



# Cuadernos de Derecho y Comercio

## 56

Consejo General  
del Notariado

Diciembre  
2011









# Cuadernos de Derecho y Comercio 56

Diciembre de 2011

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](http://www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Consejo General del Notariado

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](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 15757-4812  
Depósito Legal: M-53.016-2001

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

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

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

### PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

### DIRECTOR

José Manuel García Collantes

### SECRETARIO

Ricardo Cabanas Trejo

## CONSEJO DE REDACCIÓN Y DIRECCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real  
Carmen Alonso Ledesma  
Alberto Alonso Ureba  
M.<sup>a</sup> Luisa Aparicio González  
Emilio Beltrán Sánchez  
José M.<sup>a</sup> de la Cuesta Rute  
Alberto Díaz Moreno  
Justino Duque Domínguez  
José Miguel Embid Irujo

Gaudencio Esteban Velasco  
Rafael Illescas Ortiz  
Josep Massaguer Fuentes  
Xavier O'Callaghan Muñoz  
Santiago Ortiz Navacerrada  
José Cándido Paz-Ares Rodríguez  
Fernando Rodríguez Artigas  
Ángel Rojo Fernández-Río  
Patricio Toscano Romero



## COLABORADORES PERMANENTES

|                                   |                                         |
|-----------------------------------|-----------------------------------------|
| Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny   | Carlos Pérez Ramos                      |
| María Teresa Barea Martínez       | Tomás Pérez Ramos                       |
| Antonio Domínguez Mena            | Jorge Prades López                      |
| Íñigo Fernández de Córdova Claros | Rocío Rodríguez Martín                  |
| María Teresa García Ludeña        | Fernando Rodríguez Prieto               |
| Martín González del Moral         | Luis Rojas Martínez del Mármol          |
| Manuel Lora-Tamayo Villacieros    | Jorge Sáez-Santurtun Prieto             |
| Javier Manrique Plaza             | Ernesto Tarragón Albella                |
| Cristina Marqués Mosquera         | Manuel Gerardo Tarrío Berjano           |
| Ignacio Martínez-Gil Vich         | Salvador Torres Ruiz                    |
| María del Rosario de Miguel Roses | Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto |
| Juan Pérez Hereza                 | María Zulueta Segarra                   |



## SUMARIO

### DOCTRINA

|                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la ley 25/2011, de 1 de agosto, por <i>Segismundo Alvarez Royo-Villanova</i> ..... | 13  |
| El submercado hipotecario extrabancario y la función notarial, por <i>Manuel González-Meneses García-Valdecasas</i> .....                                                       | 41  |
| El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital, por <i>Luis Hernando Cebriá</i> .....                                                        | 87  |
| El contrato de agencia y la comisión mercantil, por <i>Elena Leñena Mendizábal</i> .....                                                                                        | 135 |

### PRÁCTICA JURÍDICA

|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Los derechos de crédito como garantía tras la reforma del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, por <i>Alfredo Meneses Vadillo</i> ..... | 227 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

|                                                                                                                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de abril de 2011. Procedencia del concurso de acreedores en caso de existir un solo acreedor, por <i>María López Mejía</i> .....      | 241 |
| Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de marzo de 2011. Revocación unilateral del poder conferidos por ambos administradores mancomunados al representante físico de uno de |     |

|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ellos. Eficacia, notificación, caducidad del cargo de administrador, por<br><i>Miguel Llorente Gonzalvo</i> ..... | 251 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## LIBROS

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Derecho Mercantil, dirigido por José María de la Cuesta Rute, por <i>José<br/>Manuel García Collantes</i> ..... | 263 |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## **DOCTRINA**



# **LA WEB CORPORATIVA Y OTRAS MODIFICACIONES AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN LA LEY 25/2011, DE 1 DE AGOSTO**

**SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA**

*Notario*

## **RESUMEN**

La ley 25/2011, de 1 de agosto, introduce numerosos retoques y algunas importantes novedades en la regulación general de las sociedades de capital. El artículo repasa todos los cambios introducidos y se detiene en los temas más novedosos: en primer lugar el alcance de la regulación de la web de la sociedad, los requisitos para su creación y los problemas de derecho transitorio. Se estudian también las modificaciones en materia de convocatoria y de sistema de administración y su impacto en los estatutos en el futuro y el nuevo derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos, que es la novedad que más discusiones está planteando.

## **ABSTRACT**

The law 25/2011, of August 1 introduces many small changes and some important developments in the regulation of corporations. The article reviews specially the most relevant topics: regulation of the creation of the company web, changes in the notice for the shareholder's meetings, and the new option for management system. Finally special attention is given the new and very controversial right to withdraw from the company for lack of distribution of dividends.

**SUMARIO:** I.—LA REGULACIÓN DE LA SEDE ELECTRÓNICA O WEB CORPORATIVA DE LA SOCIEDAD. 1. ¿Qué es la sede electrónica? 2. El órgano competente para la creación de la web. 3. Relación de la sede electrónica y los estatutos. 4. Relación entre la web corporativa y el registro. A) *¿Qué es lo que se hace constar en el registro?* B) *¿Cuál es el título hábil para su constancia registral?* C) *Traslado de la web y supresión.* D) *La notificación como alternativa a la inscripción.* E) *La prueba de la publicación.* F)

*Problemas de derecho transitorio.* a) ¿Qué sucede con aquellas webs que ya constan en el registro? b) ¿Se puede seguir notificando la web ya creada antes de entrar en vigor conforme a la instrucción de la DGRN de 18 mayo 2011 (corrección de 27 de mayo)? II.—SISTEMAS ALTERNATIVOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA S. A. III.—CUESTIONES EN TORNO A LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA. 1. El nuevo régimen de convocatoria. *A) Opciones estatutarias.* a) Medios previstos en la ley. b) El problema de la publicación en un diario. c) Sistemas cumulativos, subsidiarios y alternativos. *B) Sistema supletorio y excepciones.* *C) Derecho transitorio: el problema de los estatutos vigentes.* 2. Otras cuestiones en relación con la convocatoria. IV.—ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA. V.—CONVOCATORIA DEL CONSEJO. VI.—NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DE FIRMAS EN DEPÓSITO DE CUENTAS. VII.—MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL Y DERECHO DE SEPARACIÓN. VIII.—DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE NO REPARTO DE DIVIDENDOS. 1. Juicio crítico. 2. Supuesto de aplicación. *A) Elemento temporal.* *B) El voto del disconforme a favor de la distribución de dividendos.* *C) Elemento objetivo: la interpretación de los beneficios propios de la explotación que sean legalmente repartibles.* *D) Excepción en el caso de sociedad cotizada.* *E) Pactos que alteren este derecho.* IX.—REFORMAS EN MATERIA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 1. El cese de actividad como nueva causa de disolución para S. A. 2. Supresión de la publicación de la disolución de la S. A. 3. Conversión de administradores en liquidadores. 4. Supresión de la necesidad de venta de inmuebles en pública subasta. X.—OTRAS MODIFICACIONES.

La ley que estudiamos anuncia en su título su doble finalidad: reformar del régimen de las sociedades de capital e incorporar la directiva 2007/36/CE, relativa a derechos de socios de sociedades cotizadas, pero en este comentario me limito a la primera parte de la ley, que afecta a la regulación general de las sociedades. La finalidad de la reforma en este aspecto, según su exposición de motivos, es la reducción de costes, la modernización de algunas normas y la supresión de diferencias injustificadas entre las regulaciones de anónimas y limitadas. No existe, por tanto, una sistemática en la reforma, pues con este fundamento se modifican muy diversas normas que trataré de agrupar por materias, aunque al final no queda más remedio que dejar el cajón de sastre de «otras modificaciones».

## **I. LA REGULACIÓN DE LA SEDE ELECTRÓNICA O WEB CORPORATIVA DE LA SOCIEDAD**

La Exposición de Motivos no contiene referencia alguna a una de las novedades más importantes de la ley, que es la introducción de un artículo (art. 11 bis) sobre la sede electrónica de la sociedad, lo que hace más difícil saber cuál es el verdadero alcance y finalidad de este artículo que no aparecía en el proyecto. Plantea muchos problemas, pero el primero es saber de qué quiere hablar la ley cuando se refiere a la sede electrónica o web corporativa.

### **1. ¿Qué es la sede electrónica?**

El artículo 11 bis se titula así, pero después habla de una página web corporativa en el primer párrafo, de la web de la sociedad en el segundo y en el tercero ya simplemente habla de la web. En el resto del articulado de la ley se refiere simplemente a la página web de la sociedad incluso en los artículos que se reforman en esta ley, como el artículo 173. ¿Quiere esto decir que el artículo se refiere

a cualquier web de la sociedad? ¿Para crear cualquier web por la sociedad se deben cumplir por tanto los requisitos del 11 bis?

A pesar de la falta de consistencia de la terminología, creo que está claro que la ley no se refiere a cualquier web de la sociedad. La creación y utilización de una o varias webs es un acto de administración que corresponde al órgano de administración o incluso a los apoderados de la sociedad. Cuando el legislador regula una web «corporativa» lo hace dentro del contexto de la evolución legislativa de la LSC. Hay que recordar que la web aparece en la LSC con la reforma por el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, que modifica la norma de convocatoria (art. 173) y de determinadas publicaciones (289, 290.1, 233.), en las que se sustituye la publicación en el diario por la web de la sociedad. Pero en esa norma no se regula la web, lo que planteaba dudas sobre cuáles eran las condiciones que debía reunir para poder ser utilizada. Por eso la DGRN dicta la instrucción de 18 de mayo de 2011 (que se enmienda de manera sustancial en corrección de errores de 27 de mayo de 2011). En ella se establece que «en caso de que se optara por la publicación de la convocatoria de la Junta general en la página web de la sociedad, ... la sociedad deberá o bien determinar la página web en los estatutos de la sociedad o bien notificar dicha página web al registro mercantil mediante declaración de los administradores, para su constancia por nota al margen». Sin perjuicio de la indudable buena voluntad de la Dirección General, no parece que una instrucción fuera la mejor forma de completar la LSC, y por ello el legislador evidentemente persigue la misma finalidad que la instrucción, pero ahora con rango legal. A la misma conclusión lleva el examen de los antecedentes legislativos, pues la norma procede de una enmienda del Grupo Catalán que dice que la posibilidad de convocatoria a través de la web estaba planteando problemas prácticos y que era «imprescindible dotar de respaldo normativo sustantivo previo a la existencia de web corporativa y a su publicidad».

Lo que se pretende, por tanto, es regular la web a los efectos de su utilización como medio de publicidad en los supuestos previstos en la misma ley. Es decir, que los requisitos del 11 bis son sólo a los efectos de considerar la web como web corporativa, es decir, como página web hábil para publicidad con efectos jurídicos; es decir, las publicaciones que exijan la LSC u otras leyes mercantiles. La sociedad podrá por otra parte utilizar una o más direcciones web, con los fines comerciales o publicitarios normales, sin que por supuesto esté sometida su creación, modificación o supresión a los requisitos del 11 bis.

## **2. El órgano competente para la creación de la web**

Se establece que corresponde a la Junta general, lo cual es un criterio claramente distinto al de la instrucción, que parecía atribuirlo al órgano de administra-

ción<sup>1</sup>. Esta opción parecía más práctica y también más coherente con que su supresión o traslado se deje a los administradores, como hace el artículo. J. ROMERO-GIRÓN<sup>2</sup> cree que es justificable, pues de lo que se trata aquí no es de crear una web, sino de alterar el medio de comunicación con los socios o los terceros. En este sentido, como los socios van a dejar de tener que consultar un medio (el BORM) para consultar otro (la web), puede tener sentido que sea ésta una decisión que se deje a la mayoría.

En este sentido, como la ley de lo que habla es del acuerdo de creación de una web corporativa, creo que se pueden distinguir dos niveles de decisión:

- La decisión de que la web se pueda utilizar a estos efectos, que corresponde a la Junta. No creo que siempre sea necesario un acuerdo específico para ello, pues en las sociedades de nueva creación esta decisión se deducirá de los estatutos si en los mismos se hace referencia a la convocatoria en la web corporativa, aunque no figure en ellos el concreto dominio web.
- La decisión de la determinación de la concreta web o dominio de Internet (la dirección *www.nombredeldominio.com/es*), que creo puede hacer el órgano de administración. Si como veremos está facultado para cambiarlo, no hay razón para que no lo pueda determinar si está previsto en los estatutos o si la Junta que acuerda lo anterior le faculta para ello. J. A. GARCÍA-VALDECASAS parece admitir esta delegación, pero siempre que se establezca un plazo para ello. Lo que está claro es que de cara a la comunicación a los socios de esa web (vía notificación o publicación en el Registro Mercantil) lo que ha de comunicarse no es la creación de la web, sino el concreto dominio, pues obviamente a ellos les interesa no sólo saber que la publicación se hace en la web, sino en qué página se encuentra.

