparece recogido en el artículo 1125 del Código Civil². Este artículo se refiere al término o plazo de la prestación, es decir, que, llegado el momento, la obligación es exigible y el crédito realizable³.

La Resolución, objeto de comentario en este artículo, estudia un negocio sometido a término donde el vínculo válido da tiempo para que el deudor pueda cumplir su obligación, de manera que éste sólo estará obligado a realizar su prestación cuando se cumpla el término (ex art. 1113 del Código Civil).

De lo anterior se deduce que el término se presupone establecido en beneficio del deudor, de manera que, cuando se produce el «vencimiento anticipado», se le está quitando al deudor el derecho que le corresponde.

² Art. 1125 del CC: «Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entendiéndose por día cierto aquél que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo».

³ MONTES PENADÉS, S. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, obra dirigida por ALBALADEJO, Manuel, Tomo XV, Volumen 2, Pág. 11, Editorial Revista de Derecho Privado.

Vamos a exponer, primero, el concepto y la naturaleza jurídica del vencimiento anticipado. En segundo lugar analizaremos el artículo 1129 del Código Civil, que es el precepto básico que regula el derecho que tiene el acreedor para exigir anticipadamente el cumplimiento de la obligación; este artículo tiene una gran importancia, pues, si no se ha incluido en el contrato cláusula alguna que regule el vencimiento anticipado, el acreedor podría invocar este precepto para exigir el cumplimiento de la obligación. Existen otros supuestos legales de vencimiento anticipado, como los recogidos en la Ley Cambiaria y del Cheque (art. 50), la Ley Concursal (arts. 61, 62 y 146), en la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazo (arts. 10 y 11), en la Ley de Hipoteca Naval (art. 39) y en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la Posesión (arts. 29, 44, 62 y 64). No los tenemos en cuenta por ser muy específicos y su estudio excedería el alcance de este trabajo.

Una vez conocidos los principios de la norma civil analizaremos la Resolución para ver si la misma se adecua, desde nuestro punto de vista, a la normativa vigente.

Pasamos a desarrollar nuestro comentario.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO

Al hablar de vencimiento anticipado nos estamos refiriendo al supuesto en que, a instancia de una de las partes, se pierde el beneficio del plazo. Por tanto, no cabe incluir aquí el supuesto en el que uno de los contratantes decide anticipar su prestación.

Tanto en nuestro Derecho positivo⁴, como en la doctrina⁵, se usan diversas expresiones para referirse a esta figura, y así nos encontramos con frases como «cesación del término», «pérdida del beneficio del plazo», «exigibilidad anticipada», «antes del vencimiento»..., etc.

En cualquier caso, los diversos supuestos del vencimiento anticipado que contempla nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina tienen en común que, habiénd-

⁴ Así, el C. Civil en el art. 1129 se refiere a pérdida del plazo, y en el 1915 a vencimiento anticipado. El C. de Comercio, en el art. 883, establecía que se «*tendrán por vencidas las deudas*». La Ley Cambiaria y del cheque en el art. 50 se refiere a «*antes del vencimiento*». La Ley de venta a plazos de bienes muebles en el art. 10 establece que «*el vendedor podrá optar por exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono*». La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, en los arts. 6, 29 y 44-3, recoge la facultad del acreedor para dar por vencida la obligación.

⁵ Entre otros, MUCIUS SCAEVOLA, REVERTE NAVARRO, OYUELO, BELTRÁN DE HEREDIA, ALBADALEJO, PUIG PEÑA, CASTAN, se refieren a «revocación del plazo», «cumplimiento anticipado o coactivo», «*solutio ante diem* coactiva» «supresión por ley del término», cesación del término», «pérdida del beneficio del plazo», «decaimiento del plazo»..., etc.

dose pactado un día para el cumplimiento de la obligación, el acreedor la exige anticipadamente por haberse dado alguna de las causas contempladas en la ley, o en el contrato.

Por ello, para que podamos hablar de vencimiento anticipado es necesario que el plazo se haya instaurado en beneficio del deudor exclusivamente, o del acreedor y del deudor en común, ya que al ser el acreedor el que provoca el vencimiento si el plazo se ha constituido en su beneficio exclusivo, siempre podría renunciar a él y, por tanto, nunca se daría la situación forzosa inherente a esta anticipación. Es decir, al ser el plazo un derecho del deudor, o del acreedor y del deudor, el acreedor encuentra limitada su capacidad de actuación, y sólo al surgir las causas de vencimiento se eliminan las barreras que impedían al acreedor exigir la prestación debida al deudor.

Ahora bien, el acaecimiento de algunas de las circunstancias establecidas para el vencimiento es requisito necesario, pero no suficiente, ya que es preciso que la deuda sea líquida y exigible⁶, y que el acreedor ejercite su facultad de declarar vencida la operación; esta facultad es un derecho que tiene el acreedor y que podrá ejercitarlo o no. No sucede lo mismo con los supuestos concursales⁷, en los que el vencimiento anticipado opera *ipso iure* cuando se dan los casos establecidos en la Ley Concursal.

El fundamento último que permite al acreedor, de manera unilateral, exigir el pago antes del vencimiento es el de dotar a las relaciones contractuales de una seguridad jurídica que proteja la seguridad económica. De lo que se trata es que haya una protección, durante toda la vida del contrato, que permita asegurar el cumplimiento de la obligación cuando llegue el día señalado para ello. Dicho de otra manera, en el momento en que el deudor pierde solvencia se da al acreedor la posibilidad de exigir el pago para evitar que, si se espera al día fijado, el cumplimiento no se pueda realizar y su crédito resulte incobrable.

Por todo ello, se puede definir la situación económico-jurídica de la anticipación del vencimiento como aquella que: «en consideración a ciertas circunstancias, deja de actuar la determinación temporal y se actualiza el crédito»⁸. Estas circunstancias son aquellas que hacen que el acreedor pierda la confianza en la solvencia del deudor, o sus garantías; y así se puede ver en el artículo 1129 del

⁶ Díez-PICAZO, L.: «El pago anticipado», *Revista de Derecho Mercantil* número 73, año 1958, pág. 47, establece que el límite temporal es condición de exigibilidad de la deuda, de manera que la deuda antes del vencimiento es inexigible.

⁷ Arts. 61, 62, 63, 146 de la Ley Concursal.

⁸ HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: «Derecho de obligaciones», Tomo 3, de sus *Obras completas*, Espasa-Calpe, S. A., págs. 325 y ss., establece que en la anticipación del vencimiento ocurre que «en consideración a ciertas circunstancias deja de actuar la determinación temporal y se actualiza el crédito».

Código Civil, donde todas las causas que concurren ponen en peligro la ejecutabilidad de la prestación debida.

Con lo expuesto se entiende cómo algunos autores⁹ sitúan la pérdida del beneficio del plazo junto con la acción subrogatoria, la paulina, y otras medidas tendentes a dar seguridad al acreedor en el cobro de su crédito.

Respecto a la naturaleza jurídica, aquí nos encontramos con los supuestos recogidos, entre otros, en el artículo 1129 del Código Civil, y aquellos supuestos que las partes han querido incluir en el contrato, haciendo eficaz la frase *pacta sunt servanda*.

La doctrina dominante¹⁰ entiende que el tiempo es un elemento accidental del negocio jurídico y, por tanto, cualquier modificación del mismo es siempre accidental. Así, cuando se establece el tiempo se está condicionando la ejecución de la obligación y no la constitución de la misma; por tanto, estamos ante una modificación de la obligación.

Se ha intentado encontrar una equivalencia entre el vencimiento anticipado y la cláusula *rebus sic stantibus*¹¹, ya que las circunstancias actuales tienen gran importancia a la hora de interpretar y entender las obligaciones contractuales. Hay que desechar esta equivalencia, ya que: a) esta cláusula supone la resolución, o revisión del contrato, y no el vencimiento o exigibilidad de la obligación; b) tanto el acreedor como el deudor se ven afectados por esta cláusula, mientras que el vencimiento anticipado afecta sólo al deudor; c) con la cláusula *rebus sic stantibus* lo que se pretende es asegurar la relación de equivalencia para conseguir el fin del contrato, mientras que con el vencimiento anticipado no se pretende restablecer la relación de equivalencia, sino asegurar el cumplimiento de la obligación.

⁹ DÍEZ PICAZO, L.: «El pago anticipado», *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980, pág. 174, cita a BETTI y PUIG PEÑA. BARASSI, L.: «Instituciones de Derecho Civil» (obra traducida por García de Haro de Goytisolo), II, Bosch, Barcelona, 1955. «La existencia de un término significa que al acreedor no le importa esperar, por cuanto tiene confianza en que el deudor cumplirá la prestación. Por ello, si esta confianza resulta alterada por cualquier causa (...) el deudor pierde el beneficio del plazo y el acreedor puede reclamar el cumplimiento inmediato de la prestación, aunque el término se hubiese establecido en favor del deudor...».

¹⁰ PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: *Notas el Ennecerus*, tomo II-I, página 374, donde establece que: «En el Derecho español es posible modificar la obligación objetiva (...) al igual que en el alemán nada impide que en virtud del contrato una obligación pueda ser modificada, sin perjuicio de su identidad, en algún punto accesorio.

¹¹ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *La Modificación del Contrato*; Aranzadi, 1992, pág. 14: «La cláusula *rebus sic stantibus*» es, según DELGADO GONZÁLEZ, aquella cláusula, sobreentendida, en los negocios jurídicos, por virtud de la cual, si sobreviniera un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes a celebrarlo, podía el obligado resolver el negocio jurídico que se había hecho demasiado oneroso».

La segunda equivalencia que se ha estudiado por la doctrina¹² es con la *condición resolutoria táctica*. Se niega esta similitud en base a los siguientes argumentos: a) la resolución exige una decisión judicial, mientras que el vencimiento anticipado lo decide el acreedor sin perjuicio de ulterior recurso por oposición del deudor; b) la resolución del artículo 1124 del Código Civil opera sobre las obligaciones principales, mientras que los supuestos de vencimiento anticipado operan aunque el incumplimiento recaiga sobre obligaciones accesorias; c) la diferencia fundamental recae en los efectos; así, con la acción del artículo 1124 del Código Civil se da por finalizada la relación obligacional, desligándose el acreedor por el incumplimiento del deudor; si lo que hace la parte *in bonis* es optar por anticipar el vencimiento, se está eligiendo la continuidad de la relación obligatoria, exigiéndose que ésta se cumpla.

Por último, se ha comparado el vencimiento anticipado de carácter contractual a una condición, en concreto a la *conditio iuris*, al tratarse de un acontecimiento futuro e incierto que determinará el inmediato cumplimiento de la obligación, aunque afectaría sólo a la eficacia de la obligación y no a todo el vínculo obligacional.

Podemos definir las cláusulas de vencimiento anticipado como aquellos motivos que vienen recogidos en los contratos y que permiten al acreedor exigir al deudor la prestación debida antes de llegar el día señalado para ello.

III. EL ARTÍCULO 1129 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1129 del Código Civil adquiere una gran importancia, ya que es la norma de carácter general que se aplica a todos los contratos, de manera que, si no se pactaran, ninguna causa de vencimiento anticipado, ante una situación que pusiera en peligro la realización del crédito del acreedor, éste podría invocar el artículo citado e intentar que el deudor pierda el beneficio del plazo. Por otro lado, en la medida que las cláusulas, objeto de análisis en este trabajo, puedan asimilarse a los supuestos del artículo 1129, deberemos convenir que las mismas son válidas.

Pasemos a analizar estos supuestos legales. Así, el artículo 1129 del Código Civil establece que: «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.— Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.— Cuando no se otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.— Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas

¹² Entre otros, JORDANO BAREA, PINTO RUIZ, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, ROMERO-GIRÓN, MONTES PENADES, SMIROLDI, ... etc. Por todos ellos, CLEMENTE MEORO, M.: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

Pasemos, aunque sea brevemente, a analizar cada uno de los tres apartados del artículo 1129.

A) Apartado primero: *«cuando después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda»*. Se regula aquí la pérdida de solvencia del deudor. Lo primero que tenemos que establecer es el concepto de insolvencia, *prima facie*, existe una aproximación a la idea concursal, así en el artículo 2 de la Ley Concursal se define la insolvencia como aquella situación en que se encuentra el deudor común que hace que éste no pueda cumplir puntualmente sus obligaciones.

No obstante, existen unas diferencias entre la insolvencia concursal y la del artículo 1129. Las diferencias son, desde el punto de vista subjetivo, pues en el Código Civil la insolvencia que interesa es la que se deriva de la única relación «deudor-acreedor», mientras que en la concursal existe una relación entre un único deudor y una pluralidad de acreedores. La otra diferencia la encontramos, desde la óptica judicial, en el precepto civil, la insolvencia no supone ninguna declaración judicial previa, mientras que en la relación concursal es un requisito necesario.

Por último, tenemos que señalar que en el artículo 1129-1 del CC se permite suspender el vencimiento anticipado si el deudor garantiza la deuda; esta situación no se puede dar en los casos concursales.