Esto tiene una notable importancia práctica, pues en el caso de las sociedades de nueva creación la sociedad nunca tendrá dominio web en el momento de su constitución (salvo que lo aporte un socio en ese momento), y por tanto no se podrá determinar el dominio, pues puede que después no se consiga la asignación del que se quiera en ese momento. Por tanto, cuando se opte por este sistema de convocatoria en estatutos, lo más práctico (aunque se puede sostener que no es estrictamente necesario) es tomar en la propia constitución el acuerdo de delegar en los administradores la determinación del dominio y su comunicación al regis-

---

<sup>1</sup> Y también a la propuesta original de la enmienda que dio origen al artículo.

<sup>2</sup> Las citas que se hacen a las opiniones de José ÁNGEL GARCÍA-VALDECASAS y a las de Juan ROMERO GIRÓN se encuentran —apropiadamente teniendo en cuenta el tema— en la web [www.notariosyregistradores.org](http://www.notariosyregistradores.org). En concreto, en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-J. A. GARCÍA-VALDECASAS-webs-sociedades.htm>. <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-J. A. GARCÍA-VALDECASAS-webs-sociedades.htm>. y <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2011-giron-webs-sociedades.htm>.

tro. En sociedades ya constituidas, es posible también que se opte por este sistema si en el momento de la Junta no se tiene aún el dominio concedido.

### **3. Relación de la sede electrónica y los estatutos**

En la citada instrucción de la DGRN una de las formas de dar publicidad a la web era la constancia en estatutos, pero la ley ya no hace referencia a ello. Creo que es acertado el cambio, pues, como hemos visto en el momento de la constitución, lo normal es que no se tenga el dominio.

Eso no quiere decir que no se pueda hacer constar en estatutos, pero eso planteará el problema de si para su modificación es necesario cumplir los requisitos generales de la modificación de los mismos. Yo creo que hay que establecer un paralelismo entre web corporativa y domicilio social, como parece desprenderse de la denominación «sede electrónica». En este caso, la similitud es con el cambio dentro del término municipal (art. 285.2 LSC), pues el cambio de dominio no supone ninguna exigencia de desplazamiento físico del socio, como se supone un cambio fuera del domicilio<sup>3</sup>. Por tanto, se puede defender que en este caso también la modificación la pueda hacer el órgano de administración. Lo que sucede es que, como la ley no lo dice expresamente, hay que acudir a una interpretación analógica, por lo que parece más acertado no hacer constar el dominio en estatutos.

### **4. Relación entre la web corporativa y el registro**

#### *A) ¿Qué es lo que se hace constar en el registro?*

La literalidad de la ley parece indicar que es el acuerdo de creación de la web corporativa, pero evidentemente lo que interesa a los socios y terceros es saber el dominio de Internet al que se han de dirigir.

Parece posible que se pretenda la inscripción de un acuerdo acordando sólo la creación y autorizando a los administradores para la concreción de la web. Pero aún en ese caso está claro que no podrá utilizarse la web a efectos de convocatoria hasta que se haya notificado o inscrito en el registro el acuerdo del órgano de administración determinando el concreto dominio.

---

<sup>3</sup> En este sentido se pronuncia la justificación de la enmienda del Grupo Catalán en la que tiene origen el artículo. En la misma se decía que su traslado debía equipararse al traslado dentro del término municipal.

*B) ¿Cuál es el título hábil para su constancia registral?*

La instrucción de la DGRN hablaba de declaración de los administradores sin especificar el título formal, y en la práctica se estaba admitiendo en los registros mercantiles una declaración con firmas legitimadas.

En la actualidad lo que ha de inscribirse es el acuerdo de la Junta general, complementado o no con acuerdo del órgano de administración según lo expuesto. Como no se establece una excepción al principio de titulación pública, parece que, de acuerdo con el artículo 5 del RRM, parece que sería necesaria la elevación a público del acuerdo. Parecen llevar a la misma conclusión los antecedentes legislativos del artículo, pues en la propuesta inicial de la enmienda se especificaba que se inscribiría con simple certificación con firmas legitimadas, lo que desapareció en el artículo definitivo.

En cualquier caso, el acuerdo deberá estar certificado por la personas o personas con facultad para hacerlo, y en la certificación tienen que constar los datos para la calificación de la regularidad del acuerdo por el notario y el registrador, de acuerdo con las normas generales del RRM.

Hay que destacar que lo conveniente para las sociedades que quieran usar su web corporativa es que, además de crear la web, acuerden cambiar sus estatutos para regular las formas de convocatoria. Si sólo se hace lo primero, las sociedades anónimas tendrán que publicar no sólo en la web, sino también en el BORM, pues ese es el régimen general del 173.1. Si se trata de una SL, el acuerdo de creación de la web no altera el sistema por el que hubieran optado los estatutos y se deberá seguir convocando por el sistema que conste en ellos. A ello volveremos al tratar las cuestiones de derecho transitorio.

*C) Traslado de la web y supresión*

La ley no dice qué ha de entenderse por traslado de la página web de la sociedad. Podría pensarse que es el cambio en el servidor donde está alojada la web, pero eso no tiene ninguna relevancia para los socios o terceros y no tendría sentido que la ley exigiera para el traslado la misma publicidad que para la creación de la web (inscripción o notificación). La ley sólo se puede estar refiriendo al cambio del dominio de Internet, pues la sede electrónica es una especie de domicilio de la sociedad en Internet, un lugar a los que los socios se pueden dirigir para informarse sobre temas de la sociedad. El traslado de la web tiene una similitud con un cambio de domicilio, y está claro que en este caso la «dirección» de la sociedad es su dominio en la World wide web. Por tanto, el traslado nunca será del servidor donde está alojada la web, cosa de todo punto intrascendente, sino el cambio del nombre que sigue a las tres uves dobles (www.).

Creo que por ello es lógico que la competencia corresponda al administrador, igual que en el cambio de domicilio en la misma localidad: aquí no cabe distinguir entre fuera y dentro del término municipal, pues el acceso a la dirección web es idéntico desde cualquier lugar en que se encuentre el socio (que es la justificación de la distinción en el otro caso)<sup>4</sup>. Si la web consta en los estatutos, creo que se debe admitir que dicha dirección se pueda cambiar por los administradores sin necesidad de acuerdo de la Junta, aunque a falta de reconocimiento legal expreso puede que sea conveniente que eso se prevea en los estatutos.

Bastante menos lógico es que también se permita al órgano de administración la supresión de la web cuando es la Junta la que acuerda su creación. En cualquier caso creo que esto no siempre será posible: si, por ejemplo, si en los estatutos se ha optado por que la convocatoria se realice a través exclusivamente de la publicación en la web, sin establecer un medio subsidiario o alternativo, obviamente será necesario acuerdo de la Junta y modificación de estatutos para suprimir la web.

#### *D) La notificación como alternativa a la inscripción*

A diferencia de la instrucción, la ley permite la utilización de la web sin que tenga reflejo registral. Parece más conveniente tanto para los socios como para evitar impugnaciones que conste en el registro, pero de lo que no cabe duda es que es posible con la regulación actual<sup>5</sup>.

Lo cierto es que, más que a través del registro, lo lógico es que el legislador hubiera establecido que un sistema para poder acceder a las webs corporativas a través de una web central oficial, abierta y gratuita, a la que pueda acceder libremente cualquier persona y, buscando el nombre de la empresa, ser redirigido a la web corporativa. Esta llamada plataforma central es la que prevé la directiva 2009/109/CE relativa a las fusiones, que debería haberse adaptado ya. Se podría establecer la posibilidad de que, tras la elevación a público del acuerdo de creación de la web, el notario enviara de forma telemática y segura a esa plataforma el dominio de la sociedad.

Volviendo a la notificación, la ley no establece una forma especial para la misma, por lo que la elección se convierte en un tema de oportunidad, que deberá

---

<sup>4</sup> En sentido contrario, J. A. GARCÍA-VALDECASAS, que entiende que existe una supresión y nueva creación, aunque el mismo autor en un escrito anterior a la ley entendía que el traslado era competencia del órgano de administración porque se trata de una especie de cambio de dirección, y en otro lugar parece admitir que en estatutos se prevea que el órgano de administración pueda cambiar la página.

<sup>5</sup> Aparte de la inequívoca literalidad, se puede añadir que la enmienda original sólo preveía la inscripción, y se modificó a la redacción actual. Otra enmienda en el Senado proponiendo la vuelta a la redacción original fue rechazada.

ser valorada por los administradores, teniendo en cuenta que la convocatoria a través de la web se podría impugnar por cualquiera que dijera que no ha recibido esa notificación, y entiendo que la carga de la prueba recaería sobre la sociedad. Parece que, si los estatutos prevén un sistema de comunicación individual para la convocatoria, se deberá utilizar el mismo para realizar esta notificación.

#### *E) La prueba de la publicación*

La ley distingue entre la prueba de la inserción del anuncio y la de su mantenimiento, pero parece confundir la cuestión de la carga de la prueba con la forma de acreditar extrajudicialmente la publicación.

El artículo 11 bis.2 establece que la prueba de la inserción y la fecha es a cargo de los administradores, mientras que es al socio al que corresponde probar, en su caso, que la publicación no se ha mantenido durante el plazo legal. Por tanto, el administrador deberá ser capaz de probar la inserción con la antelación legal por cualquier medio que se admita en derecho. Es posible, por ejemplo, preconstituir esa prueba a través de un acta notarial, en la que se haga constar la existencia de la página y la accesibilidad de la convocatoria y su contenido.

No es, sin embargo, necesario preconstituir una prueba del mantenimiento, lo cual parece lógico, porque sería difícil obtener un certificado del servidor garantizando la no interrupción del acceso, y desde luego imposible realizar un acta que probara ese hecho. Es el socio el que debe probar que en un momento del plazo la convocatoria o la web no eran accesibles (para lo que sí podría servir un acta notarial).

Cuestión distinta es cómo se acredita al notario que se ha realizado la publicación y su mantenimiento. En cuanto a este último está claro en la ley que basta la manifestación del administrador. A *sensu contrario* podría entenderse que en cuanto a la inserción se debería exigir por el notario la prueba de la convocatoria, pero creo que no es así, y que la ley confunde la prueba con la acreditación. Que la carga de la prueba sea del órgano de administración no quiere decir que la acreditación extrajudicial tenga que ser completa o fehaciente, entre otras cosas porque tampoco lo era en el sistema anterior. Es cierto que en el caso de anónimas se exigía la acreditación de las publicaciones, pero en el caso de la convocatoria por comunicación individual bastaba la declaración del administrador.

Por tanto, entiendo que a efectos notariales y registrales bastará que la persona con facultad certificante declare en qué web y en qué fecha se ha realizado el anuncio y que se ha mantenido ininterrumpidamente. Otra cosa es que, como criterio de prudencia notarial, convenga en la práctica comprobar la existencia de la

web y la constancia en la misma de la publicación, acompañando a la escritura una impresión de ésta<sup>6</sup>.

*F) Problemas de derecho transitorio*

La ley no contiene ninguna norma de derecho transitorio, pero hay que tratar de dar respuesta a varias cuestiones.

a) ¿Qué sucede con aquellas webs que ya constan en el registro?

Las webs que ya constan comunicadas por el órgano de administración y que se han inscrito o anotado de acuerdo con la instrucción de la DGRN deben poder ser utilizadas sin que sea necesario un acuerdo de la Junta ratificando lo ya hecho. La inscripción se hizo con arreglo a la normativa vigente en su momento y por tanto debe mantenerse su validez.

b) ¿Se puede seguir notificando la web ya creada antes de entrar en vigor conforme a la instrucción de la DGRN de 18 mayo de 2011?

J. A. GARCÍA-VALDECASAS entiende que es posible porque el artículo 11 bis sólo habla de la creación de la web corporativa, por lo que, si existía antes de la entrada en vigor de la ley, se puede comunicar al Registro con la simple certificación del órgano de administración, declarando en la misma su existencia anterior a la ley. Sin embargo, se plantea el problema de cómo acreditar que esa web ya existía. Puede que los registros admitan la simple manifestación en ese sentido del órgano de administración, pero no es una cuestión clara, porque si con anterioridad a la ley no se había comunicado al registro ni se había utilizado para la convocatoria, no está claro que esa web pueda ser calificada como web corporativa.

## **II. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE ADMINISTRACIÓN EN LA S. A.**

Se reforma la letra e) del artículo 23 unificando la regulación para anónimas y limitadas, adoptando el sistema que se aplicaba a estas últimas, de manera que parece admitirse para la S. A. la opción por diversos sistemas de administración que antes era

---

<sup>6</sup> No siempre será posible esta comprobación, dado que nuestra ley no prevé el mantenimiento de la convocatoria con posterioridad a la celebración (posibilidad que contempla la citada directiva 2009/109); puede que cuando se vaya a otorgar la escritura la convocatoria ya no esté en la web. Aunque no haya previsión legal, creo que es aconsejable que las publicaciones pasadas se mantengan en la web.

exclusivo de las limitadas. No obstante, el legislador ha olvidado modificar el artículo 210.3 de la LSC, que dice: «en las sociedades de responsabilidad limitada los estatutos sociales podrán establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta de socios la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin modificación estatutaria». Parece, por tanto, que esa posibilidad sigue limitada a las sociedades limitadas ¿Cómo debemos interpretar esta contradicción?

Podría defenderse que la norma especial es el artículo 210 y por ello debe prevalecer. Sin embargo, creo que hay que optar por la interpretación contraria, pues la finalidad de la reforma se expresa de forma clara en el preámbulo de la ley: *«es igualmente importante la admisión de que los estatutos de las sociedades anónimas, en lugar de una rígida estructura del órgano de administración puedan establecer dos o más modos de organización, facilitando así que, sin necesidad de modificación los estatutos, la Junta general de accionistas pueda optar sucesivamente por aquel que considere preferible»*. Como vemos, la Exposición de Motivos casi reproduce el artículo 210.3 y aunque olvide modificarlo no cabe ninguna duda de cuál es la finalidad de la ley, ni la voluntad del legislador. La posible contradicción debe resolverse a favor de la ley posterior, y por tanto el artículo 210 debe interpretarse en el sentido de que se permite para la limitada, pero no se prohíbe a la anónima, para la que el artículo 23 lo admite claramente.

Desde el punto de vista de la práctica notarial, creo que se debe informar a las sociedades de esta posibilidad que les puede ahorrar costes en el futuro y por tanto ofrecer tanto a las nuevas sociedades como a aquellas que vayan a cambiar sus estatutos que introduzcan esa opción. No hay que olvidar, sin embargo, que en el caso de la SA sólo es posible que existan dos administradores mancomunados, pues si se supera ese número se debe optar por un Consejo de administración (art. 210.2 LSC). No parece muy claro cuál es el fundamento de esa diferencia tipológica, pero sí que el legislador no ha querido sumprirla.

### **III. CUESTIONES EN TORNO A LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA**

#### **1. El nuevo régimen de convocatoria**

El artículo 173, que ya había sido reformado por el RDL 13/2010, de 3 de diciembre, se vuelve a modificar en esta ley. Mientras que aquella reforma consistía en permitir a la S. A. sustituir la publicación en el diario por el anuncio en la web, la actual es de mucho mayor calado. Se pasa a establecer un régimen único para anónimas y limitadas, en la línea del sistema de estas últimas, pues se permite que sean los estatutos los que establezcan el régimen dentro de las opciones admitidas por la ley. Pero el régimen estatutario sigue siendo una opción y la ley establece en el primer párrafo el régimen supletorio.

*A) Opciones estatutarias.*

a) Medios previstos en la ley.

El punto 2 del artículo prevé las siguientes posibilidades:

- Publicación en la web de la sociedad.
- Procedimiento de comunicación individual y escrita: este sistema, que sólo se admitía para la S. R. L., ahora puede ser recogido en los estatutos de las anónimas. Hay que tener en cuenta que la RDGRN de 8 de julio de 2011 ha entendido que basta con que se reproduzca en los estatutos la dicción de la ley, sin que haga falta precisar el medio concreto (correo certificado, burofax, telegrama, etc.), pudiendo por tanto los administradores usar cualquiera que cumpla los requisitos legales.

b) El problema de la publicación en un diario.

El artículo 173.2 no ha incluido la publicación en un diario como una de las formas de convocatoria por las que pueden optar los estatutos, por lo que podría entenderse que no se admite, como sostiene J. A. GARCÍA-VALDECASAS. Sin embargo, en el 173.1 se admite como sistema subsidiario y adicional; además, como veremos al tratar la cuestión de derecho transitorio, la ley no exige el cambio de estatutos ni fija un plazo de adaptación. Por tanto, está claro que el sistema de publicación en un diario puede subsistir en las sociedades ya existentes, y habrá de admitirse que se mantenga cuando se refundan estatutos.

En el caso de que una sociedad nueva quiera utilizar este sistema, está claro que podrá hacerlo como sistema subsidiario de la web, pues sería una opción por el sistema legal supletorio (173.1), y que podrá elegirse como sistema adicional a la web o al sistema de comunicación escrita (173.2). Admitidas todas estas posibilidades por la ley, no parece que haya razón para que no se admita como sistema principal o único, pues no parece que la voluntad del legislador haya sido eliminarlo.

c) Sistemas cumulativos, subsidiarios y alternativos.

La cuestión es si los estatutos pueden no sólo elegir entre uno de los sistemas propuestos, sino prever varios que se deben acumular, o uno principal y otro subsidiario, o varios alternativos a elección de los convocantes.

En cuanto a los cumulativos, se puede añadir la publicación en el diario a cualquiera de los otros sistemas ya vistos, como se deduce del 173.2. Pero también

creo que los estatutos pueden prever que se acumulen cualquiera de los sistemas a los que se refiere la ley: una cosa es que la ley pretenda permitir el abaratamiento de las convocatorias y otra que los socios no puedan de común acuerdo un sistema que les dé más seguridad de conocer las convocatorias, aunque tenga un coste mayor para la sociedad.

No hay duda que se puede establecer un sistema subsidiario en el caso de que el principal sea la web, pues eso es lo que prevé el 173.1 como sistema legal supletorio. Pero entiendo que, como sistema supletorio, los estatutos pueden establecer no sólo el sistema del diario (que es lo que hace el 173.1), sino también un sistema de comunicación individual y escrita. Esto planteará el problema de cómo acreditar que no existía página web, para lo que creo bastará que el órgano de administración certifique la inexistencia o inoperancia de la página web en la fecha de convocatoria. Hay que tener en cuenta que antes de esta reforma la RDGRN de 21 de marzo de 2011 ya admitió el establecimiento de sistemas subsidiarios de convocatoria.

Puede plantear más problemas el establecimiento de sistemas de convocatoria alternativos, es decir, que dejan al órgano de administración la opción entre utilizar un sistema u otro. La ley utiliza la conjunción «o» entre ambos sistemas, pero eso puede querer decir que admite que se mantenga esa alternativa en los estatutos, o simplemente que existe la opción, pero que se debe optar por uno concreto en los estatutos. Parece que dentro de la finalidad de flexibilidad de la ley y dada la prevalencia que se ha dado a los estatutos sobre el sistema legal, se debe admitir el sistema alternativo. Desde luego parece que ésta será la interpretación de la DGRN, pues la resolución de 5 de julio de 2011 ya admitió el sistema alternativo de convocatoria estando vigente el anterior 173, que no recogía ninguna posibilidad de alternativa (como sí hace el actual). Otra cosa es que este sistema sea el más conveniente, pues parece más seguro para el socio acudir a un solo medio de comunicación. El dejarlo al arbitrio de los administradores puede permitir abusos, como por ejemplo optar por la comunicación escrita cuando sabe que se encuentra algún socio fuera de su domicilio.

#### *B) Sistema supletorio y excepciones*

No parece necesaria la constancia en estatutos del sistema de convocatoria, a tenor de los artículos 23 y 173 de la LSC. A falta de pacto estatutario, el régimen es la publicación en la web y en el BORM, y en defecto de web en un diario (art. 173.1).

La excepción al régimen general que regula el 173 es la de sociedades con acciones al portador, en las que obviamente no cabe la notificación personal. Exige como mínimo la publicación en el BORM, y cabrá que además los estatutos exijan la publicación en la web o en un diario.

En el caso de las cotizadas hay que tener en cuenta el artículo 516 LSC, que establece que: «La difusión del anuncio de convocatoria se hará utilizando, al menos, los siguientes medios: a) El *Boletín Oficial del Registro Mercantil* o uno de los diarios de mayor circulación en España. b) La página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. c) La página web de la sociedad convocante». Es decir, que la convocatoria se hace necesariamente por esos tres medios, sin perjuicio de que los estatutos puedan añadir otros si se considera conveniente por el órgano de administración.

*C) Derecho transitorio: el problema de los estatutos vigentes*

Como acabamos de ver, la ley no establece un régimen obligatorio, ni tampoco la obligación de adaptación de los estatutos a las modalidades ofrecidas por la nueva ley, lo que plantea la cuestión de determinar qué sucede con lo previsto en los estatutos de las sociedades ya inscritas.

La distinta regulación anterior obliga a distinguir entre sociedades anónimas y limitadas:

- Sociedades anónimas:

Antes de la presente reforma, en las SS.AA. no cabía la opción por uno o varios sistemas en estatutos, por lo que en ningún caso el contenido de éstos puede considerarse una «disposición en contrario» al régimen legal. Por tanto, para todas las sociedades inscritas, ya se remitan a la ley o la reproduzcan, se debe admitir el sistema legal supletorio del 173.1, es decir, publicación en la web y en el BORM. Por tanto, igual que sucedía con la redacción inmediatamente anterior, aunque en estatutos esté prevista la publicación en BORM y diario, esta última se puede sustituir por el anuncio en web.

Esto ha de interpretarse hoy a la luz del artículo 11 bis, de manera que, aunque tenga página web, ésta sólo podrá sustituir al diario si es anterior a la entrada en vigor de la ley o si se ha tomado después el acuerdo de creación.

- Sociedades limitadas:

La situación es distinta porque aquí casi siempre existe en los estatutos una opción por un sistema distinto del legal supletorio, y por tanto deben prevalecer los estatutos inscritos sobre el sistema supletorio legal. Sólo si los estatutos no regulaban la convocatoria o reproducían el sistema legal —lo que es muy raro en SL— se aplicará lo mismo visto en el caso de la S. A.

## 2. Otras cuestiones en relación con la convocatoria

La ley introduce algunas modificaciones, la primera de las cuales es una mejora técnica en el **artículo 168**, relativo a la solicitud de convocatoria por la minoría. En el mismo se obligaba a los administradores a convocarla para la celebración dentro del plazo del mes siguiente a la solicitud, pero como para la anónima se había modificado el plazo de antelación, fijándolo en un mes, el cumplimiento de esa obligación era imposible. Ahora se establece el plazo de dos meses, aplicable tanto a limitadas como a anónimas. Habrá que tenerlo en cuenta en las modificaciones o refundiciones de estatutos, pues a menudo reproducían la mención incorrecta de la ley con el plazo de un mes.

Se modifica el **artículo 174** para unificar el contenido de la convocatoria para todas las sociedades de capital. Lo único que cambia es que ahora se exige que conste el cargo de la persona que realiza la convocatoria. Esto no se exigía antes para la S. A. y en las SS.RR.LL. se decía que tenía que constar el nombre de la persona o personas que realizaban la comunicación.

Por otra parte, se modifica el artículo **177.3**, relativo a la segunda convocatoria cuando en el anuncio de la primera no se hubiera previsto la segunda. La única novedad es que se aclara que en este segundo anuncio tiene que constar el orden del día y que tiene que ser idéntico al de la primera.

## IV. ADMINISTRADOR PERSONA JURÍDICA

Se introduce el artículo 212 bis, que regula al administrador persona jurídica, materia que antes sólo se encontraba en el RRM.

En primer lugar recoge la necesidad de que se designe a un representante persona física, como exigía ya el RRM, pero aclara que ha de ser una sola persona. Anteriormente se había planteado si la persona jurídica podía, por ejemplo, nombrar a dos personas físicas que actuaran conjuntamente, lo que ahora la norma impide claramente.

Por otra parte se establece que la revocación de la persona sólo produce efecto cuando se nombra a uno nuevo. Con anterioridad se dudaba si el cese de la persona física suponía o no el cese de la persona jurídica como administrador. Ahora queda claro que el cargo de la persona jurídica sigue vigente, y su representante también, hasta que nombre uno nuevo.