Si vemos lo que ha pretendido el legislador en el precepto comentado podemos ver que la *ratio legis*, al igual que en otros casos de vencimiento anticipado, es la de proteger la situación crediticia del acreedor; por tanto, se entenderá que existe insolvencia cuando se piense que el deudor se encuentra en una situación que le impide hacer efectivas sus obligaciones crediticias. Entendemos que es necesario relacionar la insolvencia con la obligación particular aplazada; esto es así porque, si lo pretendido es proteger a ese acreedor particular, habrá que ver si el deudor podrá cumplir su obligación el día señalado para ello. Por tanto, hay que rechazar aquellas insolvencias transitorias que no supongan un peligro para el acreedor, pues el día señalado para el cumplimiento el deudor podrá cumplir. Un ejemplo de lo que acabamos de señalar lo tendríamos en el deudor que a final de mes está en *números rojos* en su cuenta, pero el día 1 del mes siguiente le ingresan la nómina y vuelve a tener dinero suficiente para pagar sus deudas.

Continuamos con la intención de delimitar el concepto de insolvencia, y para ello nos ayudamos de la contabilidad y la auditoría, ya que a través de las técnicas

de análisis de balance se ha intentado determinar, y medir, la insolvencia en base a la relación existente entre el pasivo exigible y el activo realizable del deudor. Nos encontramos con la dificultad de utilizar estas técnicas cuando el deudor no lleva una contabilidad generalmente aceptada. Desde un punto de vista contable, podemos decir que si el pasivo exigible es superior al activo realizable nos encontramos ante una situación de insolvencia¹³, y siempre teniendo presente el día señalado para el cumplimiento de la obligación.

Existe lo que podíamos denominar “*signos externos*”, que sirven para que el acreedor, a través del comportamiento del deudor, pueda detectar el peligro en que se encuentra su crédito. El problema está en poder delimitar qué signos externos son los que representan la situación de insolvencia y cuáles los que no pasan de ser exponentes de una situación puntual sin más trascendencia¹⁴.

Otra distinción importante, y que nos debe ayudar a elaborar el concepto de insolvencia, es la distinción entre ésta y la iliquidez; esta última es una situación eminentemente transitoria, que hace que el deudor no pueda atender sus obligaciones aunque tenga patrimonio suficiente. El artículo 1129-1 del Código Civil, de una manera tácita, se está refiriendo a esta diferencia, pues permite que el deudor enerve la pretensión del acreedor aportando nuevas garantías, y la garantía puede venir tanto del propio deudor como de terceras personas. Si es el deudor el que garantiza la deuda, ello sólo es posible si tiene patrimonio disponible, y eso sólo se produce cuando hay una situación de iliquidez, y no de insolvencia. El tiempo vuelve a ser importante, ya que el legislador, al permitir enervar la pretensión del acreedor, está pensando que, con el tiempo, el deudor podrá cumplir con sus obligaciones y en el día señalado para ello.

La insolvencia deberá estudiarse en relación con el crédito cuyo vencimiento se adelanta, de ahí que podamos hablar de una insolvencia relativa, es decir, si existe una insolvencia que provoca la anticipación del pago es porque esa situación se da con relación a la deuda particular, pues no debemos olvidar que la pérdida del beneficio del plazo se da a instancia de un acreedor concreto. Además se debe exigir cautela, no sea que una insolvencia relativa se convierta en definitiva, y total, al exigir el pago anticipadamente.

De todo lo expuesto, podemos definir la insolvencia como aquella situación patrimonial del deudor que pone en peligro la realización, en el momento pactado, del crédito concedido por un acreedor particular. Por tanto, habrá que tener

¹³ Existen una serie de «ratios», como son los de liquidez a corto plazo o tesorería, el de solvencia, el de firmeza o consistencia, que se usan en el análisis de balance y que pueden detectar situaciones de insolvencia en el deudor analizado.

¹⁴ No es lo mismo dejar de pagar una obligación porque no se tenga dinero, que no pagarla porque uno piense que no debe hacerlo (V. gr.: no pagar a un proveedor que no suministró correctamente el pedido).

presente el patrimonio global del deudor, el grado de realización que éste tenga, el momento temporal del vencimiento pactado y la deuda concreta del acreedor, pues, como ya expusimos, estamos en una relación individual y no colectiva, como sería la concursal.

El segundo de los términos empleados en el artículo 1129-1 es el carácter de *sobrevenida* de la insolvencia, tal como se desprende de la expresión “*después de contraída la obligación*”. Ahora bien, el carácter de “*sobrevenido*”, ¿afecta a la insolvencia o al conocimiento que tenga el acreedor de ella? La doctrina española¹⁵ establece la diligencia que debe observar el acreedor antes de otorgar un crédito aplazado al deudor. Así, el acreedor deberá realizar un estudio del riesgo, siguiendo los estándares del sector financiero y según la normativa bancaria vigente. Esto nos lleva a tener que distinguir entre la “*insolvencia sobrevenida*” por causas posteriores a la concesión del crédito, la que se ha producido por causas existentes antes (o al momento de la concesión del crédito) y que no podía haberse detectado por el acreedor, y la que debería haberse detectado por el acreedor si hubiese empleado la diligencia debida. A las dos primeras se les aplicaría el artículo 1129-1 del Código Civil, mientras que la última no sería objeto de vencimiento anticipado, ya que el peligro del crédito se debe a causas imputables al propio acreedor.

El tercero de los elementos a estudiar en el artículo 1129-1 del CC es la posibilidad, que se le concede al deudor, de oponerse a la pretensión del acreedor “*garantizando la deuda*”. El fundamento de esta salvedad se encuentra en el mismo motivo que el vencimiento anticipado, es decir, en la salvaguarda¹⁶ del crédito del acreedor. Así, en la medida que éste peligre, se perderá el beneficio del plazo y, en la medida que se asegure, se recuperará. Además se le concede al deudor una medida protectora contra situaciones transitorias, sobre todo de liquidez,

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL: «Derechos de obligaciones», de sus *Obras completas*, Espasa-Calpe, S. A., pág. 325. CLEMENTE MEORO, M.: *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 104. MONTES PENADÉS, en su comentario al artículo 1129, en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ya citada, pág. 133.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pág. 22, «que más que un deber nos encontramos ante una carga del acreedor, ya que es una conducta que el acreedor ha de observar en su propio interés para posteriormente ejercitar una facultad».

¹⁶ La STS de 20-XII-1991 (ponente, Sr. Fernández-Cid de Temes). Califica el vencimiento anticipado en los términos del artículo 1129-1 del CC como de *salvaguardia*. En los mismos términos, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D., y ÁLVAREZ MORENO, M. T.: «Comentarios a la STS del 27-03-1999 (RAI 2371)», *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 29, Consejo General del Notariado.

SERRANO HERMOSO, S. A. (IUSBANC / abril 2000, núm. 35): «Visión judicial de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos». ARIJA SOUTULLO, C.: «Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», en *La Ley* núm. 4997 (22-02-2000). GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Los llamados pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca», *Bol. Colegio Registradores*, núm. 53/1999.

ya que teniendo patrimonio se le permite disfrutar de un plazo con el que recuperar la posibilidad de atender las deudas en el vencimiento pactado.

El hecho de incluir la excepción comentada supone un refuerzo a la situación objetiva del vencimiento anticipado. Efectivamente, si el acreedor considera que el deudor es insolvente, pero éste aporta unas nuevas garantías, es claro que, al menos, la opinión del acreedor es discutible.

La garantía que aporta el deudor (ex art. 1129-1 CC) «equivale a constituir a favor del acreedor un derecho subjetivo que facilite la realización de su crédito»¹⁷.

La garantía deberá ser real o personal. Real, que podrá ser aportada por el propio deudor, lo que demostraría que sigue siendo solvente para hacer frente a sus obligaciones en el momento pactado. Hay que señalar que el deudor sólo puede aportar este tipo de garantías, pues el artículo 1911 del Código Civil establece la responsabilidad patrimonial universal, por tanto, éste sólo podrá aportar una garantía preferencial a su acreedor.

Las garantías que presten terceras personas podrán ser, a su vez, reales o personales. Las reales no ofrecen ninguna particularidad digna de mención. Si se trata de una garantía personal, habría que preguntarse en qué concepto se va a prestar, si se prestase como deudor solidario nos encontraríamos con una novación de la obligación¹⁸, que no es lo que se pretende. Parece más adecuado mantener el carácter subsidiario de esa garantía, se trataría de aportar un nuevo fiador.

La garantía ha de ser eficaz para satisfacer el crédito del acreedor. Esto supone que, por un lado, habrá de contemplarse en relación a la deuda viva existente en ese momento; y por otro lado, se entenderá que es una garantía eficaz si proporciona al acreedor una protección mayor que la que tenía antes.

En cualquier caso será el acreedor el que debe valorar, y aceptar, la nueva garantía. En caso de controversia será el Juez quien deberá decidir sobre la eficacia de la misma para enervar la pretensión de anticipar el vencimiento.

B) El segundo párrafo del artículo 1129 es el que establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: «2) cuando no otorgue el acreedor las garantías a que estuviere comprometido».

¹⁷ Díez-PICAZO, L.: obra citada pág. 180: En la sentencia de 9 de marzo de 1982 se define el término *garantía* como «cualquier medio que tienda a asegurar el cumplimiento de la obligación a satisfacción del acreedor».

¹⁸ HERNÁNDEZ GIL, S.: obra citada, pág. 326, ...«También cabe derivarla de la incorporación de un deudor solidario, si bien entonces se producirá una novación».

En este caso, el deudor se comprometió a aportar unas garantías y luego no lo hizo, esto supone que si fuese un tercero el que se comprometió a aportar unas garantías y luego no lo hizo, la sanción que se dará no será la del vencimiento anticipado¹⁹.

El deudor se comprometió a prestar unas garantías, pero ¿cuándo? y ¿cómo? Respecto al cuándo, la opinión mayoritaria de la doctrina²⁰ es que se deberá realizar el compromiso en un contrato preparatorio anterior a aquél en el que consta la obligación garantizada. Si fuese coetáneo, más que vencimiento anticipado por no otorgar las garantías, de lo que habrá que hablar es de incumplimiento. Si el compromiso se otorgó con posterioridad, no cabría hablar de vencimiento anticipado, pues cuando se otorgó el beneficio del plazo no existía la obligación de aportar las garantías. En este último caso se podría hablar de una novación de la obligación principal y, a los efectos del artículo 1129-2 del CC, habría que hacer el análisis desde la óptica del nuevo negocio.

En lo referente al cómo, lo lógico sería dotar al compromiso de la misma forma que al negocio jurídico que contiene la obligación aplazada.

Por lo que se refiere a las garantías que se comprometió a prestar el deudor, podrán ser tanto reales como personales; en cualquier caso, el deudor responderá ante el acreedor en los términos de los artículos 1828 y 1862 del Código Civil²¹.

Se entenderá por incumplimiento cuando no se otorguen las garantías comprometidas, o se den de manera parcial, y además el deudor tenga, al menos, una actitud culposa, con lo que habrá que excluir en este caso los incumplimientos debidos a causa de fuerza mayor o caso fortuito²². En estos casos nos encontramos ante una pérdida de solvencia del deudor, que ha visto destruido parte de su patrimonio.

El momento de construir las garantías será al que se comprometieron el acreedor y el deudor.

Dado que la filosofía de este precepto es la de proteger la situación del crédito y dar confianza al acreedor, se deberá aceptar que el deudor sustituya las garan-

¹⁹ En este sentido, CLEMENTE MEORO en la obra citada, página 109.

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, S.: obra citada pág. 326. MONTÉS PENADÉS, V.-L., comentando el artículo 1129 del CC, en la obra citada, pág. 135.

²¹ El art. 1828 del CC establece la obligación de prestar fiadores con garantía suficiente y plena disposición de sus bienes; y el 1862 reconoce la obligación de constituir prenda o hipoteca de cosa propia y libre de gravamen.

²² MONTÉS PENADÉS, V.-L., en la obra citada, pág. 136, resume la doctrina dominante, así como la opinión del Tribunal Supremo en las Sentencias del 6-10-1908 y 12-2-1989.

tías comprometidas por otras que otorguen al acreedor la misma protección, asegurándole el cumplimiento de la obligación aplazada.

C) El tercer párrafo de los supuestos del artículo 1129 del CC establece la pérdida del beneficio del plazo: «3.- *Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras igualmente seguras*».

Aquí las garantías se convierten en un elemento definitivo para conseguir el aplazamiento, y se convierten en un elemento fundamental para poder establecer si el crédito peligra o no. Esto es así, de manera que cuando éstas desaparecen (entendiéndolo tanto desde un punto de vista físico como de la utilidad para el acreedor), se entiende que se objetiviza la situación de inseguridad del crédito, y además se permite enervar al deudor la pretensión del acreedor otorgando otras garantías suficientes.

¿A qué garantías se refiere el Código Civil? El Código emplea la expresión «aquellas garantías», pues bien, siguiendo los criterios hermenéuticos del artículo 3-1 del CC, parece claro que se refiere a las del apartado dos, es decir, las que se comprometió a aportar y que aportó. Podemos empezar a ver qué clase de garantías son; así, deberemos hablar de garantías específicas, con lo que rechazamos la genérica del artículo 1911 del CC, ya que si la responsabilidad patrimonial universal del deudor fue un factor que debió estudiar el acreedor, lo que le dio confianza fueron las garantías aportadas. Éstas serán unas que, de manera individual y creadas *ad hoc*, garanticen la obligación aplazada, que sean susceptibles de menoscabo o desaparición; y sobre todo que se pueda establecer un nexo causal entre ellas y la actitud del acreedor de otorgar el beneficio del plazo al deudor, de manera que, de no haber existido las garantías, la operación no se hubiese realizado.

Las garantías se otorgarán en el momento de realizar el contrato aplazado, con lo que quedará claro el nexo causal al que nos hemos referido.

Una vez expuesto lo referente a las garantías, debemos analizar la actuación del deudor, ya que el código se refiere a «actos propios». El deudor debe provocar, con su actuación, una disminución del aseguramiento del acreedor (ex art. 1129-3 CC). Es decir, el deudor podrá realizar cualquier actuación sobre su patrimonio, pero cuando incida sobre los bienes dados en garantía es cuando puede poner en peligro el beneficio del plazo concedido. Luego tenemos, por un lado, el hecho subjetivo de la actuación del deudor, y por otro, el hecho objetivo que esa actuación provoque una disminución de las garantías aportadas.

En lo que se refiere a la «disminución» de las garantías, hay que entender por tal todo lo que suponga una falta de aseguramiento para el crédito aplazado, de

manera que, si se hubiese amortizado parte del importe del debito, el valor de las garantías que hay que manejar, después de la actuación del deudor, es el que permita asegurar la deuda viva en ese momento.

La interpretación que acabamos de exponer, desde nuestro punto de vista, encuentra su apoyo en el inciso último del punto tercero del artículo 1129, cuando permite enervar la pretensión del acreedor otorgando otras garantías igualmente seguras; el concepto de «seguras» se valorará en el momento de realizar la nueva aportación, y en función del montante de la deuda existente, ya que de la conjunción de ambas cosas se permitirá deducir si el acreedor tiene su crédito asegurado o no.

La pérdida de utilidad para el acreedor puede venir provocada tanto por una actuación física como jurídica. Se entiende por actuación física cualquier hecho que produzca un desperfecto en el bien. Entendemos que hay una actuación jurídica cuando se ha realizado un negocio jurídico que supone un menor valor de la cosa que asegura la obligación (un ejemplo de esto último sería el arrendar la finca hipotecada por una renta y una duración que la haga «poco apetecible» ante una futura venta).

Por último, señalar que el menoscabo de la garantía habrá de ser cierto y efectivo, sin que quepa hablar de un «temor» a la disminución del valor del bien²³.

El otro supuesto contemplado en el artículo 1129-3 del CC es el que por «caso fortuito desaparecieran las garantías constituidas». Por desaparición se deberá entender no sólo la física, sino también la jurídica; es decir, se deberá entender por desaparición la pérdida de valor económico total que deje al acreedor ante una situación de inseguridad que haga peligrar el crédito concedido.

Nos encontramos ante un supuesto en que el deudor, que no tiene arte ni parte en la pérdida total de valor de la garantía, soporta sus efectos. La diferencia con el otro supuesto de este párrafo tercero es que la actitud positiva del deudor está penalizada desde el momento en que se produce una disminución de valor y no una desaparición de la garantía.

¿Qué sucede con el tercero no deudor, que es propietario de los bienes dados en garantía? Entendemos por tercero a toda persona que no es ni el acreedor ni el deudor. Parece que lo lógico sea identificar la actuación, del tercero con el *caso fortuito*, pues en ambos casos al deudor se le impone unos efectos por una actuación no realizada por él. Podemos ver que la actuación, provocando la desaparición de las garantías, implica un vencimiento anticipado consiguiéndose así el fin pretendido por el legislador de la seguridad del crédito²⁴.

²³ MORENO QUESADA, B.: «El vencimiento anticipado por alteración de sus garantías», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pág. 448.

²⁴ MORENO QUESADA, B.: obra citada, pág. 454.

Ahora bien, la posición del tercero que hemos expuesto se debe a actitud activa de éste, es decir, cuando él provoca las causas que dan lugar al vencimiento anticipado; parece lógico que él sufra el castigo toda vez que se le exige anticipadamente el pago de la deuda si el deudor no lo hace.

Para terminar con el análisis de este apartado tercero del artículo 1129 del CC, nos queda por ver la posibilidad que tiene el deudor de enervar la pretensión del acreedor sustituyendo las garantías por otras nuevas e igualmente seguras.

La doctrina se ha planteado si tal defensa se puede aplicar tanto si desaparecen las garantías como cuando disminuyen las existentes. Hay opiniones tanto en sentido negativo²⁵ como afirmativo²⁶. Desde nuestro punto de vista, el fin, o *ratio legis*, del artículo 1129 del CC en su conjunto es la protección del crédito, por tanto, se debe admitir en ambos casos; además, si el acreedor considera que su deuda está garantizada, no instará el vencimiento anticipado. En el párrafo tercero del artículo 1129 lo que prevalece es la protección del crédito, por tanto, lo que interesa ver es si la situación de seguridad en que se encuentra el acreedor cuando se le aportan nuevas garantías es la misma que cuando concedió el crédito aplazado; si es así deberemos concluir que su conducta sería la misma que entonces, y, por tanto, el deudor deberá conservar el beneficio del plazo con independencia de si se ha producido una sustitución total de las garantías o no.

En cuanto al término «igual» que emplea este artículo, nos hace suponer que deberá exigirse la forma y los bienes que permitan mantener la graduación anterior del derecho del acreedor.

A modo de conclusión, podemos decir que lo que ha pretendido el legislador, con el artículo 1129 del Código Civil, es proteger la situación crediticia del acreedor, de manera que la insolvencia del deudor sólo será relevante si le impide hacer frente a sus obligaciones.

Dado que el bien jurídico protegido es la seguridad del crédito, el artículo 1129 trata de evitar que, llegado el vencimiento, no haya bienes suficientes para satisfacer el crédito concedido.

La seguridad del crédito puede venir por la vía del deudor, o de las garantías que se otorgan para esta operación en particular. En este segundo caso es necesario que exista un nexo casual entre la actitud del acreedor de otorgar el plazo y las garantías que acompañan a la operación, de manera que la disminución, o ausencias, de éstas supongan la pérdida de aquél.

²⁵ MANRESA NAVARRO, J. M.^a: «Comentarios al Código Civil», Tomo CIII, pág. 459. Se manifiesta en sentido negativo.

²⁶ En sentido afirmativo, MORENO QUESADA, B.: obra citada, pág. 478.

En definitiva, cualquier decisión del acreedor de declarar vencido anticipadamente el crédito tiene que venir motivada por una causa que ponga en peligro la seguridad del crédito.

IV. LA RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2014 (B. O. E. 7 DE NOVIEMBRE DE 2014)

Una vez que hemos expuesto el artículo 1129 del Código Civil estamos en condiciones de analizar el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁷ (en adelante, RDGRN o DGRN), objeto de este estudio.

Empezamos por el fundamento 9.º de la RDGRN, donde se analiza los apartados e), h), i) y l) de la cláusula 15 del Crédito Sindicado objeto de este estudio.

La letra e) establece: «*Si se produjera un cambio significativamente adverso en la situación financiera de cualquiera de las obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa que pudiera deteriorar gravemente su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas del presente Contrato o de los restantes Contratos de Financiación (excepto de los Nuevos contratos Bilaterales)*. La letra h): «*se produjera un Cambio Material Adverso*», en el contrato se define como material adverso a aquel cambio no comunicado a la acreditante y que afecte a la capacidad de las obligadas para cumplir sus obligaciones en virtud del presente contrato, en el sentido de que, de haber sido comunicado dicho hecho, hubiera podido alterar sustancialmente y de forma adversa la decisión del acreditante de prestar fondos a la acreditada. La letra i): «*si cualquiera de las obligadas u otra sociedad del Grupo Copcisa cesase en su actividad empresarial o acordase su disolución o liquidación, salvo que se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los Contratos de Financiación o autorizadas oportunamente*». La letra l): «*si cualquiera de las obligadas: i) resultaran obligadas, en virtud de resolución judicial o laudo arbitral firme, a satisfacer a terceros cantidades que conjuntamente excedan de 2.000.000 de euros; ii) dejaran de atender de forma generalizada las obligaciones corrientes con sus acreedores; o iii) sus acreedores embarguen bienes de cualquiera de las obligadas*».

La DGRN, reconociendo el carácter dispositivo del artículo 1129 del CC, manifiesta que ello no supone que «el incumplimiento de cualquier obligación pueda determinar el vencimiento anticipado. De manera que considera que sólo

²⁷ Como ya hemos expuesto, en términos similares se han expresado las Resoluciones de 3 de octubre de 2014 (BOE 31-10-2014) y de 9 de octubre de 2014 (BOE 6-11-2014). Todas deciden sobre calificaciones de distintos registradores que han recaído sobre la misma escritura.

son válidas aquellas cláusulas que recogen incumplimientos de obligaciones de especial relevancia y en «ningún caso accesorias»²⁸.

Para admitir la cláusula habrá que ver «la mayor o menor relevancia respecto al crédito garantizado, su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, o la falta de previsión de la posibilidad para el prestatario de prestar nuevas garantías» para atenuar el riesgo sobrevenido²⁹. Hay que añadir la concreción en la redacción de la cláusula.

Pues bien, aplicando lo anterior a la calificación de cada una de las cláusulas expuestas tenemos: a) Respecto a la letra e) señala la DGRN que la «previsión del vencimiento anticipado está sometido a unas circunstancias que no quedan determinadas de forma concreta y objetiva. Se refiere a obligaciones ajenas al contrato garantizado («los restantes contratos de financiación») e incluye obligaciones que deben cumplir terceros distintos del acreditado (cualquier sociedad del «Grupo COPCISA»). Consecuencia de lo anterior se considera desproporcionada la facultad concedida al acreedor por cuanto no se le otorga al deudor la posibilidad de enervar el vencimiento anticipado otorgando nuevas garantías. En definitiva, se trata de «evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa» para declarar vencido el crédito³⁰.

Continúa la DGRN que el «cambio adverso de la situación financiera si bien, puede ser «reflejo de un posible riesgo de insolvencia del deudor, no disminuye la garantía real de la hipoteca». En este punto, la DGRN no tiene en cuenta que la principal obligación del deudor es devolver lo que le concedieron, independientemente de la garantía otorgada en su momento. Es decir, el acreedor cuando analiza el riesgo tiene presente la solvencia del deudor, y en base a ella pide garantías accesorias (vgr.: hipoteca, prenda... etc.) o no; de manera que, si la capacidad para devolver el crédito otorgado fuera suficiente, el acreedor no pediría garantías añadidas, bastando con el artículo 1911 del CC. Lo expuesto nos lleva a defender que si la solvencia del deudor disminuye, el acreedor pedirá unas garantías que antes no había solicitado. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 1129-1 del CC, que ya hemos expuesto, ya que la pérdida de solvencia la vincula con nuevas garantías para que el deudor conserve el derecho a utilizar el plazo. En consecuencia, para aceptar la cláusula bastaría, desde nuestro punto de vista, con haber incluido la posibilidad de otorgar nuevas garantías y vincular el nivel de solvencia con el crédito vivo en cada momento.

²⁸ La DGRN hace una remisión al Fundamento vigésimo de la STS de 12 de diciembre de 2009.

²⁹ Resolución de 8-06-2011, al que se remite esta Resolución.

³⁰ Resoluciones de 2 y 3 de diciembre de 2005, 2 de octubre de 2006, 19 de mayo de 2008 y 8 de junio de 2011. STS de 16 de diciembre de 2009.

Respecto a la mención a «cualquiera sociedades del Grupo COPCISA», hay que recordar la existencia del «grupo de sociedades» y la obligación de «consolidar» los balances; esto hace que una situación que afecte a la solvencia de una empresa del Grupo COPCISA, distinta de los deudores, puede repercutir contablemente a éstos y, por tanto, no se debe dar a estas compañías la misma consideración que si se tratase de un «tercero» cualquiera.

En lo que se refiere a la letra h) rechaza, la DGRN, su inscripción por los mismos motivos que los alegados para la letra e). Intentando no ser reiterativos, baste con señalar que nos encontramos ante una pérdida de solvencia y, por tanto, ante el supuesto contemplado en el artículo 1129-1.º del CC. Sería suficiente para conseguir su inscripción, por lo tanto, incluir la posibilidad de garantizar la deuda.

El registrador rechazó la cláusula contenida en la letra i), pero la DGRN la admite. La decisión de la Dirección General es lógica, no sólo porque es consecuencia del acuerdo de reestructuración que regula el préstamo sindicado suscrito por las partes, sino que además, al cesar en su actividad empresarial cualquiera de los obligados están dejando de generar recursos y, por lo tanto, su solvencia se ve afectada.

En lo referente a la letra l) hay que señalar que recoge «signos externos» de lo que podía ser una situación de pérdida de solvencia de los obligados; sería más acertado completar la redacción con un texto similar al siguiente: «siempre que las causas señaladas anteriormente pongan en peligro la devolución de la presente operación, y no se garantice la deuda existente en ese momento».