Es importante señalar que en el proyecto de ley existía un punto adicional en el que se equiparaba la responsabilidad de la persona física a la de la sociedad administradora. En el trámite parlamentario se suprimió esta mención, aunque

sigue haciéndose referencia a esa norma en la Exposición de Motivos. Alguno podrá pensar que la Exposición de Motivos avala esta interpretación de la ley, y otros que si la mención ha desaparecido en la ley es porque el legislador rechaza esa equiparación. Esto último parece lo más acertado a la vista de la justificación de la enmienda que dio lugar a la supresión de ese párrafo. En la misma se dice que, con el derecho anterior, «la mayoría de la doctrina sostiene que son las sociedades que desempeñen el cargo de administrador las que asumen los deberes y la responsabilidad frente a la sociedad administrada, sus socios o sus acreedores». Recuerda que el Consejo de Estado, en su Dictamen de fecha 5 de noviembre de 2010 se unía a la doctrina mayoritaria, y consideraba que se debía modificar el proyecto, y sobre todo sostiene que «si lo que se pretende con la redacción propuesta es evitar que se utilice la figura del administrador persona jurídica para eludir las responsabilidades propias del cargo de administrador, cabe objetar que nuestro ordenamiento jurídico ya dispone de mecanismos punitivos para alcanzar este objetivo». En concreto, que estos medios son las acciones de la sociedad contra su representante, la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, y la del administrador de hecho. Y concluye: «Por todo ello, atendiendo a que, en la mayoría de los casos, se utiliza la figura del administrador persona jurídica de forma legítima, el nuevo régimen propuesto resulta injustificadamente punitivo. El ordenamiento jurídico ya dispone de mecanismos para controlar los supuestos ilícitos». Esto no es más que la justificación enmienda, pero evidentemente el legislador acogió en todo o en parte esos argumentos al eliminar la referencia.

## V. CONVOCATORIA DEL CONSEJO

En el primer párrafo del artículo 246 se suprime la referencia a la sociedad anónima, de manera que la regla general de convocatoria del Consejo por su presidente se aplica a cualquier sociedad de capital.

Se introduce un segundo párrafo en el artículo 246 que supone una importante novedad, pues el Consejo puede ahora ser convocado no sólo por el presidente, sino también por *«los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo ... si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes»*.

En cuanto a cómo se computa el tercio, J. A. GARCÍA-VALDECASAS entiende que debe computarse por defecto, es decir, que podrá hacerlo un solo consejero en caso de un Consejo de cuatro miembros. Yo creo que al decir el artículo que serán los que representen «al menos» un tercio, no cabe redondear a la baja. Por otra parte, J. ROMERO-GIRÓN critica que cuando el Consejo sea de tres miembros se admita que convoque sólo un consejero, cuando se trata de un órgano colegiado. Sostiene que puede interpretarse que siempre será necesaria la pluralidad porque el artículo habla de administradores en plural. Creo, sin embargo, más segura la posición

contraria tanto por la finalidad de la ley de favorecer la convocatoria como porque la ley a menudo habla de «administradores» en supuestos en que puede estar refiriéndose a un solo administrador (arts. 167 y 168, por ejemplo).

Se puede plantear si estatutariamente se podría reducir ese porcentaje de un tercio. A favor de esta posición podría argumentarse la libertad que otorga con carácter general el artículo 245 LSC para la organización del Consejo, y en particular para su convocatoria. Y en contra que el artículo 246 es una norma especial que supone una limitación a esa libertad. Creo que se debe optar por la primera, pues el artículo 246 se puede entender como norma supletoria y no imperativa, y además hay que tener en cuenta que antes existía libertad en la sociedad limitada, que no tenía norma específica en este punto. La intención de la norma es facilitar la convocatoria, por lo que no parece contrario a la misma el que los estatutos la faciliten más.

No se establece ninguna forma especial en relación a la petición que se ha de hacer, ni se aclara cuál puede ser la causa justificada. No parece que sea necesario que se justifique ni esa petición ni en su caso la falta de justa causa de la denegación. Recordemos que en relación con un tema más grave, como es la revocación de auditores, el artículo 154 del RRM se limita a pedir que se manifieste que ha mediado justa causa.

## **VI. NECESIDAD DE LEGITIMACIÓN DE FIRMAS EN DEPÓSITO DE CUENTAS**

Se reforma el artículo 279 de la ley, pero con un alcance de un simple cambio de redacción o de mejora técnica. El problema que se plantea es que en la Exposición de Motivos se dice que se suprime el requisito reglamentario de la legitimación de firmas, pero ninguna referencia a ello aparece en el artículo. De hecho se dice ahora que las cuentas deben de estar debidamente firmadas, cosa que no se decía en la redacción anterior, sin que ni antes ni ahora se exigiera la legitimación ni en las cuentas ni en la certificación que las acompaña. Como el artículo 366.1 del RRM no se ha reformado, parece que sigue siendo exigible la legitimación de firmas en la certificación.

J. A. GARCÍA-VALDECASAS defiende que no es necesaria ya la legitimación de firmas basándose en la Exposición de Motivos y en los antecedentes legislativos. En el proyecto figuraba una confusa redacción sobre la legitimación de firmas en las cuentas —no en la certificación—, estableciéndose que no era necesaria la legitimación si eran legibles o si figuraba el nombre impreso de los firmantes. Una enmienda propuso quitar la referencia a la legibilidad para simplificar el proceso, pero lo que se aprobó fue suprimir todo el inciso que hacía referencia a la legitimación.

Yo creo que la postura anterior es muy aventurada, porque como se ha visto no es el único caso en esta ley en que en el preámbulo aparecen justificaciones de normas que han desaparecido en la ley (art. 212 bis 2<sup>7</sup>). La exposición de motivos sirve para interpretar la norma, pero en ningún caso para integrarla cuando la novedad a la que se ha hecho referencia ha desaparecido en el proceso legislativo. Por tanto, prescindir de una exigencia reglamentaria cuando la ley no ha introducido ninguna novedad en esta materia me parece sumamente arriesgado. Por supuesto, otra cosa es que se modifique el reglamento suprimiendo la legitimación en la certificación, lo que no sería contrario a la actual redacción del artículo 279.

## VII. MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL Y DERECHO DE SEPARACIÓN

Se modifica la primera causa del derecho de separación (art. 346.1.a) y donde antes se hablaba sólo de la sustitución del objeto social, ahora dice «*sustitución o modificación sustancial del objeto social*».

El concepto de sustitución del objeto social había sido objeto de interpretación por la jurisprudencia, entendiéndose que tenía lugar cuando se producía «una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta» [STS (1.a) de 30 de junio de 2010]».

El problema es que ahora parece que habrá que esperar a que se cree una nueva jurisprudencia en torno a lo que puede considerarse una modificación sustancial del objeto, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado. Podemos pensar en criterios orientadores, como el número de epígrafes modificados o el número de los añadidos respecto de los existentes. Parece que, si simplemente se añade alguna actividad, no debe entenderse como modificación sustancial, pero ni siquiera eso es evidente.

Creo que cabe sostener que el cambio producido no es en realidad sustancial —valga la redundancia—. La justificación de la enmienda que introduce este artículo habla de seguir el criterio jurisprudencial de la sentencia citada y en ese sentido «encontrar ese punto intermedio entre las modificaciones accidentales o secundarias del objeto y la radical sustitución del objeto». Por tanto, nos encontramos ante el extraño supuesto de que el legislador trata de incorporar a la ley el criterio jurisprudencial interpretativo de la norma anterior. Esto es un viaje de ida y vuelta: como

---

<sup>7</sup> También podemos recordar que en la Exposición de Motivos de Ley de Modificaciones Estructurales se decía que se flexibilizaba el sistema de asistencia financiera, y después en la ley no se modificaba.

los tribunales tienen que interpretar la ley conforme a su finalidad, los tribunales deberán interpretar el término modificación sustancial de la misma forma que antes interpretaban el de sustitución, pues justo eso es lo que quería el legislador.

En cualquier caso, dada la incertidumbre creada, parece conveniente en estos casos introducir en el acuerdo una declaración en el sentido de que la inclusión o modificación no supone una modificación sustancial del objeto y la actividad de la sociedad.

## **VIII. DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE NO REPARTO DE DIVIDENDOS**

La novedad de la ley con más repercusión mediática ha sido esta nueva causa de separación, que no figuraba en el proyecto de ley, ni se menciona en la exposición de motivos. Fue introducido mediante una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, y una vez aceptado no fue objeto de más discusión. El artículo dice:

*«Artículo 348 bis. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos.*

*1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*

*2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.*

*3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»*

### **1. Juicio crítico**

El fundamento de la norma es evitar el abuso por la mayoría. Existe abundante jurisprudencia sobre casos en que la mayoría se niega sistemáticamente al reparto de dividendos, en supuestos en que los resultados lo permitirían y no existen razones económicas para no repartirlos. A menudo esto va unido a que la mayoría controla los órganos de administración y obtiene beneficios a través de la remuneración como administradores, o como empleados o prestadores de servicios. En la justificación de la enmienda que introduce este artículo se dice que se vulnera así uno de los principales derechos del socio y se bloquea al socio en la sociedad, y que es además uno de los principales motivos de conflictividad social.

Además se defiende que el derecho de separación es un medio adecuado, puesto que no se trata de imponer necesariamente un determinado reparto, sino de que el socio no pueda de ninguna manera obtener el beneficio económico derivado de su condición de socio, ya que en las sociedades cerradas la venta suele ser imposible, y que no impide la capitalización de la empresa al poder destinarse dos tercios de las ganancias a reservas. Podría añadirse que el establecimiento de un porcentaje mínimo de reparto puede parecer rígido, pero es la única manera de superar el problema que tenían los tribunales que se enfrentaban a estos supuestos para determinar cuál era la parte de debía distribuirse.

Sin embargo, la norma que ahora se estudia ha dado lugar a numerosas críticas en los comentarios más inmediatos a la ley<sup>8</sup>. Se dice que es contrario a la libertad de empresa y que supone un freno a la inversión, y que dificultará que se dé entrada a socios minoritarios como trabajadores o directores, pues cualquier minoritario puede obligar al reparto de dividendos. En el contexto de crisis actual puede tener unos efectos especialmente perturbadores: por ejemplo, puede ser interesante pactar con los trabajadores una moderación salarial que está unida a un compromiso de limitación de dividendos para superar la situación de crisis. Sobre todo parece que la norma no ha sido suficientemente pensada o matizada, pues no incorpora las consideraciones que hacía la jurisprudencia a la hora de valorar si existía abuso. Las sentencias tenían en cuenta la prolongación en el tiempo de la falta de reparto de dividendos y también la situación económica de la sociedad en su conjunto y en particular el endeudamiento frente a terceros y la necesidad de repago de deudas<sup>9</sup>.

A la vista de estos problemas, veamos cuáles son los presupuestos del derecho de separación y cuál es la interpretación más adecuada.

## 2. Supuesto de aplicación

### A) *Elemento temporal*

La norma sólo se aplica a partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad, y parece que el primero debe contarse aunque sea incompleto. Llama la

---

<sup>8</sup> Por todos, ver el post en el blog ¿hay derecho? : <http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/>

<sup>9</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 21 de enero de 2011: «No existen causas objetivas que puedan justificar tal acuerdo, que sólo es explicable desde la perspectiva del conflicto personal abierto entre los socios. Lo relevante para llegar a esa conclusión es el elevado volumen de las reservas voluntarias, ... ello con unas partidas del activo (tesorería..., deudores...) muy saneadas, sin que las de pasivo puedan justificar la decisión.

SAP Baleares 22 diciembre 2010 habla de la «saneada situación económica y financiera, que no precisan de acudir a la financiación externa, que tiene inversiones mobiliarias y de fondos, que no tiene préstamos pendientes de devolución, amén de altas inversiones inmobiliarias, que la sociedad se autofinancia y es de carácter patrimonial».

atención que no se exige la reiteración en la falta de reparto de dividendos, pues en la justificación de la enmienda se decía que «el derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la Junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos». No creo que esto pueda ser suficiente para hacer una interpretación *contra legem* en el sentido, por ejemplo, de entender que hace falta que no se reparta durante cinco años. Pero sí nos tiene que servir para interpretar la norma de una forma que no vaya más allá de su finalidad, que es prevenir los abusos.

*B) El voto del disconforme a favor de la distribución de dividendos*

La norma no parece contemplar que en la Junta es muy probable que no exista una propuesta a favor de la distribución, sino que sólo se proponga la aplicación del resultado a reservas, con lo que formalmente no existiría tal voto y no se aplicaría la norma. Creo que no puede defenderse esa interpretación formalista, y que siempre que la propuesta no suponga el reparto que prevé la ley, los socios que hayan votado en contra tendrán el derecho previsto, aunque convendría que en la Junta dejaran constancia de su oposición a esa aplicación y de su voluntad favorable al reparto en los términos de la ley, reservándose el derecho derivado de este artículo.

*C) Elemento objetivo: la interpretación de los beneficios propios de la explotación que sean legalmente repartibles*

Se plantea a qué se refiere la ley cuando habla de beneficios propios de la explotación. Si acudimos al concepto contable, los resultados de la explotación son los resultados antes de descontar gastos financieros y antes de impuestos. No se puede admitir esta interpretación porque llevaría a calcular los dividendos a distribuir sobre resultados que no son repartibles, y el artículo exige que lo sean. La justificación de la enmienda dice que el término se ha tomado del artículo 128 de la LSC, que regula el usufructo de acciones —y no por tanto de la norma contable—, y que se trata de evitar que se obligue al reparto de los beneficios derivados de resultados extraordinarios como las plusvalías por la venta de activos. Por tanto, entiendo que sólo se pueden repartir los beneficios netos de las actividades ordinarias, una vez deducidos todo tipo de gastos e impuestos.

Lo que no parece contemplar la norma es el problema que puede conllevar el reparto de dividendos para la situación de tesorería de la sociedad, cuando ésta tiene que reembolsar préstamos hechos por terceros. El repago de deuda no supone un gasto desde el punto de vista contable y por tanto estas obligaciones no reducen los resultados. Sin embargo, en un determinado momento, los beneficios obtenidos pueden ser necesarios para la devolución de esos préstamos.

Los defensores de la aplicación de la norma aún en estos casos podrán decir que ésta no obliga a repartir ese dividendo y que sólo dará lugar al ejercicio del derecho de separación. Pero lo cierto es que por esa vía también se puede llegar a la insolvencia de la sociedad, si no tiene recursos para pagar el valor de las acciones.

No parece lógico que el reparto de dividendos pueda llevar a la insolvencia de la sociedad, por lo que podría defenderse que no se aplica la norma si existen deudas que repagar con cargo a los beneficios.

Otra manera de solucionar este problema sería entender que en estos casos se sigue aplicando la norma, pero que como con arreglo al artículo 276 de la LSC la Junta puede determinar el momento del pago del dividendo, podrá aplazar el mismo hasta el momento en que la situación de tesorería de la compañía permita el pago.

Esto nos lleva a la pregunta de si ese plazo del 276 es totalmente libre. La cuestión no se planteaba antes porque, al ser el reparto competencia totalmente libre de la Junta, lo era sin duda el plazo de pago. Pero ahora podemos encontrarnos con que se pase del abuso de no repartir dividendos al abuso de acordar su reparto, pero no pagarlos, porque se establece un plazo largo para el mismo. Entiendo que el aplazamiento será válido siempre que se pueda justificar por la previsión de flujos de caja de la sociedad, pero no en otros.

#### *D) Excepción en el caso de sociedad cotizada*

Aunque algún autor ha criticado esta excepción entiendo que en principio está justificada porque en ese caso no es necesario conceder este derecho, pues el mercado bursátil ya concede una posibilidad de salida al socio. Otra cosa será que en el caso concreta las acciones carezcan de mercado real a pesar de ser cotizadas. La nueva norma no impide que los socios entablen una acción por abuso de derecho, como sucedía antes de esta norma.

#### *E) Pactos que alteren este derecho*

Se puede plantear si sería lícito limitar este derecho de separación mediante pacto estatutario. Si lo consideramos como un derecho legal de cada socio, no cabría ni siquiera mediante acuerdo unánime, pero algún autor, como ALFARO ÁGUILA REAL ya se ha manifestado a favor de esa posibilidad.

Hay que tener en cuenta que el artículo habla de los beneficios que sean legalmente repartibles. Pues bien, el artículo 273 LSC es el que regula cuáles son

los beneficios repartibles y sus límites, y el primer límite es que estén «cubiertas las atenciones previstas por la ley y los estatutos». Es decir, que sólo son repartibles «legalmente» los beneficios una vez que se hayan cubierto las reservas legales y estatutarias. Como la ley no ha establecido ningún límite a la previsión estatutaria de reservas voluntarias, creo que esto sigue siendo lícito. Los límites serían que no se desvirtúe el derecho al dividendo (no podría establecerse la obligación de destinar la totalidad o el 99 por 100 de los beneficios a reservas), y a mi juicio y tras la entrada en vigor del 348 bis, la unanimidad, pues ahora el establecimiento de una reserva estatutaria afecta al derecho individual a separarse de cada socio.

No cabe duda que cabrán pactos parasociales en los que se admita por los socios el no reparto de dividendos. Aunque el TS ha declarado que no es posible fundar una impugnación de acuerdos sobre la base de aquéllos, los estima lícitos, y no parece que los socios no puedan renunciar individualmente a este derecho.

## **IX. REFORMAS EN MATERIA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN**

### **1. El cese de actividad como nueva causa de disolución para S. A.**

En la regulación anterior, sólo para la sociedad limitada el cese de actividad era causa de disolución, cuando se prolongaba por tres años consecutivos. Ahora se introduce como primera causa de disolución, para todas las sociedades de capital, *«el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año»*. Es decir, que el cese de actividad se convierte en sí en causa de disolución, sin exigencia de plazo, pues el plazo de un año sólo supone una presunción de cese. Ha de interpretarse que la ley piensa en el cese definitivo, de manera que si los administradores saben que lo es parece que están obligados a instar la disolución. Hay que destacar que al ser causa obligatoria de disolución, el incumplimiento de los deberes de los administradores dirigidos a disolver la sociedad puede acarrear la responsabilidad solidaria por las deudas posteriores al acaecimiento de la causa de disolución.

### **2. Supresión de la publicación de la disolución de la S. A.**

El artículo 369, que ya había sido modificado por el RDL 13/2010 para sustituir la publicación en el diario por la web, se vuelve a modificar. Ahora la disolución no se publica y es la inscripción de la disolución la que obtiene publicidad, pero sólo a través de la remisión telemática al BORME, que ha de hacer el registrador, de oficio y sin coste adicional alguno.

### 3. Conversión de administradores en liquidadores

Se extiende a las anónimas el régimen de conversión automática de administradores en liquidadores, modificándose para ello el artículo 376.

### 4. Supresión de la necesidad de venta de inmuebles en pública subasta

La Exposición de Motivos recuerda que la doctrina y la jurisprudencia habían restringido el ámbito de esta exigencia, al entender que estaba dirigida a la protección de los socios y por tanto no era necesaria en caso de acuerdo unánime. Acertadamente se acuerda su supresión, eliminando el segundo párrafo del artículo 387, pues en general la venta en pública subasta no ayuda a obtener el mejor precio, y los liquidadores van a ser en todo caso responsables frente a la sociedad y los socios de venderlo en un precio de mercado.

## X. OTRAS MODIFICACIONES

- Supresión de publicidad en determinados cambios estatutarios: Se **deroga el artículo 289**, con lo que se suprime la anterior exigencia de que las SS. AA. publicaran el cambio de nombre, domicilio u objeto.
- Con la reforma del **artículo 281** se suprime la necesidad de publicar en el BORM, las sociedades que hayan depositado las cuentas.
- El **artículo 351** admite ahora que los estatutos de las SS. AA. prevean causas estatutarias de exclusión de socios.
- Las modificaciones del **artículo 197** (derecho de información), 56 (causas de nulidad), 72 (compra de bienes en los dos años siguientes a la constitución), 149 y 157 (asistencia financiera), 264 (prórroga de auditores), no pasan de ser pequeñas correcciones técnicas de redacción o remisiones que no vamos a comentar.
- **Modificación de la LME: La DA 3 de la ley modifica los apartados 4 y 5 del artículo 34 de la LME.** El artículo 34.5 eximía de la elaboración del informe de expertos en el caso de acuerdo unánime de todos los socios de todas las sociedades o de absorción de sociedad íntegramente participada. El fundamento de esta exención era que la finalidad específica del informe de expertos dentro del procedimiento de fusión es informar a los socios sobre lo justificado o no del tipo de canje. Por tanto, si todos los socios lo consideran innecesario, o si no hay propiamente canje (supuesto de la fusión abreviada del 49), no parece que sea necesario dicho informe.

El problema es que la norma parecía olvidar que el informe de expertos tiene otra función, no estrictamente relacionada con la fusión, que es el control de la realidad del capital social en el caso de sociedades anónimas, como se refleja en el artículo 34.3. Como el informe de expertos sobre el proyecto de fusión implicaba una valoración real de las compañías, las directivas comunitarias consideraron que, si existía ese informe, sería una duplicidad exigir otro que valorara las aportaciones no dinerarias a la sociedad adquirente o beneficiaria. En una compleja evolución (que afecta a la 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> directivas de sociedades que no voy a tratar aquí<sup>10</sup>) que culmina con la reforma de la directiva 2009/109/CE, se establece que cuando una se constituye o se aumenta el capital en una S. A. como consecuencia de una fusión o escisión, no será necesario el informe sobre la realidad del capital social siempre que efectivamente exista informe sobre el proyecto de fusión valorando las sociedades.

Sin embargo, en la redacción anterior del 34.5, se podía interpretar que aún en el caso de que existiera aumento de capital en la absorbente y ésta fuera una S. A., no haría falta el informe. Parte de la doctrina sostenía que en una interpretación sistemática de la ley y en una interpretación conforme a las directivas, el informe sí era necesario. También había un —algo débil— argumento literal, pues el artículo 34.5 decía que no era necesario sobre el informe «sobre el proyecto común de fusión», de manera que de lo que eximía la ley no era del informe en su totalidad, sino de la parte de ese informe que se refería al proyecto. Estos argumentos fueron acogidos totalmente por la *resolución de la DGRN* de 2 de febrero de 2011, confirmando la calificación del registrador que había denegado la inscripción por la falta de ese informe.

La reforma legal trata de solucionar la duda interpretativa en el sentido indicado. Por una parte vuelve a regular el contenido del informe al que se refería el 34.3, pero especificando que el informe se divide en dos partes —la del informe sobre el proyecto y la del informe sobre la suficiencia del patrimonio—. Lo que sucede es que se reforman los apartados 4 y 5 del artículo 34 cuando evidentemente lo que pretende es reformar los párrafos 3 y 5. Si aplicamos la reforma literalmente resulta que el párrafo tercero queda como estaba, y el párrafo cuarto tiene prácticamente el mismo contenido que el tercero, pero especificando las dos partes. Al mismo tiempo, se suprime sin justificación alguna el punto 4, que se refería a la responsabilidad de los expertos. Habrá que esperar a que se corrija este error, y entre tanto es evidente que a lo que hay que estar es al párrafo 4 en cuanto al contenido y forma del informe.

Por otra parte, se sustituye —ahora sí aciertan con el numerito— el punto 5, estableciéndose que el informe sólo se debe referir a la segunda parte del mismo

---

<sup>10</sup> Se puede ver en GONZÁLEZ-MENESES, GARCÍA-VALDECASAS, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: *la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Dykinson 2011, pp. 169 y ss.

en los casos de acuerdo unánime o de absorción de sociedad íntegramente participada (directa o indirectamente). Como vemos, simplemente se aclara en la ley el alcance de ese párrafo 5 en el sentido ya admitido por la DGRN.

Existe, sin embargo, una novedad respecto al artículo anterior que puede plantear alguna duda. Con la regulación anterior el problema se planteaba en caso de acuerdo unánime, pero no parecía que hubiera nada que matizar en el caso de absorción de sociedad íntegramente participada. En realidad, aquí el informe ya estaba dispensado por el artículo 49.1.2, por la sencilla razón de que en esos casos ni hay canje ni hay aumento de capital, por lo que el informe carece de objeto. Sin embargo, ahora el artículo dice que tiene que existir informe sobre la valoración del patrimonio aportado en los casos de absorción de sociedad íntegramente participada de forma directa o indirecta. Esto es absurdo, porque en el caso de participación directa no es posible aumento de capital por la prohibición del artículo 26 LME, y en el caso de la indirecta tampoco puede haber aumento de capital en la absorbente, pues implicaría la suscripción de nuevas acciones por la sociedad intermedia (también íntegramente participada), con infracción del artículo 134 LSC<sup>11</sup>.

Finalmente, además de estos defectos técnicos, no se puede dejar de lamentar que no se haya aprovechado esta reforma para aclarar otro de los problemas que plantea este mismo artículo. En el artículo 34.1 se dice que el informe de expertos sólo será necesario en el caso de que la resultante sea anónima o comanditaria por acciones. Sin embargo, esto es un error, pues de acuerdo con la directiva la participación de cualquier sociedad de estos tipos sociales en una fusión implica la necesidad de informe de expertos sobre el proyecto de fusión, aunque no sea la absorbente. Por supuesto, si la beneficiaria (absorbente o nueva) es limitada, el informe se tiene que limitar a la primera parte de la que habla el 34.4, pues no hay exigencia de control externo de realidad del capital para este tipo de sociedades.