Se recurre la suspensión de las cláusulas b), f) y o) de la cláusula 15. Apartado b): *«si cualquiera de las Obligadas incumpliera cualquier obligación (distinta de la obligación de pago asumida por la Acreditada) de este contrato»; f) «Si cualesquiera de las obligadas, o cualquier sociedad del Grupo Copcisa incumpliera: (i) una obligación de pago ajena a los contratos de Financiación por importe superior a los 300.000 €, salvo que se estén llevando a cabo como demandante acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago; o (ii) incumpliera una o varias obligaciones de pago por un importe acumulativo superior a 2.000.000 €, con independencia de que estén llevando a cabo o no acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago de que se traten. Quedan excepcionadas aquellas obligaciones cuyo incumplimiento no llevara aparejado recurso frente a la Acreditada, las Garantes Personales bajo el Contrato Marco o las Obligadas que sean deudoras de obligaciones pecuniarias bajo cualquier Contrato de Financiación»; o) «si se produjera algún incumplimiento de las obligaciones asumidas por cualesquiera de las sociedades del Grupo Copcisa en cualesquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilate-*

rales), o se produjera cualquier supuesto que pudiera dar lugar a la declaración de vencimiento anticipado de cualquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales) o de cualquier contrato relevante del que sean parte o en el que se hayan subrogado cualesquiera de las Obligadas».

La DGRN enjuicia los apartados anteriores de la cláusula 15 en su conjunto, señalando que no se deben inscribir por cuanto se refieren al incumplimiento de obligaciones ajenas a las garantizadas por la hipoteca, apoyando su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en Resoluciones de la propia Dirección General³¹.

Cita la DGRN el considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, que establece: «pues sólo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida». Del texto citado se puede interpretar, desde nuestro punto de vista, que siempre que la obligación incumplida sea relevante se justificaría el vencimiento anticipado y, por tanto, sí se admitiría la cláusula redactada reconociendo la importancia de la obligación incumplida y siempre que, como establece el Tribunal Supremo en esa sentencia, se previera la posibilidad para el prestatario de constituir nuevas garantías.

Sobre el grupo de cláusulas que estamos comentando [la b), f) y o)] es necesario comentar dos aspectos que creemos importantes. El primero se refiere a la posibilidad de que el incumplimiento sea un exponente de la pérdida de solvencia del obligado, es decir, lo importante no sería el hecho del incumplimiento, sino que ese incumplimiento se debe a una imposibilidad económica para cumplir con las obligaciones. Dicho de otra manera, el incumplimiento de esa obligación sería la antesala del incumplimiento de la obligación garantizada. Entendiendo así el incumplimiento, para dar validez a las cláusulas, debería bastar con vincular dicho incumplimiento con la pérdida de solvencia y, por supuesto, reconociendo la posibilidad de aportar nuevas garantías.

El segundo aspecto que se debe comentar es el hecho de que se sancionen incumplimientos de terceros (empresas del Grupo COPCISA). Como ya hemos señalado anteriormente, el hecho de ser empresas distintas de las obligadas no quiere decir que sean terceros ajenos a la operación crediticia, ya que, como

³¹ STS 10 de diciembre de 2007, afirma que «el crédito hipotecario constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca» y, en base a lo anterior, la acción personal del derecho de crédito garantizado con hipoteca prescribe a los veinte años.

Resolución de 8 de junio de 2011 sólo admite las cláusulas de vencimiento anticipado «cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes».

hemos apuntado, se forma el Grupo de empresas, y con la consolidación de balances la situación económica de una empresa del grupo puede afectar al resto. A veces, la influencia es más directa, pues la matriz del grupo suele ser fiadora de las operaciones de sus filiales, de manera que, incumpliendo alguna de éstas, debe pagar aquélla. Para dar validez a la cláusula, se debería recoger en el contrato, el lugar idóneo sería en el *expositivo*, las empresas que forman el Grupo de sociedades y la importancia que se les concede a los efectos de la operación crediticia. Incluso, en algunos casos, se da la garantía vía «confort Letter», y se regula el vencimiento anticipado si se produce un cambio en la estructura accionarial y societaria de los deudores.

En cuanto al apartado b) de la cláusula 15 se niega la inscripción por contradecir el artículo 1857 del CC (infringir el principio de accesoriedad). Nos remitimos a lo que ya hemos expuesto sobre la posibilidad de que el incumplimiento fuera un exponente de pérdida de solvencia.

Asimismo, el registrador suspende la inscripción de los pactos contenidos en las letras c), g) y k) de la cláusula 15, «suspensión que se basa en que tales apartados se refieren a circunstancias que no pueden tener trascendencia real ni afectar a terceros». El texto de los apartados son: c) «*si cualquiera de las declaraciones formales realizadas en este Contrato (incluido las Declaraciones y Garantías) o en los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales), ya sean referidas a la fecha en la que se realizaron o al momento en que dichas declaraciones se consideren repetidas, fuera falsa, incorrecta, inexacta (salvo que la falta de veracidad o exactitud no fuese sustancial) u omitiera información de carácter sustancial*»; g) «*si, en cualquier momento durante la vigencia del presente Contrato, el Sr. D. B. C. M. dejará de ser titular último del 100% del Grupo Copcisa, salvo transmisión de su participación a descendientes en primer grado de consanguinidad en línea recta, o sociedades íntegramente participadas por éste o éstos, siempre y cuando además este/os adquiriente/s se subrogase/n íntegramente en la position (sic) jurídica del Sr. D. B. C. M. en el Contrato entre Socios*»; k) «*si se comprobare la falsedad de los datos y documentos aportados por o por Cuenta de las Obligadas que hayan servido de base a la concesión del Crédito de manera que de no haber existido dicha falsedad las Obligadas no hubieran accedido a otorgar el Crédito Sindicado Original o la novación del Crédito Sindicado Original dando lugar a este Contrato*».

La DGRN analiza conjuntamente los apartados c) y h). Remitiéndose a la jurisprudencia y a las Resoluciones ya citadas. Considera que «sólo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes».

La DGRN revoca la calificación del Registrador³² reconociendo la importancia que tiene, en una operación de refinanciación, el proporcionar una información veraz sobre la situación económico-financiera del obligado. En los casos comentados estamos ante un consentimiento, el del acreedor, que se ha prestado por error, y éste ha sido motivado por una conducta del deudor. Está claro que habrá que demostrar, a la hora de aplicar la cláusula, el nexo causal entre la información «no veraz» proporcionada por el deudor y el consentimiento prestado por el acreedor. Esta cláusula debió ser inscrita, ya que obedece a una lógica contractual.

El supuesto recogido en el apartado g)³³ es distinto a los dos comentados y se deniega su inscripción por tratarse de una circunstancia completamente ajena a la hipoteca y al Registro. Aquí habría que preguntarse el porqué de esta cláusula. Desde nuestro punto de vista, y en base a la experiencia del día a día en el ejercicio de la profesión, este tipo de cláusula recoge una garantía tácita, es decir, el acreedor, a la hora de conceder un crédito a una empresa tiene presente quiénes son los accionistas de la compañía, ya que esta información le va a servir para conocer la «solvencia moral o personal» del deudor. En la medida que los accionistas varíen la «seriedad» de la «persona-jurídica-deudor» puede variar y, por tanto, el análisis del riesgo sería otro. Entendiendo así el problema, creemos que para que pudiera declararse válido este apartado deberían darse dos requisitos, a saber: el primero, ofrecer al deudor la posibilidad de aportar nuevas garantías que proporcionaran al acreedor la misma seguridad que tenía el accionista que ha vendido su participación en el capital de la sociedad deudora; y el segundo, establecer un nexo causal entre la composición del accionariado y la concesión del crédito, de manera que, de haber existido otros accionistas, la operación no se hubiera hecho.

El apartado j) de la cláusula 15 establece que: «*procederá el vencimiento anticipado cuando por cualquier circunstancia los Contratos de Garantía no fuesen, o dejasen de ser, una garantía real válida con rango preferente, sobre los bienes o derechos sobre los que recaiga, respecto de cualquiera otros acreedores (...), o surgiera cualesquiera circunstancia que impidan, puedan impedir, perjudiquen o dificulten la efectividad de cualquier garantía constituida bajo los mismos o el rango preferente de la misma*». Se deniega su inscripción, pues no se reconoce la posibilidad de aportar otras garantías.

Nos encontramos ante un supuesto que aparece contemplado en el artículo 1129-3 del Código Civil, ya que las garantías que se han prestado, y que han sido elementos imprescindibles para que el acreedor conceda la operación,

³² El Registrador, en su informe, añadió a la nota de calificación que las cláusulas vulneraban el principio de accesoriedad de la hipoteca y por dejar el plazo del Contrato al arbitrio de una de las partes. Estos motivos los rechazó la DGRN por haberse añadido con posterioridad a la calificación, según doctrina establecida, entre otras, en la Resolución de 29/02/2012.

³³ En el texto de la Resolución pone h), entendemos que es un error mecanográfico.

han dejado de ser eficaces y, por tanto, la Entidad Financiera deja de tener asegurada su operación. Luego, en la primera parte de la cláusula nos encontramos con una transmutación del espíritu del texto legal y, por tanto, hasta ahí todo correcto; lo que sucede es que en el texto legal se permite al deudor enervar la pretensión del acreedor aportando nuevas garantías, y en el apartado j) esta posibilidad no existe. De haberse concedido al deudor la posibilidad de otorgar nuevas garantías, la cláusula debería haberse inscrito, ya que no concede más derechos, ni más perjuicios, que el texto legal.

La letra n) de la cláusula 15 establece el vencimiento anticipado cuando: *«No se emitiera opinión sobre los estados financieros de cualquiera de las Obligadas por un auditor, cuando éstas estuviesen obligadas a su nombramiento de conformidad con la normativa vigente, o si se hubiera emitido con salvedades de carácter relevante a juicio de las Acreditantes, o si no se emitieran las certificaciones individuales y consolidadas sobre cálculo de los Ratios Financieros exigidos, conforme a la Cláusula 13, o si no fueran entregadas a las Acreditantes dentro de los plazos fijados para ello en este Contrato. La DGRN suspende la inscripción en lo referente a «a juicio de los acreditantes» por ser contrario al artículo 1256 del CC, es decir, dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio de una de las partes. No es necesario entrar a analizar la importancia que tiene la contabilidad, la auditoría, los informes, y análisis de ésta a la hora de conocer cuál es la situación económica y financiera de una empresa³⁴. Lo que sí conviene matizar es el hecho de entregar los informes, o dicho de otra manera, cómo tiene conocimiento el acreditado de los informes exigidos. Parece lógico exigir que el deudor deberá entregar expresamente el informe de auditoría al acreedor, pues a ello se ha obligado, y no cabe pedir al acreditante una labor detectivesca para conocerlos.*

Lo que la DGRN rechaza es dejar en manos del acreedor (a juicio de los acreditantes) la valoración de las salvedades que ponga el auditor, creemos que si se hubiera dejado en manos de un tercero, incluso el propio auditor, la valoración de las «reservas» puestas en el informe, la cláusula debería haberse inscrito, ya que nos encontraríamos ante un medio objetivo y claro de diagnosticar la solvencia, o no, del deudor.

Por otro lado, hay que dejar claro que la expresión «a juicio del acreedor» se refiere a la valoración del informe, y no a la decisión de declarar vencido anticipadamente el crédito, pues esta decisión depende unilateralmente del acreedor, pudiéndose impugnar por el deudor ante los Tribunales. Como ya expusimos, una diferencia, fundamental, entre el supuesto del artículo 1124 del CC y el vencimiento anticipado es que para la aplicación del primero se exige ineludiblemente

³⁴ La propia DGRN en la Resolución 08-06-2011 (a la que se remite ahora) le concedió validez a este tipo de cláusula.

la decisión judicial, mientras que en el otro queda a decisión del acreedor exigirlo o no.

El inciso final de la letra p) establece: «*Si no se hubiesen inscrito Contratos de Garantía que consistan en hipotecas inmobiliarias en garantía del Crédito en los Registros de la Propiedad que correspondan en el plazo de cuatro meses desde que este Contrato haya adquirido eficacia y de tres meses en relación con la/s prenda/s sin desplazamiento de la posesión y las sucesivas actualizaciones de ésta/s*». Se deniega la inscripción de la prenda sin desplazamiento, ya que es un asunto ajeno a la hipoteca y se le deniega al deudor la posibilidad de completar la garantía tal como prevé el artículo 1129-3.º del CC. La DGRN, además, en base a la STS de 16 de diciembre de 2009 (fundamento vigésimo primero), establece que, al no incluir la cláusula distinción alguna sobre el causante de la no inscripción de la garantía, «no se puede hacer recaer exclusivamente en la parte prestataria esa falta de inscripción».

De haberse incluido la posibilidad de aportar nuevas garantías, la cláusula debería haberse inscrito, pues si el citado artículo 1129-3 incluye el «caso fortuito» como motivo que afecta al deudor, cualquiera que sea la causa que deja sin efecto la garantía le puede afectar al deudor.

La letra b) de la estipulación 8-10 de la escritura de hipoteca establece como causa de vencimiento el hecho de que «*el patrimonio de la Acreditada y/o de los Hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado*». Aquí la DGRN se remite al punto 10 de la resolución [que se refiere a la letra e)] y rechaza la inscripción argumentando que el embargo del patrimonio «no constituye ningún menoscabo de la garantía en que la hipoteca consiste». Nuevamente, la DGRN no tiene en cuenta la solvencia del deudor, no cabe duda que un embargo puede afectar a la misma, y habrá que conocer la relación que hay entre el importe del embargo, el patrimonio del deudor y la deuda viva existente en ese momento. Más importante que la garantía es su capacidad para devolver lo prestado, pues el acreedor concede el crédito para que el deudor lo devuelva y no para tener que ejecutar o quedarse con la garantía. No es el momento, ni el lugar, de mencionar las consecuencias, algunas sistémicas, que ha tenido en el sistema financiero español la falta de pago de los deudores y la entrega, o adjudicación, de las garantías reales a las Entidades Financieras. Creemos que lo más acertado hubiera sido enfocar esta cláusula desde la óptica del artículo 1129-1 del CC exigiendo que se determine el importe del patrimonio que tiene que ser embargado para provocar el vencimiento anticipado y permitir al deudor enervar la pretensión del acreedor aportando nuevas garantías.

Por último, tenemos la letra e) de la estipulación 8.10, de la escritura, que establece: «*no fueran pagadas a tiempo aquellos tributos y gastos sobre las Fincas que tengan preferencia legal de cobro frente a las Acreditantes, salvo*

que Acreditada y/o Hipotecantes procediera a su abono en el plazo de diez días hábiles desde que fuesen requerida para ello». Habiendo rechazado el registrador la cláusula, ésta es admitida por la DGRN recordando³⁵ que «resultan admisibles las cláusulas de vencimiento automático de la obligación garantizada por impago de gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata de impago de obligaciones que siguen a la cosa y que, como la del seguro, determinan un detrimento potencial del bien». El registrador rechazó, en su informe, la inscripción de esta cláusula por no permitir al deudor aportar nuevas garantías, pero este motivo no fue aceptado por la DGRN por no haberse citado en tiempo y forma por el calificador. Creemos que el apartado e) que estamos comentando debería completarse con el derecho del deudor a aportar nuevas garantías, ya que es un supuesto que tiene un encaje en el artículo 1129-3 del CC.

V. CONCLUSIÓN

A la hora de enjuiciar las cláusulas de vencimiento anticipado hay que tener presente que nos encontramos ante un mecanismo de defensa del crédito reconocido por el ordenamiento jurídico, que tiene su razón de ser en asegurar al acreedor el cobro de lo que le debe el deudor. El análisis, por tanto, debe hacerse en primer lugar desde el punto de vista de la solvencia que tiene el deudor para satisfacer el crédito en el momento pactado. Las garantías son importantes, pero deben ocupar un segundo lugar, ya que las Entidades Financieras conceden operaciones de crédito para que le devuelvan lo prestado y no para quedarse con las garantías.

Cuando analizamos el sistema que siguen las Entidades Financieras para reclamar las cantidades que les deben vemos cómo intentan conservar la operación, incluso modifican las condiciones pactadas para que el deudor pueda generar los recursos suficientes para devolver lo pactado. Siendo la actuación como hemos descrito, estas Entidades deberán extremar la redacción de este tipo de cláusulas de manera que sean claras, imparciales y obedezcan a criterios objetivos fácilmente comprobables. Por tanto, habrá que evitar la expresión «a juicio del acreedor» por lo que de subjetivo tiene.

Permitir que el deudor, en todo caso, pueda enervar la pretensión del acreedor aportando «nuevas garantías» puede ser una política acertada, ya que permite comprobar si la situación de riesgo que prevé el acreedor es cierta o no; si el deudor puede aportar nuevas garantías querrá decir que tiene recursos libres que ofrecer al acreedor preocupado por su crédito y, por tanto, cuestionar la decisión de éste.

³⁵ Cita la DGRN las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987.

No tenemos que olvidar que el tiempo, muchas veces, sirve para empeorar la situación de los deudores, ya que éstos ven cómo su deuda aumenta al unirse al principal los intereses devengados y no pagados, y los intereses de demora generados. Por ello, se entiende que el acreedor pueda urgir al deudor a que dé una solución rápida a su incumplimiento y, si ésta no se produce, declarar vencido anticipadamente el crédito para intentar cobrar lo más que se pueda.

Las Entidades Financieras son tenedores fiduciarios de los recursos de sus clientes; por tanto, hay que exigirles mucha diligencia y prudencia tanto en la concesión de las operaciones crediticias como en la gestión de las mismas. Deben evitar operaciones que no resistan un mínimo análisis de solvencia y rechazar aquellas cuyo soporte principal sea las garantías aportadas. Hemos visto, y padecido, los efectos de operaciones soportadas, exclusivamente, por el valor de la garantía. Todo lo anterior debe llevar a no admitir aquellas cláusulas de vencimiento anticipado que intenten resolver los errores de los acreedores en el análisis del riesgo. Cada uno debe soportar sus propios errores y, si el acreedor otorgó al deudor el dinero con el que se compró la cuerda para ahorcarse, ahora, con el vencimiento anticipado, no puede tirar de ella.

Así mismo no habrá que cercenar los mecanismos que el ordenamiento jurídico concede a los acreedores para defender, y proteger, su crédito. A la hora de decidir sobre las cláusulas de vencimiento anticipado se deberá buscar el equilibrio entre los intereses de las partes sin prejuicios que demonicen a ninguno de los contratantes.

En fin, el vencimiento anticipado debe ser una solución a la insolvencia del deudor, y no la causa.

*(Trabajo recibido el 16/04/2015
y aceptado para su publicación el 10/06/2015)*

COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2014 SOBRE EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

JOSÉ JAVIER ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL

Profesor Titular EU Universidad Miguel Hernández

RESUMEN

El derecho de oposición de los acreedores de las sociedades de capital en los casos de modificación estructural de éstas es una facultad que la ley les reconoce a los primeros en defensa de su crédito frente a un cambio en la persona del deudor (sociedad) que puede afectar a la garantía de cobro su derecho.

Este derecho está regulado principalmente en el artículo 44 LME, el cual fue modificado en 2012. La interpretación de esta nueva redacción ha generado razonables dudas y diversas opiniones doctrinales.

La resolución de la DGRN de 15 de octubre de 2014 se manifestó al respecto, declarando que «...*el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho*» y que «... *el derecho de oposición no satisfecho no es impedimento a la inscripción*».

El autor analiza en este trabajo la citada resolución, así como la regulación del derecho de oposición y sus antecedentes, concluyendo que las dudas interpretativas que plantea la nueva redacción del artículo 44 LME deberían ser resueltas en una reforma más profunda y sistemática de esta materia, que concrete si estamos ante un derecho de protección del acreedor «a priori» o «a posteriori» y determine exactamente cuales son los mecanismos exactos de los que dispone el acreedor para defender su derecho de crédito ante el perjuicio que le pueda causar esa modificación.

También considera el autor que el vigente artículo 44 LME ha de interpretarse en base a dos principios: la subsistencia del derecho de oposición del acreedor, que le permite impedir la modificación estructural, y el requisito de una resolución judicial que reconozca la concurrencia de los requisitos del artículo 44.2 LME para que el acreedor pueda ejercer plenamente el derecho de oposición e impedir la modificación estructural en curso o consumada.

Palabras clave: Derecho de oposición, Sociedades de capital, modificación estructural, consentimiento acreedores, fusión, escisión.

**COMMENTS ON THE RESOLUTION BY THE DGRN DATED
OCTOBER 15TH, 2014, ON THE RIGHT OF CREDITORS TO OPPOSE
STRUCTURAL CHANGES IN CAPITAL CORPORATIONS**

JOSE JAVIER ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL

Senior Lecturer at the Miguel Hernández University

ABSTRACT

The right of creditors of capital corporations to oppose structural changes in the same is an option recognized in law for the defence of their credits against a potential change in the debtor (the company) that might affect the guarantee of collecting what they are entitled to.

This right is mainly regulated in article 44 LME, as amended in 2012. The interpretation of this new language has generated reasonable doubt and a number of different learned opinions.

The resolution from the DGRN dated October 15th, 2014, stated in this regard that “... *merger procedures and their inclusion on the Companies’ Registry are not halted by the fact that creditors have exercised their right*” and that “... a right of opposition [to a merger] *not adequately responded to is not an impediment to its registration*”.

In this study, the author analyses this resolution as well as the regulation of the right of opposition and its background, concluding that the doubts about interpretation posed by the new text of article 44 LME should be resolved in a more profound and systematic reform of this subject, specifying whether we are here facing an *a priori* or an *a posteriori* protection of the creditor and determining exactly which mechanisms lie to creditors to defend their right to collect their credits in view of the detriment potentially caused to them by such a change.

The author is also of the opinion that the current article 44 LME has to be construed on the basis of two principles: the continued existence of creditors’ right of opposition, thus enabling them to prevent the structural modification, and the requirement of a judicial resolution recognizing the presence of the requirements specified in article 44.2 LME for creditors to be able to exercise their right of opposition in full and prevent the structural change either under way or already consummated.

Keywords: right of opposition, capital corporations, structural changes, consent of creditors, merger, spin-off.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME POR LA LEY 1/2012 Y SUS CONTRADICCIONES.—III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME.—IV. LA RESOLUCIÓN DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2014.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de oposición de los acreedores de las sociedades de capital, en los casos de modificación estructural de éstas, es una facultad que la ley les reconoce a los primeros en defensa de su crédito frente a un cambio en la persona del deudor (sociedad) que puede afectar a la garantía de su derecho.

La modificación de la parte deudora de una obligación encuentra en nuestro ordenamiento una primera regulación en el negocio jurídico de **asunción de deuda**, negocio en virtud del cual un tercero asume la obligación de pagar una deuda de otro, sustituyéndose así la garantía patrimonial universal que venía garantizando el pago.

Dado que el nuevo deudor puede ser menos solvente que el anterior, la novación no puede llevarse a cabo sin el consentimiento del acreedor, siendo el mismo, por tanto, un elemento esencial de la asunción de deuda.

En las modificaciones estructurales de las sociedades nos encontramos ante una problemática parecida, pues también se produce un cambio en la persona del deudor (sociedad) que afecta de manera importante a la garantía de los créditos de sus acreedores. Para defender el interés de éstos se podría optar por la misma solución dada a la asunción de deuda: exigir su consentimiento como requisito para las modificaciones estructurales. Esta medida sería muy efectiva para la protección de los intereses de los acreedores, pero plantea dos inconvenientes:

- a) La obtención del consentimiento de los acreedores complica y ralentiza la operación societaria.
- b) Confiere a los acreedores una facultad que excede la naturaleza de su derecho de crédito: la de poder vetar la modificación de la sociedad.

Para tratar de evitar estos perjuicios, nuestro legislador, al igual que el de los países de nuestro entorno, prescindió de exigir el consentimiento de los acreedores para las modificaciones estructurales y recurrió a otro sistema de protección de sus intereses.

Básicamente, los sistemas de defensa de los intereses de los acreedores ante las modificaciones estructurales de las sociedades deudoras se pueden clasificar en:

A) Sistemas de protección a posteriori

Elegido por la ley alemana¹, no permite a los acreedores impedir la fusión, pero les faculta a exigir una garantía tras la inscripción de ésta si demuestran que la misma supone un riesgo para el cobro de su deuda. Además, para reforzar la posición de los acreedores, se introduce la responsabilidad personal de los administradores en caso de insolvencia de la sociedad y un sistema de inoponibilidad de la confusión de los patrimonios fusionados a los acreedores.

B) Sistemas de protección a priori

Suponen dar al acreedor el derecho a impedir la fusión hasta que su crédito no quede suficientemente garantizado. Este es el sistema elegido por el legislador italiano², así como por el nuestro, como pasamos a resumir.

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas (LSA) de 1951, en sus artículos 145 y 146, optó reconocer a los acreedores un derecho de oposición que les permitía impedir la modificación estructural en tanto no se les garantizase suficientemente su derecho de crédito.

La doctrina calificó su naturaleza jurídica como «derecho de asentimiento»³, pues en caso de no satisfacer la sociedad sus créditos pendientes o prestar garantía a satisfacción de los acreedores, la operación societaria no podía ser eficaz ni inscribirse en el Registro Mercantil.

¹ Parágrafo 25 de la Umwandlungsgesetz.

² Arts. 2445 y 2053 CC italiano de 1942.

³ Según la doctrina mayoritaria, el derecho de oposición se configuraba como un **derecho de «asentimiento»**, ya que entre los consentimientos necesarios para que pueda realizarse el negocio jurídico de la fusión o escisión se incluía el de los acreedores sociales, pese a que, para reducir los costes de su obtención, se configuraba el consentimiento con la carga de actuación por parte del acreedor. Por tanto, pese a no ser el consentimiento del acreedor esencial del negocio jurídico, como en la asunción de deuda, el acreedor podía negarlo ejerciendo su derecho de oposición. Así, la no oposición de los acreedores era un requisito de validez de la fusión, de manera que ésta sería nula si no se respetaba el derecho aunque se hubiera inscrito.

Así lo regulaba el artículo 145 la citada LSA: «*Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podrá llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes*».