Tampoco la norma ha pensado en reformar el artículo 78, que regula la misma cuestión para el caso de escisión. Aunque en ese caso la confusa redacción del artículo 77 podía llevar a la conclusión de que era necesario el informe sobre el patrimonio, la cuestión no estaba clara dada la literalidad del artículo 78.3. En cualquier caso entiendo que se tienen que aplicar en este caso los mismos criterios que en la fusión.

Como por desgracia a la ley le sigue faltando claridad, no está de más hacer un resumen de los distintos supuestos que se pueden dar, para determinar en cuáles de ellos hace falta informe y qué parte del mismo (dejando a un lado el caso especial de las fusiones abreviadas del art. 49):

---

<sup>11</sup> Es cierto que en el caso de S. A. la infracción de esta última prohibición no es la nulidad, sino la obligación de enajenación, pero en cualquier caso parece un caso totalmente anómalo y la norma confunde más que aclara.

1. Sociedad que se extingue anónima y sociedad resultante anónima con acuerdos no unánimes: informe sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado.
2. Sociedad que se extingue anónima y sociedad resultante anónima con acuerdos unánimes: informe sobre el patrimonio aportado.
3. Sociedad que se extingue anónima y sociedad resultante limitada con acuerdos no unánimes: informe sobre el proyecto de fusión.
4. Sociedad que se extingue anónima y sociedad resultante limitada con acuerdos unánimes: ningún informe.
5. Sociedad que se extingue limitada y sociedad resultante anónima con acuerdos no unánimes: informe sobre el proyecto de fusión (sólo si la resultante era preexistente) y sobre el patrimonio aportado.
6. Sociedad que se extingue limitada y sociedad resultante anónima con acuerdos unánimes: informe sobre el patrimonio aportado.
7. Sociedad que se extingue limitada y sociedad resultante limitada con acuerdos no unánimes: ningún informe.
8. Sociedad que se extingue limitada y sociedad resultante limitada con acuerdos unánimes: ningún informe.

En realidad, este esquema entiendo que era el mismo antes de la reforma legal, que lo único que hace es avalar una determinada interpretación de la normativa anterior<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> De hecho, el esquema reproduce el que contiene el trabajo ya citado publicado antes de la reforma y de la resolución citada. GONZÁLEZ-MENESES, GARCÍA-VALDECASAS, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA: la *Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*. Dykinson 2011, pp. 169 y ss.



# **EL SUBMERCADO HIPOTECARIO EXTRABANCARIO Y LA FUNCIÓN NOTARIAL**

## **Una crónica de la descomposición del Estado social y de derecho**

**MANUEL GONZÁLEZ-MENESES**

*Conferencia pronunciada en la sede de Granada del Colegio Notarial de Andalucía  
el 28 de abril de 2011*

*¿Cómo? ¿Tropezáis con uno que miente?, gritadle a la cara:  
¡mentira!, y ¡adelante! ¿Tropezáis con uno que roba?, gritadle:  
¡ladrón!, y ¡adelante! ¿Tropezáis con uno que dice tonterías, a  
quien oye toda una muchedumbre con la boca abierta?, gritadles:  
¡estúpidos!...*

MIGUEL DE UNAMUNO (Vida de Don Quijote y Sancho)

**SUMARIO:** I.—PREÁMBULO. DEL PATIO DE MONIPODIO A LA NOTARÍA. II.—PRIMER CONTACTO PERSONAL CON LA REFINANCIACIÓN MEDIANTE «CAPITAL PRIVADO». III.—INVESTIGACIÓN Y DENUNCIA EN «EL NOTARIO DEL SIGLO XXI» EN EL AÑO 2006. IV.—NUEVAS CIRCUNSTANCIAS: LA CRISIS ECONÓMICA, LA CRISIS DE LOS DESPACHOS NOTARIALES Y LA LEY 2/2009. V.—LA LEY 2/2009 COMO PARADOJA NOTARIAL: LEGITIMACIÓN DE UNA ACTIVIDAD ANTISOCIAL Y CONTROL NOTARIAL DE LA LEGALIDAD. VI.—LA IDEA DE PARTIDA DE LA LEY 2/2009: LA ACTIVIDAD DE CONCEDER PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS NO ESTÁ RESERVADA A LAS ENTIDADES FINANCIERAS. VII.—REGISTRO Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL O AVAL BANCARIO COMO ÚNICOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA EL EJERCICIO DE ESTA ACTIVIDAD. VIII.—UNA ACTIVIDAD SUJETA SÓLO A LA NORMATIVA DE CONSUMO. IX.—PERO, ¿DE DÓNDE OBTIENE LOS FONDOS EL PRESTAMISTA? LAS «LETRAS HIPOTECARIAS» COMO INSTRUMENTO PARA LA CAPTACIÓN DE AHORRO DEL PÚBLICO. ENTRE LA OPACIDAD FISCAL Y LA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE APELACIÓN DIRECTA AL AHORRO POR PARTE DE PARTICULARES. X.—LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS. LOS USUREROS TERMINAN GANANDO LA BATALLA DE LA HIPO-

TECA CAMBIARIA EN LA DGRN. XI.—EL LEGISLADOR DE 2009 EN LA INOPIA. XII.—PARÉNTESIS: LOS INTERMEDIARIOS INDEPENDIENTES Y SUS TRES (NI UNA, NI DOS, ¡TRES!) OFERTAS VINCULANTES. XIII.—LOS REQUISITOS FORMALES DE LA ACTIVIDAD DE LOS PRESTAMISTAS: CONDICIONES GENERALES, FOLLETO INFORMATIVO, TABLÓN DE ANUNCIOS, PUBLICIDAD, OFERTA VINCULANTE Y CLAUSULADO CONTRACTUAL. XIV.—EL RÉGIMEN SUSTANTIVO. LA LIBERTAD DE PRECIOS Y SUS POSIBLES LIMITACIONES: COMISIONES QUE NO RESPONDEN A SERVICIOS, OBJETIVIDAD EN LA VARIACIÓN DEL INTERÉS, COMISIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA, REMISIÓN A LA NORMATIVA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y A UNA LEY ANTIQUÍSIMA. XV.—LAS MENTIRAS DE LA OFERTA VINCULANTE: NO SE RECIBE LO QUE SE RECONOCE RECIBIR Y ADEUDAR. XVI.—LA SEGUNDA MENTIRA: LA SUSCRIPCIÓN DE LAS LETRAS POR EL DEUDOR FRUSTRAS TODO LO QUE SE DICE SOBRE LA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA. XVII.—LA PUNTILLA: EL TIPO DE SUBASTA COMO INSTRUMENTO DE EXPROPIACIÓN. XVIII.—NO NOS PROTEJA USTED TANTO, QUE NOS QUEDAMOS SIN PRÉSTAMO. EL LIBRE MERCADO Y UNA BANCA PARA LOS POBRES. XIX.—CONCLUSIÓN. LA DESAPARICIÓN DEL CRÉDITO SOCIAL EN ESPAÑA. XX.—EPÍLOGO. UNA LUZ EN EL HORIZONTE EUROPEO.

## **I. PREÁMBULO. DEL PATIO DE MONIPODIO A LA NOTARÍA**

En el año del Señor de 1613, hace ahora casi cuatrocientos años, don Miguel de Cervantes dio a la imprenta una colección de relatos cortos con el título genérico de «Novelas ejemplares».

Una de las más célebres de estas novelas ejemplares es la titulada «Novela de Rinconete y Cortadillo». Como quizá recuerden ustedes, los protagonistas iniciales de este relato son dos jóvenes pícaros castellanos que se buscan la vida con naipes marcados y pequeños hurtos. En un momento de sus andanzas llegan a la populosa ciudad de Sevilla, donde entran en contacto con el jefe del hampa local, un tal Monipodio, en cuya casa discurre el resto de la historia. En la casa de este sujeto, en concreto, en el patio de la misma —el célebre «patio de Monipodio»—, nuestros dos pícaros, convertidos ya en meros espectadores, presencian el desfile de una variopinta y poco edificante colección de personajes: alcahuetas, prostitutas, rufianes, matones, ladrones, descuideros, funcionarios corruptos...

La gracia de la novela se encuentra, desde el punto de vista literario, en el contraste entre aquello que son y a lo que se dedican realmente esos personajes y aquello que dicen y aparentan ser: una honorable cofradía de damas y caballeros piadosos, benevolentes y respetuosos del orden y la justicia.

Uno de los momentos más cómicos consiste precisamente en la exhibición y consulta de una especie de libro-registro donde el analfabeto Monipodio se hace anotar con toda meticulosidad cada uno de los encargos recibidos, el plazo, la remuneración convenida, los anticipos ya recibidos y las cantidades pendientes, el estado de ejecución de los trabajos... Casi se diría el libro de contabilidad de un ordenado comerciante, si no fuera porque los servicios anotados son las puñaladas que hay que asestar a fulano o el susto que hay que dar a mengano.

¿Y a cuento de qué viene todo esto? Pues, si comienzo recordándoles la historia de Rinconete y Cortadillo, es porque de lo que voy a hablarles a continuación es de cómo, desgraciadamente, nuestros despachos notariales en algunas ocasiones se terminan convirtiendo en algo no muy diferente de este patio de Monipodio, y sobre todo porque en la historia que voy a contarles nos encontramos también con el mismo contraste mencionado entre una realidad de miseria y abyección moral y una burda apariencia de honorabilidad y legalidad. Si bien en este caso el asunto no tiene gracia alguna, porque no se trata de literatura, sino de la vida real, y porque los que aportan el disfraz de legalidad somos precisamente los notarios.

En fin, de lo que he venido a hablarles hoy es de los circuitos extrabancarios de refinanciación hipotecaria, en especial desde el punto de vista de la participación en ellos de la ilustre profesión notarial. También, en relación con este peculiar submercado financiero, tendré que ocuparme de un verdadero «subproducto legislativo»: la Ley 2/2009, de 31 de marzo, uno de los episodios más tristes, por no decir indignantes, de la historia reciente de nuestra legislación.

## **II. PRIMER CONTACTO PERSONAL CON LA REFINANCIACIÓN MEDIANTE «CAPITAL PRIVADO»**

Pero empecemos por el principio, por mi primer contacto personal con el tema. En relación con ello, tengo que disculparme por anticipado, porque lo que viene a continuación tiene un cierto contenido autobiográfico y voy a hablar de mí mismo quizá un poco más de lo que recomienda la cortesía. Espero que me perdonen.

Hace aproximadamente unos cinco o seis años me encontraba en el despacho de un compañero notario de Madrid al que estaba sustituyendo durante una ausencia y vi a una empleada suspirando mientras tecleaba afanosamente en su ordenador. ¿Qué es lo que estás haciendo? —le pregunté, con ánimo de ayudar—. Y la buena mujer me respondió, como si se tratase de la cosa más normal del mundo, que estaba haciendo una «hipoteca cambiaria». Yo me quedé estupefacto. ¿Que estás haciendo una hipoteca cambiaria?, ¿y eso cómo se hace?

Como todos ustedes saben, una hipoteca cambiaria es la hipoteca que se constituye a favor del tenedor actual y de los tenedores futuros de una o varias letras de cambio. Se trata de una figura de gran enjundia jurídica, porque en la misma se pretende la combinación de dos mundos jurídicos muy dispares: por un lado, la garantía jurídico-real sólida y estable por antonomasia, eso que nuestro legislador del siglo XIX llamaba el «crédito territorial», la garantía de un bien raíz o inmueble; y por otro lado, aquello que es móvil y circulante por excelencia, el título valor, y además en su modalidad más volátil, el «efecto de comercio». Esta combinación de dos elementos tan heterogéneos suscita, como todos ustedes saben, delicados

problemas de régimen jurídico que van bastante más allá de lo que supone la simple vinculación de la legitimación para el ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario (incluida la cancelación de la hipoteca) a la posesión o tenencia material de las letras. Así, el aseguramiento ordinario de los intereses mediante la hipoteca se ve condicionado por la no posibilidad de que el crédito cambiario (en las letras a plazo) devengue intereses remuneratorios y por el límite que la Ley Cambiaria señala a los intereses de demora reclamables en caso de impago de la letra<sup>1</sup>; o el vencimiento anticipado por impago de una parte del crédito se ve interferido por la posibilidad de circulación independiente de cada letra<sup>2</sup>, etc.