En términos muy parecidos lo hicieron posteriormente el artículo 166 en relación al 243 de la LSA de 1989, el artículo 44.3 de la ley 3/2009, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, LME) y el artículo 227.2.2.º del Reglamento del Registro mercantil, que exigía como requisito de la escritura pública sujeta a inscripción: «*La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad*».

Este derecho de oposición **no se reconoció a todos los acreedores**, sino sólo a aquellos a los que iba a perjudicar la modificación societaria. Así, el artículo 44.2 LME reconoció dos tipos de acreedores en atención a sus créditos:

A) ACREEDORES SIN DERECHO DE OPOSICIÓN

Los acreedores cuyos créditos no cumplan los requisitos exigidos en esta norma no están facultados a oponerse a las modificaciones estructurales.

B) ACREEDORES CON DERECHO DE OPOSICIÓN

Esta categoría está integrada por aquellos acreedores cuyos créditos cumplan estos tres requisitos:

- Hayan nacido antes de la publicación del proyecto de modificación estructural.
- No estén vencidos en ese momento.
- Y no se encuentren suficientemente garantizados.

Es importante destacar, con relación al último de los requisitos, la dificultad existente a la hora de concretar su concurrencia o no incrementada, si cabe, por el hecho de que la ley prescinde de precisar los criterios que precisan cuando un crédito se encuentra suficientemente garantizado.

La enorme subjetividad existente a la hora de establecer si la garantía del acreedor sufre o no merma con una modificación estructural permitió a todos los acreedores defender que su derecho de crédito no estaba suficientemente garanti-

zado e incluirse unilateralmente en la categoría de titulares del derecho de oposición, exigiendo a continuación la máxima garantía para su crédito (el aval bancario) bajo la amenaza de vetar la modificación estructural propuesta.

II. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME POR LA LEY 1/2012 Y SUS CONTRADICCIONES

La modificación de la redacción del artículo 44 LME en 2012 encuentra su fundamento en el artículo 3.6) de la Directiva 2009/109 CE, que modificó la Directiva 82/891/CEE, dando esta nueva redacción al apartado 2 del artículo 12 de esta última:

«2. Con este fin, las legislaciones de los Estados miembros deberán prever, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad escindida, así como la de la sociedad a la que se transfiera la obligación conforme al proyecto de escisión, haga necesaria tal protección y siempre que estos acreedores no dispongan ya de tales garantías.

Los Estados miembros establecerán las condiciones de la protección contemplada en el apartado 1 y en el párrafo primero del presente apartado. En cualquier caso, los Estados miembros deberán garantizar que los acreedores estén autorizados a dirigirse a la autoridad administrativa o judicial competente para obtener las garantías adecuadas, siempre que puedan demostrar, de forma convincente que, debido a la escisión, la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad.»

Ante la finalización del plazo para la incorporación de esta norma al Derecho español, el artículo 44 LME fue precipitadamente modificado por el RD-L 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

La modificación introducida por el RD-L fue posteriormente ratificada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, con el mismo nombre que el RD-L.

El primer aspecto a destacar de esta reforma es que la propia Exposición de Motivos (en adelante, EM) del RD-L deja constancia de la precipitación con la que se llevó a cabo:

«El hecho de que el plazo de incorporación al Derecho español de la Directiva 2009/109/CE haya finalizado el pasado 30 de junio de 2011 justifica el recurso a la figura del Real Decreto-ley. En primer lugar, porque las sociedades de capital españolas no deben contar con un régimen legal más riguroso que las sociedades sometidas a las legislaciones de los demás Estados comunitarios, con

*efectos negativos, además, en la competencia frente a los demás Ordenamientos jurídicos de la Unión; y, en segundo lugar, por las gravosas consecuencias económicas de la multa que la Unión Europea impondría a España si persistiera el retraso en la transposición. Concurren, pues, indudablemente, las **circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad** que, a tenor del artículo 86.1 de la Constitución, habilitan al Gobierno para adoptar disposiciones con rango de ley mediante Real Decreto-ley.»*

Esta misma EM y el posterior prólogo de la Ley 1/2012 indican las finalidades perseguidas con la reforma del artículo 44 LME:

- Ser «fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española».
- Evitar «que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad, en caso de legítima oposición, puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión».
- Ampliar «*las posibilidades de acción de los acreedores en los casos en los que, no obstante la prohibición expresa de la ley, la fusión o la escisión se lleven a cabo sin la prestación de las garantías necesarias a favor del opositor*»... «*el acreedor puede solicitar del Registro Mercantil que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio de ese derecho, permitiendo que, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de esta nota marginal, pueda presentar demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad solicitando la prestación de garantía del pago del crédito*».

Para conseguir estas metas, «*se modifica el apartado 2 del artículo 44 y se añade un nuevo apartado 4, con la siguiente redacción:*

2. Dentro de ese plazo, los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos. Si el proyecto de fusión no se hubiera insertado en la página web de la sociedad ni depositado en el Registro Mercantil competente, la fecha de nacimiento del crédito deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor.

Los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Los acreedores cuyos créditos se encuentren ya suficientemente garantizados no tendrán derecho de oposición.

4. *Si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición.*

El registrador practicará la nota marginal si el solicitante acreditase haber ejercitado, en tiempo y forma, el derecho de oposición mediante comunicación fehaciente a la sociedad de la que fuera acreedor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar por anotación preventiva la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito conforme a lo establecido en esta ley».

Esta precipitada reforma se hizo, tal y como queda reflejado en todo lo expuesto, mediante la simple adición al artículo 44 LME de algunos aspectos del mandato de la Directiva 2009/109 CE, lo que ha generado serias dudas y contradicciones a la hora de interpretar y aplicar el nuevo régimen jurídico del derecho de oposición de los acreedores sociales. Fundamentalmente se plantean los siguientes interrogantes:

1. ***¿Pueden los acreedores impedir «a priori» una modificación estructural si sus créditos no han sido suficientemente garantizados?***

Por un lado, la respuesta parece ser afirmativa, ya que:

- El artículo 44.3 LME dicta que: *«En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía...».*
- Además, la intención de la ley, tal y como hemos visto, es la de ser *«fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española»* y ampliar *«las posibilidades de acción de los acreedores»*.
- Tradicionalmente, los acreedores podían impedir las modificaciones estructurales «a priori». Ser fiel a esta tradición y ampliar las posibilidades de acción de los acreedores implicaría seguir reconociéndoles su capacidad de veto.

Por otro lado, sin embargo, el análisis del cuerpo legal parece indicar lo contrario, es decir, que los acreedores ya no pueden impedir las modificaciones estructurales «a priori». Así:

- Según la EM, la ley *«evita que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad, en caso de legítima oposición, puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión»*.
- Además, el artículo 44.4 LME prevé la fusión llevada a efecto pese al *«ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior»*.

2. En caso de que la modificación estructural se inscriba pese al ejercicio del derecho de oposición por los acreedores, ¿la única protección «a posteriori» de los mismos se lleva a cabo mediante la demanda en la que se solicite constitución de la garantía o cabe pedir también la nulidad de la modificación estructural?

La redacción de la Ley vuelve a ser confusa. Por un lado, parece que la anulación de la modificación estructural es posible, ya que:

- El artículo 44.3 LME mantiene su mandato imperativo: La fusión *«no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía...»*
- La ley sigue denominando a la protección del acreedor derecho de oposición, y no sólo no ha cambiado la denominación de esta facultad, sino que además dice, como hemos visto, que su intención es la de ser *«fiel a la tradicional configuración del derecho»* y ampliar *«las posibilidades de acción de los acreedores»*.

Pero la ley vuelve a mostrar contradicciones, pues también parece indicar que la modificación estructural inscrita no es anulable por el ejercicio del derecho de oposición:

- La EM dice que una de las finalidades perseguidas es la de evitar *«que la infracción de los deberes a cargo de la sociedad, en caso de legítima oposición, puedan afectar a la eficacia de la fusión o de la escisión»*.
- El nuevo párrafo del artículo 44.4 LME podría interpretarse como que la única opción de la que dispone el acreedor es *«la interposición de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra la sociedad absorbente o contra*

la nueva sociedad en la que se solicite la prestación de garantía del pago del crédito»⁴.

- Además, según el artículo 47.1 LME dispone que: «Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley...».

III. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 LME

Basándonos en la exégesis de las normas expuestas y en la interpretación sistemática y teleológica de las mismas, consideramos que el sentido del artículo 44 LME ha de ser el siguiente:

⁴ Este aspecto es analizado con profundidad por CARRASCO PERERA, «Estrategias procesales y sustantivas en el nuevo régimen de oposición a la fusión/escisión», *El notario del siglo XXI*, número 43, mayo 2012, ob. cit., según el cual «el apartado 3 del art. 44 no ha sido modificado. El precepto contiene y contenía una indudable norma prohibitiva, que llevaba y aún ahora debería llevar aparejado el efecto anulatorio del art. 6.3 CC, privando de eficacia a la fusión/escisión concluida sin haberse garantizado suficientemente al acreedor el crédito que es fundamento de la oposición a la fusión o escisión («ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad...»). Pero el nuevo apartado 4 tiene como supuesto de hecho la infracción de la norma prohibitiva, y establece una sanción distinta a la nulidad, aunque no claramente excluyente de la nulidad («si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior»). Observemos que la norma no declara que el acreedor despedido pueda acudir a juicio a solicitar una garantía, sino que puede exigir constancia de nota marginal de oposición en el RM. La nota se cancelará de oficio si en seis meses no consta por anotación preventiva la demanda por la que se exige a la sociedad la prestación de la garantía. Interponer la demanda en cuestión no es el remedio reservado al acreedor en caso de contravención de la norma, sino la condición de posibilidad para que se prorrogue la nota marginal. Mas la norma no impone que el acreedor tenga que satisfacerse necesariamente de ese modo, ni que la nota marginal en cuestión constituya condición de procedibilidad de cualquier remedio o acción imaginable. Es sólo el remedio apropiado para mantener la nota marginal de constancia de la oposición, a los efectos que puedan ser procedentes. Y hay efectos específicos de la nota que no se agotan en su función instrumental de una demanda; la nota consta en el RM y amenaza la persistencia de la fusión/escisión, siquiera sea una amenaza de un peligro inconcreto. Aunque es un asunto interesante, no voy a elucidar si la práctica de la nota marginal y la posterior anotación preventiva de demanda constituyen presupuestos necesarios para la posterior demanda (la que fuere). Con independencia del recurso a la acción del apartado 4 del art. 44, cabe dudar si el acreedor puede solicitar —además de la práctica de la nota marginal— la nulidad de la fusión. Aunque con la nueva jurisprudencia civil sobre el alcance del art. 6.3 CC (cfr. STS 7 octubre 2011, y allí citadas), no es seguro que lo dispuesto en el apartado 4 constituyera una sanción excluyente del efecto de nulidad; sin embargo, ha de predicarse esta exclusión, ya que la sanción de nulidad haría imposible la sanción específica del apartado 4, y sólo debe proponerse la compatibilidad entre nulidad y sanción específica cuando ambas sanciones resultaran compatibles, lo que no es el caso, porque el remedio del apartado 4 es incompatible con la nulidad. Pero entonces surge como nueva duda si la exigencia del art. 227.2.2.^a del RRM tiene algún sentido y qué deberán declarar los otorgantes sobre la existencia o inexistencia de oposición por parte de los acreedores; salvo que se limiten a declarar, que es lo aconsejable, que los créditos de los opositores se hallan suficientemente garantizados, sin dar más explicaciones ante el RM.

PRIMERA.—Subsistencia del derecho de oposición

La exégesis del artículo 44 LME no deja lugar a duda respecto a la existencia del derecho de oposición de los acreedores, que se ve reforzada por los argumentos de la Exposición de Motivos de la Ley, que señala como finalidad de la misma la de ser «*fiel a la tradicional configuración del derecho de oposición de los acreedores en la legislación española*» y ampliar «*las posibilidades de acción de los acreedores*».

SEGUNDA.—Un nuevo requisito para el pleno ejercicio del derecho de oposición: resolución judicial reconociendo su existencia

Conforme al artículo 44.2 LME, el pleno ejercicio del derecho de oposición exige determinar previamente qué acreedores son titulares del mismo.

Hasta la reforma de 2012, eran los propios acreedores los que se autocalificaban como titulares del derecho de oposición y la simple comunicación fehaciente de los mismos a la sociedad ejercitando su derecho servía para impedir la modificación estructural.

Entendemos que esta actuación unilateral ha cambiado. Y ello recurriendo a la Directiva 2009/109 CE (que dio origen a la reforma del artículo 44 LME). El artículo 3, 6), reproducido anteriormente, tiene mucho más contenido que el introducido al artículo 44 LME, ya que dispone como requisito para que los acreedores sociales puedan hacer valer la defensa de su derecho de crédito que:

- Los «*acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad (...) haga necesaria tal protección, y siempre que estos acreedores no dispongan ya de tales garantías*».
- Y que «*puedan demostrar, de forma convincente, que, debido a la escisión, la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad*».

Hemos de tomar en consideración también este contenido de la Directiva para dar un sentido sistemático, íntegro y congruente a la modificación del régimen jurídico del derecho de oposición. Así, para el pleno ejercicio de su derecho, el acreedor habrá de demostrar previamente de forma convincente que la satisfacción de su crédito está en juego, es decir, que su crédito cumple los requisitos que establece el artículo 44.2 LME: que es anterior a la publicidad del proyecto de modificación estructural, que no está vencido y que no está suficientemente garantizado.

En este punto persiste el problema de la omisión por parte del art. 44 LME respecto a la concreción de los requisitos para calificar si un crédito está suficientemente garantizado o no. Una buena referencia para determinar este aspecto podría ser la prevista en la misma Directiva: que la modificación estructural ponga en juego la satisfacción del derecho de crédito.

Por tanto, en tanto el acreedor no obtenga el reconocimiento judicial de la existencia de su derecho de oposición no podrá ejercitarlo plenamente, limitándose su ejercicio hasta ese momento a comunicar a la sociedad su intención y plantear la demanda judicial, sin poder impedir la modificación estructural, tal y como sucede en el caso abordado por la Resolución DGRN del 15 de octubre de 2014. Lo que sí podrá es, como dice la propia resolución, hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente.

Una vez sentenciado por el juez competente que el acreedor es titular del derecho de oposición, surge la cuestión del alcance de este derecho, y éste es ya otro asunto que pasamos a tratar.

TERCERO.—El contenido del derecho de oposición. La anulación de la modificación estructural

Según el diccionario de la RAE, oponer significa «*entorpecer o impedir su efecto*». Si la voluntad del legislador hubiese sido la de modificar el contenido del derecho de oposición debería haber modificado este término.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 44.3 LM, la modificación estructural no puede consumarse en tanto no se preste la garantía a los acreedores con derecho de oposición. El proceso de ejercicio del derecho de oposición será el siguiente:

- En primer lugar, el acreedor ha de comunicar fehacientemente a la sociedad el ejercicio de su derecho en el plazo de un mes desde la publicidad del acuerdo social.
- El acreedor que quiera ejercer plenamente su derecho habrá de interponer una demanda judicial solicitando que se le reconozca como titular del derecho de oposición e incluso la adopción de medidas cautelares⁵ con relación a la modificación estructural que afecta a su crédito.

⁵ Consideramos que lo más eficiente en la práctica será recurrir a la paralización de la fusión como medida cautelar, tal y como propone ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en «Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014», diario *La Ley*, núm. 8411, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2014, año XXXV.

- Una vez interpuesta la demanda se hará constar en el Registro Mercantil mediante nota marginal el ejercicio del derecho de oposición (si se cumplen los requisitos del artículo 44.4 LME para la inscripción), con lo que se hace público que la modificación estructural podría ser anulada.
- En caso de obtener una resolución favorable, el acreedor podrá hacer valer su posición jurídica, que le permitirá:
 - i) Exigir la constitución de la garantía a la que le faculta el artículo 44.3 LME.
 - ii) Impedir la modificación estructural si aún no se ha inscrito o solicitar su anulación por incumplimiento de una norma imperativa en base al artículo 6.3 CC.

En cuanto a la aplicación del artículo 6.3 CC, consideramos que la interpretación sistemática de todo el artículo 44 LME no excluye la nulidad para el caso de contravención del mandato del artículo 44.3, ya que la facultad de interponer una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil en la que se solicite la prestación de garantía se produce por la simple adición a esta norma del mandato de la Directiva 2009/109 CE.

Si el legislador, en vez de añadir esta opción, hubiese querido modificar el régimen del derecho de oposición tendría que haber cambiado su denominación y haber pasado a llamarlo derecho a exigir garantía.

IV. LA RESOLUCIÓN DGRN DE 15 DE OCTUBRE DE 2014

La cuestión planteada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y que dio lugar a la Resolución de 15 de octubre de 2014 se refiere únicamente a la primera de las cuestiones planteadas anteriormente: ¿Procede o no la inscripción de una escisión en la que existe una disputa entre las partes respecto a la suficiencia de la garantía?

El pronunciamiento de la DGRN nos parece acertado, y entendemos que los argumentos de la Resolución encajan en la interpretación que hemos propuesto anteriormente del artículo 44 LME, concretamente:

- a) En relación a la necesidad de un pronunciamiento judicial que reconozca la existencia del derecho de oposición para su pleno ejercicio por parte del acreedor:
 - *«La misma dicción del párrafo añadido no es especialmente feliz, pues se refiere al supuesto de ejercicio del derecho de oposición por*

acreedor “legítimo”, cuando es precisamente la legitimidad de la reclamación del acreedor la que estará en discusión, bien porque la o las sociedades involucradas no reconozcan el carácter anterior del crédito, su carácter no vencido, la insuficiencia de la garantía existente o cualquier otra circunstancia que implique la existencia del derecho de oposición.»

- *«El derecho de oposición del acreedor puede existir o no al depender su nacimiento de la concurrencia de circunstancias cuya apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes».*
 - *«A falta de acuerdo o de prestación de fianza por entidad de crédito, el conflicto generado entre los acreedores y las sociedades involucradas en la fusión o escisión tendrá su adecuada respuesta en el ámbito que le es propio, el judicial, sin perjuicio de la plena eficacia de la fusión alcanzada mediante su inscripción en el Registro Mercantil.»*
- b) En cuanto a que el ejercicio del derecho de oposición (en tanto éste no haya sido reconocido por una resolución judicial), no paraliza el procedimiento de modificación estructural:
- *«... el procedimiento de fusión y la inscripción en el Registro Mercantil no se detienen por el hecho de que los acreedores hayan ejercitado su derecho y sin perjuicio de las acciones que les reconoce el propio artículo 44.4 de la Ley 3/2009».*
 - *«... el derecho de oposición no satisfecho no es impedimento a la inscripción, ésta debe llevarse a cabo sin perjuicio de que el registrador practique la nota marginal a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 44, si así lo solicita el acreedor. Como afirmara la Resolución citada:*
 - *«a falta de un acuerdo entre los interesados sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, la reforma estructural es plenamente eficaz de concurrir los requisitos previstos en la Ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral de su derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente en los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009».*

Nos parece también importante destacar que la DGRN, en este último párrafo, no diga que el acreedor exija la constitución de una nueva garantía ante el juez

competente, sino que utilice el término más amplio: «hacer valer su posición jurídica». Esta amplitud del término consideramos apoya nuestra interpretación de que las facultades del acreedor no se limitan a solicitar al juez la constitución de la garantía.

V. CONCLUSIONES

Consideramos que la reforma del artículo 44 LME ha generado razonables dudas a la hora de interpretar cuál ha de ser el alcance y contenido del derecho de oposición de los acreedores sociales en los casos de modificación estructural de su sociedad deudora, y que estas dudas deberían ser resueltas en una reforma más profunda y sistemática de esta materia, que concrete si estamos ante un derecho de protección del acreedor «a priori» o «a posteriori» y, a partir de ahí, determine exactamente cuáles son los mecanismos exactos de los que dispone el acreedor para defender su derecho de crédito ante el perjuicio que le pueda causar esa modificación.

Dicho esto, consideramos que el vigente artículo 44 LME ha de interpretarse en base a dos principios: la subsistencia del derecho de oposición del acreedor, que le permite impedir la modificación estructural y la necesidad de una resolución judicial reconociendo la concurrencia de los requisitos del artículo 44.2 LME para que el acreedor pueda ejercer plenamente el derecho de oposición e impedir la modificación estructural en curso o consumada.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA REAL, J.: en el *blog* Derecho Mercantil España: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/la-reforma-de-la-ley-de-sociedades-de.html><http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2012/03/mas-sobre-la-reforma-del-derecho-de.html>.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Una visión práctica tras la reforma de 2012 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de mayo de 2014», diario *La Ley*, núm. 8411, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2014, año XXXV.
- CARRASCO PERERA, A.: «Estrategias procesales y sustantivas en el nuevo régimen de oposición a la fusión/escisión», *El notario del siglo XXI*, núm. 43, mayo 2012.
- CORTÉS Y PÉREZ TROYA: «Fusión de sociedades», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IX, vol. 2.º, Madrid, 2008, págs. 375 a 378.
- DÍAZ MORENO, A. y JUSTE MENCÍA, J.: «Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», *Revista de derecho de sociedades*, núm. 39, 2012, ISSN 1134-7686, págs. 199 a 228.
- ESCRIBANO GÁMIR, M. L.: «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del art. 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)», diario *La Ley*, núm. 7855, de 10 de mayo de 2012, año XXXIII.

- ESCRIBANO GÁMIR, C.: *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, Pamplona, 1988.
- «Derecho de oposición de los acreedores sociales», en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, t. I, Transformación, fusión, fusiones transfronterizas intracomunitarias (dirs. RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, QUIJANO GONZÁLEZ, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO, ESTEBAN VELASCO), Pamplona, 2009.
- «La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada», en *RDS*, núm. 28, 2007.
- ESTEBAN RAMOS, L. M.: «El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 39, 2012.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I.: «El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 59, junio 2013.
- GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2.^a ed., Dykinson, 2013.
- GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades en el Derecho español: la tutela de los intereses de los accionistas y acreedores*, Madrid, 1993, pág. 291.
- JUSTE MENCÍA, J.: «Reforma de la normativa sobre fusiones y escisiones por el RD-L 9/2012, de 16 de marzo: reforma de las denominadas fusiones «simplificadas» y alteración sustancial del derecho de oposición de acreedores. *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, marzo de 2012, págs. 1-5.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A.: en su *blog* http://howtocrackanut.blogspot.com.es/2012_03_01_archive.html. *Study on the application of the cross-border mergers directive*, Lexidale, september 2013, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf, págs. 52 a 60.

(Trabajo recibido el 01/06/2015
y aceptado para su publicación el 25/06/2015)

RECENSIONES

SAS. LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Tercera edición actualizada (primera reimpresión),
Legis, Bogotá, 2014, XXX + 377 páginas

Autor: Francisco REYES VILLAMIZAR

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia

1. Si la tipología societaria, esto es, el establecimiento por el legislador de las formas societarias disponibles para organizar la titularidad, en principio colectiva, de una actividad empresarial, constituye, por su propia naturaleza, un elemento constante en la evolución del Derecho de sociedades, puede decirse que en los últimos años su importancia se ha acrecentado. Mediante la creación de nuevos tipos o mediante la modulación, más o menos intensa, de los existentes en cada ordenamiento, estamos asistiendo desde hace considerable tiempo a la conversión de dicho asunto en el tema central de la ordenación jurídica correspondiente a las sociedades mercantiles. Y no se quiere afirmar con ello que otros asuntos, como, señaladamente, el desbordante y recurrente debate sobre el *Corporate Governance* —por citar sólo un tema de la máxima actualidad—, tengan una importancia subsidiaria frente a la cuestión tipológica; sucede, más bien, que este último tema por su amplitud de onda tiene la capacidad de absorber e integrar prácticamente todas las materias relevantes para la articulación jurídica de las sociedades, sin asomo de contradicción entre ellas. De este modo, buena parte de las discusiones que se suscitan en torno al Derecho de sociedades, ya sea con carácter general, ya se refieran a un objetivo particular, tienen casi siempre, se advierta o no, una dimensión tipológica, la cual, a su vez, reobra o influye sobre la concreta materia, perfilando con mayor precisión y complejidad sus propios contornos.

Un rápido vistazo al estado actual de las legislaciones societarias, bien nacionales, bien supranacionales, como sucede en la Unión Europea, pone de manifies-

to, precisamente, el relieve de la cuestión tipológica, sin que ello suponga, claro está, que en todas ellas se haya materializado con la misma significación. Hay ordenamientos en los que la innovación societaria, si cabe la expresión, ha adquirido un alto grado de desarrollo, tanto a nivel doctrinal como, lo que es más relevante, en el terreno de la legislación; de este modo, los sistemas jurídicos beneficiados por ese talante innovador ofrecen a los operadores un amplio elenco de formas disponibles que dilatan, desde luego, su capacidad de elección y, al mismo tiempo, permiten un mejor ensamblaje entre el propósito empresarial perseguido y el tipo societario preferido. En otras ocasiones, sin embargo, los debates sobre la tipología societaria y la necesidad objetiva de ampliar o modular las formas disponibles no han desembocado en la creación de nuevas figuras o en la adaptación de las ya existentes; o, dicho sea forma lapidaria, no se ha alcanzado en la práctica el éxito pretendido, a pesar de la existencia de concretas y puntuales innovaciones.

Sin entrar ahora en las razones explicativas de la diferente distribución geográfica de los propósitos reformistas en materia tipológica, parece necesario señalar que en esta cuestión, como, por otra parte, en todo lo que afecta al cambio legislativo, ha de tenerse muy en cuenta la efectividad práctica de las reformas aprobadas. Aunque quepa afirmar, en teoría, la existencia de tipos societarios idóneos frente a otros que no lo son, no cabe duda de que es la propia realidad empresarial la que termina por «dictar sentencia» al respecto; sentencia, dicho sea de paso, siempre revisable precisamente por las sucesivas modulaciones que esa misma realidad experimenta. Por ello, sólo las figuras aceptadas por la práctica —pudiendo variar el grado o la profundidad de esa aceptación— pueden considerarse auténticamente idóneas desde las finalidades u objetivos de los operadores económicos.