Pero es que, además, se trata de una figura legalmente atípica. Nuestro legislador hipotecario sólo contempla en los artículos 154 a 156 LH la hipoteca en garantía de *títulos transmisibles por endoso o al portador*, presuponiendo que se trata de títulos del tipo conocido como «valores mobiliarios», pues se refiere a que sean talonarios (con doble matriz, una de las cuales debe ser depositada en el Registro de la Propiedad, según el artículo 247 RH), y sobre todo presupone que se trata de valores emitidos en masa o en serie por compañías o empresas. De manera que, como saben, la hipoteca en garantía de unas cuantas letras de cambio o efectos de comercio emitidos de forma singular por un particular es una figura de creación doctrinal y jurisprudencial<sup>3</sup>, lo cual, evidentemente, es un factor que también contribuye a su dificultad.

Pues bien, la escritura de marras, que tuve la oportunidad de revisar, tenía la virtud de la brevedad —en siete u ocho folios estaba todo despachado—. Lo único extenso era la reseña de las cargas registrales de la finca que se hipotecaba, que consumía casi dos folios (tres hipotecas, alguna de ellas a favor de un particular, y media docena de embargos). El resto era un desaliñado cortapega de cláusulas no muy bien trabadas, tomadas de la minuta de escritura de préstamo hipotecario de algún banco o caja. En particular, la cláusula de responsabilidad hipotecaria era especialmente torpe y no parecía que pudiera superar fácilmente la calificación del más laxo de los registradores. Eso sí, en la cláusula en que se afirmaba que la hipoteca se constituía a favor del tenedor actual y de los tenedores futuros de unas letras de cambio se citaban, en un alarde de erudición jurídica, varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

---

<sup>1</sup> Artículos 6 y 58.2 de la Ley Cambiaria y del Cheque. Esta cuestión de los intereses de demora en relación con la hipoteca cambiaria ha dado lugar a pronunciamientos completamente contradictorios en la jurisprudencia registral. Así, sostuvieron un criterio laxo las resoluciones de la DGRN de 8 y 9 de octubre de 2002, que luego rectificó la resolución de 28 de marzo de 2005 y al que de nuevo volvió la resolución de 1 de junio de 2006. En esta última, el registrador calificador, el notario recurrente y el centro directivo derrochan una sutileza jurídica digna de bastante mejor causa.

<sup>2</sup> De esta cuestión se ocuparon las resoluciones de la DGRN de 31 de octubre de 1978 y 23 de octubre de 1981.

<sup>3</sup> En especial, fueron pioneras las resoluciones de la DGRN de 26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978.

Y esta operación, ¿de dónde ha salido? Entonces, la empleada especializada en hipotecas cambiarias me explicó que desde hacía unos meses se venían firmando varias de estas hipotecas todas las semanas y que las traía un determinado fulano que antes firmaba en la notaría de un notario recientemente jubilado y que ahora venía a este despacho.

En cualquier caso, lo que me resultó más sorprendente del asunto no es que hubiera unas letras de cambio por medio y que la finca a hipotecar estuviera infestada de innumerables e inquietantes cargas previas a cuya cancelación debía destinarse gran parte del nuevo préstamo, sino el dato de que la parte prestamista estaba integrada por varias personas físicas. Es decir, eran unos particulares los que prestaban dinero a otro particular con la garantía de una hipoteca sobre la vivienda de éste. Curiosamente, los prestamistas y los prestatarios no se conocían antes de entrar en la notaría. Incluso eran de procedencias geográficas diferentes y muy distantes. El que conocía a todos ellos era el agente intermediario, que era el único que no firmaba la escritura. Un personaje —por lo que pude ver— con una apariencia no demasiado tranquilizadora, que era el que se traía todo el trajín de las letras y los cheques y el que se encargaría de recoger la escritura, gestionar su inscripción y, sobre todo, de tramitar la liquidación de todas las cargas previas.

### III. INVESTIGACIÓN Y DENUNCIA EN «EL NOTARIO DEL SIGLO XXI» EN EL AÑO 2006

A mí aquel asunto me había dejado un tanto escamado. Preguntando aquí y allá llegué al conocimiento de que no se trataba en absoluto de un caso aislado, sino que muchos compañeros, en particular en la zona de Levante, venían autorizando con habitualidad y en gran número este tipo de hipotecas cambiarias.

Como hoy no hay nada en el mundo que no esté en Internet, tecleé en la página de un conocido buscador las palabras «hipoteca cambiaria», y me apareció lo siguiente: en primer lugar, un sesudo trabajo doctrinal de un profesor de derecho civil sobre la hipoteca cambiaria, donde se estudiaban las resoluciones de la DGRN sobre la materia, sin hacer la más mínima alusión al tipo de cuestiones de las que yo les voy a hablar esta tarde, y luego varias páginas *web* de empresas dedicadas a la unificación de deudas. En una de ellas encontré exactamente lo que estaba buscando.

Lo peculiar de esta página es que no estaba dirigida a deudores apurados en busca de refinanciación fuera del circuito bancario, sino que se trataba de una página dirigida a captar inversores. Lo que ofrecía a sus visitantes eran unas oportunidades estupendas de inversión. Y uno de los productos estrella era la «hipoteca puente» en forma de hipoteca cambiaria. Lo realmente fascinante era que, tratándose de una página de acceso completamente libre, lo explicaba todo con pelos y señales.

¿Por qué hipoteca? Porque es la mejor garantía posible para una inversión financiera: la garantía inscrita en el Registro de la Propiedad sobre una vivienda de propiedad del deudor, que normalmente tiene un valor bastante superior al importe del capital aportado por el inversor.

¿Por qué puente? Porque se trata de sanear la situación jurídica de la vivienda y de su propietario, sustituyendo todas las deudas anteriores del mismo por una sola deuda hipotecaria, que a su vez se cancelará cuando, una vez limpio el historial de morosidad del deudor, una caja o banco se avenga a concederle un crédito hipotecario gracias a los buenos oficios del intermediario financiero.

¿Y por qué las letras? Pues porque precisamente la abstracción y el rigor del crédito cambiario aseguran la máxima rentabilidad. Una rentabilidad sin rival alguno, pues puede llegar hasta un 100 por 100 en un año —como se nos enseñaba en la página *web* en cuestión—, porque si la deuda a plazo, por ejemplo, de cinco años incorporada al nominal de las letras incluye un interés anual del 20 por 100, el necesario rescate de las letras por el deudor, si se consigue la proyectada refinanciación bancaria durante el primer año, le obliga a pagar de golpe además del principal recibido ese 20 por 100 multiplicado por cinco, aunque sólo hayan transcurrido unos meses desde la entrega del préstamo<sup>4</sup>.

En la misma *web* podíamos aprender también que estos efficientísimos intermediarios o agentes de inversiones financieras pertenecían al muy honorable gremio de los subasteros, pues otro de los productos de inversión que ofertaban era la adquisición individual o colectiva de inmuebles en subastas, siempre por precios muy inferiores a los de mercado —se nos aseguraba—, para la posterior reventa de las «piezas» —expresiva terminología venatoria del redactor de la *web*— a precio de mercado.

El resultado de este pequeño ejercicio de investigación fueron dos reportajes que —como quizá recuerden ustedes— se publicaron en sendos números de la revista del Colegio Notarial de Madrid, «El Notario del siglo XXI», allá por los meses de diciembre de 2006 y marzo de 2007, los dos con reflejo destacado en la portada del número correspondiente.

En concreto, el número 10 de la revista llevaba en la portada una reproducción del célebre cuadro «El cambista y su mujer», del pintor holandés Marinus van Reymerswaele, como fondo de un titular que creo resultaba suficientemente

---

<sup>4</sup> Lo que explicaba la *web* en cuestión era exactamente lo siguiente: «*Hipoteca cambiaria: es para los clientes que no pueden acreditar ingresos* (sic). *El importe de la deuda ha de ser del 40 al 50% del valor de la vivienda. La hipoteca cambiaria ofrece un 20% de interés anual, pero si el deudor desea cancelarla previamente, debe pagar la totalidad de los 5 años de intereses. Si no paga, se ejecuta el crédito, y se reclama la totalidad de la deuda con lo que la rentabilidad oscila entre el 75 % anual (si hacemos una quita) y el 100% anual si exigimos la totalidad*».

elocuente: «*Se buscan inversores para operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria*».

En el interior, uno de los editoriales pretendía ubicar en un contexto socioeconómico y jurídico general el fenómeno de la refinanciación hipotecaria, que por entonces estaba gozando de bastante reflejo en los medios, y anunciaba un reportaje en dos capítulos dedicado a alertar sobre la proliferación de unos negocios de refinanciación hipotecaria con «capital privado», es decir, con fondos procedentes de «inversores» particulares captados por los mismos intermediarios que gestionan la refinanciación de los deudores.

La primera entrega del reportaje, suscrita prudentemente por «la redacción» y con el irónico título «Un mundo de oportunidades», daba cuenta de la presencia en muchos despachos notariales de estas «hipotecas cambiarias» a las que me he referido. A continuación se transcribía literalmente y se glosaba el contenido de la citada *web* pública de una de las empresas dedicadas a intermediar en este negocio, en la cual —como acabo de recordarles— se ponían de manifiesto sin ningún recato las peculiares formas de proceder que permitían ofrecer a los inversores una rentabilidad extraordinariamente superior a la del mercado financiero ordinario.

La segunda entrega de «Un mundo de oportunidades» apareció en el número 12. Se trataba de unas doce páginas dedicadas a analizar desde el punto de vista técnico-jurídico estas operaciones de hipoteca cambiaria y a poner de manifiesto, primero, la existencia de una evidente bolsa de fraude fiscal (porque no había que ser muy sagaz para darse cuenta de que el interés implícito incorporado al nominal de las letras no se suele declarar como rendimiento del capital mobiliario), y segundo, los también evidentes peligros que tanto para los deudores en apuros como para los inversores atraídos por las altas rentabilidades ofrecidas derivaban no sólo de inconvenientes inherentes al propio formato jurídico del negocio, sino también del simple hecho de poner intereses patrimoniales muy delicados en manos de agentes que mostraban tan paladinamente su completa falta de escrúpulos morales.

Les aseguro que la decisión de escribir y publicar los indicados reportajes no fue una decisión precisamente fácil. De una parte pesaba lo que consideraba como un deber cívico: advertir a la ciudadanía, con el valor añadido que suponía hacerlo desde una publicación con la *auctoritas* y cualificación técnica que se le presupone a la citada revista, de lo que para mí era un verdadero escándalo económico-financiero: la organización de un negocio de máximo lucro a costa de los más apurados económicamente. Me parecía necesario advertir a los deudores para que no vieran como solución *in extremis* lo que no es solución alguna: un alivio pasajero a costa de incrementar considerablemente la deuda, dejando la situación preparada para que un listillo se quede con su vivienda a bajo coste. Y en cuanto a los posibles

inversores, si no conseguía abochornarles por el origen inmoral de sus ganancias, sí al menos desalentarles con una información sobre los peligros inherentes a su peculiar inversión. También me parecía oportuno dar a conocer a las autoridades públicas competentes —incluidas las fiscales— la existencia de este submercado financiero, a los efectos de la urgente adopción de las medidas oportunas —no sólo inspectoras, sino también legislativas—, en vista de que una posible evolución económica desfavorable podía agravar considerablemente el problema.

Pero, frente a consideraciones como éstas, me encontraba con un grave problema: el conocimiento de la existencia de semejantes prácticas negociales suscitaba ineludiblemente una pregunta como ésta: teniendo en cuenta que, por definición, las hipotecas cambiarias se formalizan necesariamente en escritura pública notarial, ¿cómo era posible que los fedatarios públicos, los notarios, se prestasen a autorizar semejantes escrituras?, ¿qué tipo de control de legalidad estaba realizando el notario?, o al menos, ¿de qué forma se estaba cumpliendo el deber de asesorar a los otorgantes y especialmente a la parte más necesitada de ello? Si las prácticas denunciadas eran tan evidente y escandalosamente antisociales, no resultaba precisamente muy airosa la posición de aquellos notarios «cooperadores necesarios» del adefesio.

En definitiva, la difusión de una información como la reseñada podía no contribuir precisamente a mejorar la imagen pública de esta profesión en unos tiempos en que no estamos precisamente sobrados de amigos. De hecho, consciente de quiénes son los primeros y naturales lectores de la revista, el objetivo último de los reportajes en cuestión no era otro que alertar a aquellos de mis compañeros que pudieran estar en babia y que no hubieran reparado todavía en el significado de las escrituras que estaban autorizando, para que en adelante se tentasen un poco más la ropa. Como enseguida vamos a ver, excusas para negarse a autorizar nunca iban a faltar. Y la expulsión de estos agentes de nuestros despachos por decisión individual de cada notario habría acabado de un plumazo con todo este turbio negocio, al menos en su vertiente hipotecaria.