2. Un ordenamiento en el que la cuestión tipológica ha tenido un elevado protagonismo en los últimos años y en el que, a la vez, las innovaciones en dicha materia han sido acogidas calurosamente por la realidad empresarial es, precisamente, el colombiano. Con la figura de la sociedad por acciones simplificada (SAS), el Derecho y la realidad empresarial de Colombia han experimentado cambios de extraordinario relieve, siendo tal vez lo más llamativo el breve lapso de tiempo en el que se han realizado; téngase en cuenta que la SAS ha sido regulada por la Ley 1258 de 2008, habiendo alcanzado en algo más de un lustro la primera posición entre las sociedades mercantiles reconocidas en el Derecho colombiano, con amplia ventaja respecto de las demás. Por tal razón, y sin ser, desde luego, el único ordenamiento que ha conseguido lo que podríamos llamar el «éxito tipológico», pues a su lado habría que anotar el Derecho norteamericano y el Derecho francés, esencialmente, merece destacarse la singularidad del supuesto, que, en lo que nos es conocido, no tiene parangón.

Aunque la realidad empresarial, como sabemos, busca siempre sus propios caminos, en la presente ocasión es satisfactorio destacar la adecuada coordinación

de los propósitos de los operadores económicos con la disciplina establecida para la SAS, cuyo propósito modernizador del Derecho de sociedades colombiano es quizá su principal rasgo distintivo. Y a la hora de analizar y valorar el contenido regulador de la Ley 1258 de 2008 no puede ignorarse el relevante papel que a tal efecto desempeñó el Dr. Francisco REYES VILLAMIZAR, destacado profesor universitario y jurista de relieve internacional, cuya obra sobre la SAS constituye, tras este ya largo exordio, el asunto que justifica la redacción de las presentes páginas.

3. El libro de REYES VILLAMIZAR aspira a dar cuenta en un volumen de páginas no especialmente extenso de los principales caracteres del tipo societario en estudio, pasando revista a los elementos básicos de su regulación. Y aunque la Ley 1258 de 2008 se sitúa en el centro de su análisis, otras normas relevantes del Derecho colombiano de sociedades, empezando por el Código de Comercio, merecen continua atención. Pero no sólo interesan al autor las circunstancias específicas del ordenamiento colombiano, ya que con idéntica profundidad se atiende a la regulación en materia de sociedades mercantiles de otros países, en particular de Estados Unidos y Francia, los cuales, como ya se dijo, representan destacados ejemplos de innovación tipológica. En el caso del Derecho francés, además, concurre la circunstancia de haber sido la cuna de una figura equivalente, y no sólo en el nombre, a la SAS colombiana; la amplia doctrina vertida sobre la *société par actions simplifiée*, así como la intensa evolución legislativa y jurisprudencial al respecto, son objeto de cuidadosa atención en su libro por REYES VILLAMIZAR, quien pone de manifiesto, a lo largo de su trabajo, la incidencia de todas estas circunstancias en el régimen de la SAS colombiana.

Sentada esta cuestión metodológica, conviene decir también que el estudio de REYES VILLAMIZAR se inscribe, desde el punto de vista de sus presupuestos conceptuales, en una orientación sumamente actual que bien podría calificarse de contractualista. Entendemos por tal, con apoyos en una amplia doctrina —sobre todo norteamericana—, la que pretende dar el mayor margen posible de protagonismo en la constitución y el funcionamiento de la sociedad a la autonomía de la voluntad, a fin de que sean los propios socios quienes configuren sin demasiadas restricciones el marco societario más conveniente para sus intereses. Sin perjuicio de opiniones diversas, este criterio parece encontrar su campo natural de aplicación en las sociedades cerradas, como la SAS colombiana, donde la existencia de lazos estrechos entre los socios, con independencia incluso de la dimensión de la empresa, justifican el amplio espacio de que dispone la libertad contractual.

Esta decidida apuesta por la autorregulación implica la presencia en el tratamiento de la figura que nos ocupa de otro tópico habitual en el debate societario de los últimos tiempos, con especial incidencia en la tipología societaria; se trata de la «flexibilidad», esto es, de la capacidad del tipo establecido por el legislador de adaptarse a muy diversas realidades empresariales y organizativas. La SAS es, en este sentido, una figura especialmente flexible, como prueba el hecho, reiterada-

mente expuesto por REYES VILLAMIZAR a lo largo de su obra, de que dicho tipo societario es idóneo no sólo para las pequeñas y medianas empresas, como se hubiera podido pensar, con cierta ligereza, eso sí, en el momento de su creación legislativa, sino también para iniciativas económicas de considerable dimensión. Hay, no obstante, una frontera infranqueable por la SAS, que constituye, por lo demás, expresión de su carácter cerrado; se trata de su extrañamiento respecto del mercado de valores, como se destaca en el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008, lo que, como oportunamente señala el autor (pág. 132), no impide que la SAS efectúe «ofertas privadas» tanto de acciones como de otros títulos negociables, siempre que no se superen los límites previstos en el estatuto bursátil vigente.

4. No es posible en el curso de una mera recensión dar cuenta de todos los aspectos de interés contenidos en una obra como la que ahora se considera. Sería menester afrontar un estudio de más ambicioso espectro, a fin de dar cuenta de las numerosas cuestiones relevantes que contempla REYES VILLAMIZAR en los distintos apartados de su libro. Sí resulta posible, con todo, describir someramente la sistemática concreta del trabajo, la cual revela la voluntad del autor de analizar con carácter exhaustivo los rasgos caracterizadores de la figura, así como su estructura organizativa y las modificaciones que le puedan afectar; todo ello, debidamente ambientado en el debate societario internacional y con abundantes referencias, según se ha advertido ya, a otros ordenamientos. Así, el capítulo primero (páginas 8-29) se dedica a exponer los «aspectos generales de la sociedad por acciones simplificada», lo que lleva a REYES VILLAMIZAR a referir el proceso legislativo que condujo a la aprobación de la Ley 1258 de 2008, así como, muy oportunamente, la adecuación de la SAS a los principios constitucionales vigentes en Colombia. El capítulo segundo (págs. 35-94) rastrea los antecedentes de la figura, en el contexto no sólo colombiano, con especial referencia a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, sino también de América Latina, donde constituye, como es bien sabido, una institución conocida y prestigiosa. También en este capítulo se alude a otros ordenamientos jurídicos, siendo el Derecho norteamericano y el francés, según se ha advertido, los que reciben atención prioritaria.

Por su parte, el capítulo tercero, el más extenso del libro (págs. 96-198), desgana las circunstancias fundamentales relativas a los elementos caracterizadores de la SAS. Que la figura ha surgido, entre otras cosas, para superar las deficiencias de los tipos societarios previstos en el Código de Comercio colombiano, se aprecia en todos sus rasgos distintivos, desde la fundación, susceptible de llevarse a cabo por un solo sujeto mediante acto unilateral, hasta la forma ágil, mediante el arbitraje, de resolución de los conflictos que puedan surgir en su seno. Entre tales rasgos cabe destacar ahora la adopción del criterio de mercantilidad por razón de la forma, lo que convierte a la SAS siempre en empresario, con independencia de su objeto; la limitación de responsabilidad, afirmada con toda nitidez en el artículo 1, lo que no impide, al mismo tiempo, que la Ley 1258 de 2008 contemple el abuso del Derecho, así como la desestimación de la personalidad

jurídica de la SAS; y, por último, debe destacarse el relieve de la responsabilidad de los administradores, incluyendo a los puramente fácticos, a los que se imponen estrictos deberes fiduciarios, sin perjuicio de otros de carácter específico, y a cuyo tratamiento concurre el régimen general de los administradores en Derecho colombiano, contemplado en la Ley 222 de 1995.

El cuarto capítulo (págs. 200-268) presta cuidadosa atención a fundación de la SAS, así como a su estructura orgánica, ámbitos en los que, de nuevo, la libertad contractual y la flexibilidad desempeñan un papel de extraordinario relieve. Aunque es destacable el hecho de que se admita el documento privado como «vehículo» de constitución de la SAS, quizá sea el capítulo relativo al capital y a las acciones, si se quiere la vertiente propia de financiación de la sociedad, donde la innovación adquiera mayor relieve. Se reconoce, de este modo, la posibilidad de emitir muy diversas clases de acciones (privilegiadas, con dividendo preferente y sin derecho de voto, con dividendo fijo anual, de pago, entre otras), susceptibles de dotarse, cada una de ellas, de un tratamiento particular. En lo que se refiere a los órganos de la sociedad, destaca la amplia libertad de que disponen los socios para establecer el típico régimen dualista (asamblea y órgano administrativo), sin perjuicio de que quepa pensar en otro tipo de estructura. La tendencia a la flexibilidad y a la desburocratización se aprecia nítidamente en las normas que, con carácter dispositivo, ofrece la Ley 1258 de 2008. Así se advierte, por ejemplo, a propósito de la asamblea, cuyo régimen de convocatoria se aligera de manera significativa, admitiéndose incluso la validez de la renuncia expresa a la convocatoria. Por lo que se refiere al órgano administrativo, puede prescindirse del clásico supuesto de la Junta directiva, sin perjuicio, eso sí, de la necesidad de designar un representante legal.

Por último, el capítulo quinto (págs. 269-305) se ocupa de las reformas estatutarias, reorganización, disolución y liquidación de la SAS. El carácter sintético del tratamiento que a tan variados temas otorga REYES VILLAMIZAR no impide apreciar algunas singularidades llamativas del régimen que, en estas cuestiones, se ha establecido para la SAS. Uno de los asuntos de mayor trascendencia es el hecho de que se requiere unanimidad para llevar a cabo la transformación, tanto si la entidad que se transforma es una SAS (en otra sociedad mercantil) como si ella es el destino de la transformación. La cuestión se explica con facilidad, teniendo en cuenta que no parece lógico invocar una decisión mayoritaria para que los socios disconformes se vean insertos en una figura jurídica dotada de tantas especialidades. Por otro lado, y a propósito de las medidas de reorganización (entre las que destacan, como novedad, la fusión abreviada y la cesión global de activo y pasivo), habrá de tenerse en cuenta, para completar su régimen jurídico, lo dispuesto en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995. Por último, destaca nuestro autor el carácter relativamente continuista del tratamiento relativo a la disolución y liquidación de la SAS, lo que no ha impedido la supresión de algunos trámites que dilataban en exceso el proceso liquidatorio de las sociedades mercantiles.

5. De esta rápida y sumaria exposición del libro elaborado por Francisco REYES VILLAMIZAR sobre la sociedad por acciones simplificada del Derecho colombiano podrá deducir, no obstante, el lector su interés, su originalidad, así como el carácter exhaustivo del tratamiento doctrinal llevado a cabo. Sin perjuicio del rigor académico, presente en el abundante aparato crítico y en los numerosos matices y reflexiones que a lo largo de su obra esmalta el autor, resulta indudable que nos encontramos ante un trabajo atractivo no sólo para los profesores e investigadores del Derecho, sino también para los estudiantes, los operadores económicos y, en general, los múltiples interesados en las características y la utilidad de la figura analizada. Así lo destaca, con su particular autoridad, el profesor Alan PALMITER, de la Universidad de Wake Forest (Estados Unidos), que firma un sugestivo prólogo al libro de nuestro autor.

Verdaderamente puede decirse, en conclusión, que nos encontramos ante una obra de gran calidad, escrita en paralelo con el exitoso desarrollo de la SAS en la práctica, y beneficiaria, como la figura que analiza, del favor del público. Dada la celeridad con la que se ha desarrollado la efectiva implantación de esta sociedad en los medios empresariales colombianos, resulta necesario seguir observando con cuidado su evolución en los próximos años, así como sus vínculos con el Derecho general de sociedades en Colombia, cuya necesidad de reforma y adaptación a las circunstancias del tiempo presente parecen indudables al autor. No parece posible desconocer que esta rigidez normativa y una, quizá mayor, rigidez doctrinal han reducido el valor sustancial del Derecho de sociedades «heredado» de la influencia europea. Tampoco cabe soslayar la posibilidad de que la significativa informalidad empresarial presente durante tanto tiempo en Colombia haya servido de acicate para realzar e intensificar los muchos elementos valiosos contenidos en la regulación, y en la idea misma, de la SAS. Para el lector español, en fin, la lectura del libro de Francisco REYES VILLAMIZAR resulta especialmente recomendable, dada la errática política jurídica desplegada en el marco de la innovación societaria a lo largo de los últimos años, así como por el hecho de que ciertas figuras, supuestamente flexibles, en apariencia (como la sociedad limitada nueva empresa) hayan resultado, en última instancia, más rígidas que la sociedad «general» a la que intentaban mejorar.

Merece Francisco REYES VILLAMIZAR un caluroso elogio por esta completa obra sobre la sociedad por acciones simplificada en el Derecho colombiano, que servirá, sin duda, de enseñanza e ilustración para los muchos interesados en la realidad actual del Derecho de sociedades.

*(Trabajo recibido el 17/10/2014
y aceptado para su publicación el 01/01/2015)*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán 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 minúscula 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.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número *, fecha, pp. * a *.

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser 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.

3. Obligaciones del Consejo de Dirección

- El Consejo de Dirección se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Dirección asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Dirección se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Dirección velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.