El caso es que, como ya saben ustedes, estas dudas se resolvieron finalmente a favor de la publicación, terminó prevaleciendo el afán divulgativo sobre la posible cautela corporativa. Eso sí, pasando como sobre ascuas por el espinoso tema de la participación notarial en el asunto.

¿Y qué fue lo que ocurrió a raíz de la publicación de los reportajes? Pues mucho menos revuelo del que yo esperaba, pero algo sí pasó.

En primer lugar, la *web* tan indiscreta cuyo contenido habíamos difundido desapareció de la noche a la mañana de internet y la empresa en cuestión cambió de nombre sin dejar rastro. Ahora ya no es tan fácil encontrar textos así de explícitos en la red.

En segundo lugar, parece que el reportaje tuvo una buena acogida por parte de los lectores de la revista. Y, en mi ingenuidad, yo pensaba que mis compañeros habrían tomado buena nota. Durante meses o incluso años, en la página de auto-publicidad de la revista en la que se promueve la suscripción de los lectores y en la que se reproducen las portadas de varios números anteriores siempre aparecía en primer plano el número de la portada del cambista y su mujer. Una portada ciertamente preciosa, pero que además parecía tener algo de emblemático de lo que pretendía ser esa publicación.

Además, lo cierto es que la revista se difunde bastante y, más allá del estricto ámbito notarial, llega a casi todos los que tienen alguna responsabilidad pública en este país —otra cosa es que la lean.

El que sí la leyó fue el Defensor del Pueblo, cuya oficina estaba a la sazón preocupada por la omnipresencia mediática de las inquietantes empresas de unificación de deudas y sus agresivas técnicas publicitarias. Y el caso es que, gracias a la intercesión de un periodista que por entonces colaboraba en la confección de la referida publicación, este servidor de ustedes tuvo una audiencia con el Defensor del Pueblo, que me recibió con un ejemplar de la revista entre sus manos y mostrando bastante interés por el asunto. Yo traté de hacerle ver lo peculiar de esta refinanciación con «capital privado». Pero no sé si no me expliqué bien, o él no me entendió —los políticos son así—, porque en el Informe anual del año 2007 del Defensor del Pueblo y en otras manifestaciones públicas del mismo de aquellas fechas se hacía referencia a la necesidad de una regulación específica para este sector y se insistía en el carácter financiero de esta actividad y en la competencia sobre la misma de las autoridades supervisoras del mercado financiero<sup>5</sup>, pero no se llegaba a hacer mención alguna de esta peculiar faceta del asunto, de la realidad inocultable de que muchas de las empresas de reunificación de deudas no se limitaban a intermediar entre los deudores y las entidades bancarias, como unos meros agentes o corredores de préstamos bancarios, sino que estaban de una forma u otra captando recursos financieros del público para conceder préstamos.

Una actividad ésta que, a mi modo de ver, estaba reclamando una intervención inmediata, no ya del Defensor del Pueblo, sino de las mismísimas autoridades supervisoras del mercado financiero, en particular del Banco de España, cuyo gobernador no tenía más que asomarse a la ventana de su despacho para ver —como yo he podido ver— a autobuses urbanos dando la vuelta a la Plaza de la

---

<sup>5</sup> En el epígrafe 12.2.4 del citado Informe se hacía referencia al anteproyecto de lo que después sería la Ley 2/2009 en los siguientes términos: «*Del estudio del anteproyecto se evidencia el interés demostrado por cubrir un claro vacío legal que, no obstante, sigue quedando excluido del control de las autoridades monetarias y financieras y bajo el ámbito exclusivo de consumo, derivando la competencia territorial a las diferentes comunidades autónomas, lo que no coincide con el criterio de esta Institución*». (El subrayado es mío.)

Cibeles de Madrid con publicidad de alguna de estas empresas de unificación de deudas indicando con unas letras enormes que la refinanciación se realiza precisamente con «capital privado».

En cualquier caso, para entonces yo ya consideraba que me había ocupado bastante del asunto. El trabajo ya estaba hecho, y quien quisiera entender entendería.

#### **IV. NUEVAS CIRCUNSTANCIAS: LA CRISIS ECONÓMICA, LA CRISIS DE LOS DESPACHOS NOTARIALES Y LA LEY 2/2009**

Y sin embargo, aquí estoy, unos cuantos años más tarde, otra vez a vueltas con el mismo asunto. ¿Por qué? ¿Qué es lo que ha pasado en el mientras tanto?

En primer lugar, algo absolutamente obvio, que todos conocen de sobra: la famosa crisis financiera y económica. Aquello que en el momento de la inflación crediticia se tenía como lo peor que podía llegar a suceder ya ha sucedido. Muchas familias endeudadas hasta las cejas, habituadas como las empresas a vivir siempre a crédito, por encima de sus posibilidades económicas reales, se han encontrado de la noche a la mañana con su vivienda sobrevalorada, el grifo de la financiación bancaria cerrado y en muchos casos con alguno de sus miembros sin trabajo. Exactamente la situación ideal para que los carroñeros comiencen a proliferar y a hacer su agosto.

En segundo lugar —es muy triste hablar de ello, pero me temo que en esta profesión las indirectas no sirven para nada—, la crisis por supuesto ha afectado y mucho a los despachos notariales. Y es muy lamentable ver reducidos los propios ingresos cuando uno se considera con derecho a disfrutar para siempre de un estupendo nivel de vida. Así que no están los tiempos para muchos escrúpulos, ¿no es así? Y una escritura de hipoteca todavía es un número de cuantía. Y *pecunia non olet*.

Y así, resulta que durante el año 2010 y en este mismo año 2011, por unas cosas y por otras, han caído en mis manos varias de estas escrituras de hipoteca cambiaria autorizadas no hace tiempo, sino en el mismo año 2010 o en el 2011. Y me consta que en el momento presente este tipo de operaciones siguen encontrando abiertas las puertas de muchos despachos notariales.

Luego les contaré un poco más sobre estas escrituras, pero antes me referiré a lo tercero que ha sucedido (lo primero era la crisis económica, lo segundo la resistencia de algunos notarios a la reducción del volumen de su protocolo). Pues bien, lo tercero es un acontecimiento legislativo absolutamente memorable: la promulgación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*.

## V. LA LEY 2/2009 COMO PARADOJA NOTARIAL: LEGITIMACIÓN DE UNA ACTIVIDAD ANTISOCIAL Y CONTROL NOTARIAL DE LA LEGALIDAD

Desde el punto de vista notarial, se trata de una norma verdaderamente paradójica.

Como no habrá olvidado ninguno de ustedes, en el mes de mayo de 2008 el Tribunal Supremo se descolgó con una sentencia que declaró la nulidad de todos los preceptos del Reglamento notarial reformado en enero de 2007 en los que se hacía una referencia explícita al control notarial de la legalidad del contenido de los documentos públicos autorizados, y ello por falta de cobertura legal para semejante potestad de control atribuida osadamente por vía reglamentaria. Sólo cuando una norma legal específica prevé de forma expresa el deber del notario de negar su autorización a falta de un determinado requisito, es posible —a juicio de nuestro alto tribunal— esa denegación de funciones.

Algunos pensábamos que la incidencia de esta sentencia era bastante inane, pues ningún notario necesita que norma reglamentaria alguna le diga que en su actuación debe respetar la legalidad. Si uno de los principios más básicos de todo nuestro ordenamiento constitucional es la sujeción de los ciudadanos y de todos los poderes públicos, y por tanto de todas las autoridades y funcionarios públicos, a la ley, ¿cómo va a ser posible que ese funcionario público que es un notario no esté obligado a respetar las leyes en lo que es el contenido propio de su función pública, que es la autorización de documentos públicos? ¿Qué tontería es ésta de que un notario no puede negarse a autorizar, por ejemplo, una escritura de constitución de SA con un capital de cinco euros, por cuanto no hay norma expresa de rango legal que le habilite a negar su intervención por ese concreto motivo, debiendo limitarse a advertir a los otorgantes de la más que probable calificación registral negativa de la escritura en cuestión?

Sin embargo, las más altas instancias corporativas del notariado se pusieron muy nerviosas ante el posible efecto devastador de esta sentencia y se apresuraron a emplear todo su empeño e influencia para conseguir que con la mayor celeridad posible se promulgase una norma de rango legal que taponase el terrible agujero abierto por el TS, una norma que reconociese de forma explícita la potestad notarial de control genérico de la legalidad de los documentos notariales.

Y miren ustedes por dónde, resulta que la ley que se ha aprovechado para introducir esta pleonásmica norma dirigida a restituir la dignidad temporalmente perdida por la profesión notarial ha sido precisamente esta Ley 2/2009. Así, el artículo 18 de la misma, bajo la rúbrica «*Deberes notariales y registrales*», comienza diciéndonos: «*En su condición de funcionarios públicos y derivado (sic) de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autori-*

*zan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».*

A mí esto, como notario, me resulta muy triste.

Primero, porque me parece lamentable que el destino de mi profesión se haya vinculado a una de las leyes más disparatadas de nuestra reciente legislación —en unos tiempos en que el listón del disparate está muy alto—, mediante la que se perpetra ese absoluto desafuero consistente en dar legitimidad a una actividad antisocial, que lo que debería estar es prohibida.

Y en segundo lugar, me parece triste y paradójico desde el punto de vista notarial porque esta ley para lo que realmente ha servido hasta ahora es para proporcionar una coartada a aquellos compañeros notarios que hacen en esta materia —como en seguida vamos a ver— cualquier cosa menos controlar la legalidad de fondo de las escrituras que están autorizando.

## **VI. LA IDEA DE PARTIDA DE LA LEY 2/2009: LA ACTIVIDAD DE CONCEDER PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS NO ESTÁ RESERVADA A LAS ENTIDADES FINANCIERAS**

En cuanto a lo primero, el contenido y significado general de esta ley, tengo que empezar recordándoles algo absolutamente obvio: el sector financiero y crediticio es un sector extraordinariamente importante, estratégico y delicado en cualquier economía. Como nos indica la misma exposición de motivos de esta Ley 2/2009, *«en el sector financiero la protección a los consumidores y usuarios es de especial relevancia, dado que están en juego no sólo sus intereses económicos sino también la estabilidad del sistema»*. Es decir, del buen funcionamiento de las empresas que operan en el sector financiero dependen no sólo delicados intereses económicos individuales de sus clientes, sino la estabilidad general del sistema económico, algo de lo que ahora mismo creo que todos somos sobradamente conscientes.

Precisamente por ello, se trata de un sector económico objeto de una regulación específica y de una especial supervisión administrativa mediante esos organismos especializados que son el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros. En particular, es característico de este sector el que el acceso a la actividad no está expedito para cualesquiera sujetos, sino que la ley impone particulares requisitos estructurales y de idoneidad a las empresas que pretenden operar en el mercado financiero (obligatoriedad de la adopción de determinadas formas societarias, objetos sociales exclusivos, capitales sociales mínimos, acciones nominativas, comunicación de participaciones significativas, una determinada estructura de órgano de administración, requisitos de profesionalidad y honorabi-

lidad para sus directivos, y muy en especial el condicionamiento del lícito comienzo de su actividad a una autorización administrativa del organismo supervisor o regulador correspondiente). Un régimen tan riguroso como éste y que contrasta con los requisitos mucho más laxos propios del ejercicio de cualesquiera otras actividades empresariales o comerciales no tendría, por supuesto, ningún sentido si no viniera acompañado precisamente de un régimen de exclusividad en el ejercicio de la actividad correspondiente. Así, ¿qué sentido tendría someter la constitución de un banco a autorización administrativa previa si la actividad bancaria se pudiera desarrollar por cualquier persona física o jurídica?

Siguiendo con las obviedades, les diré que, dentro del ámbito genérico del sector financiero, un subsector especialmente delicado es el mercado hipotecario. ¿Por qué? Pues por dos motivos fundamentalmente.

Primero, por la importancia económica de los bienes que sirven de garantía. En la mayor parte de los casos, y por lo que ahora nos interesa: la vivienda familiar del deudor, un bien de evidente trascendencia vital y que además, en términos cuantitativos, suele representar el primer componente de casi todos los patrimonios familiares.

Y en segundo lugar, porque, por la propia naturaleza duradera y el importante valor de los bienes inmuebles, el crédito con garantía hipotecaria tiende a ser un crédito de cuantía importante y a largo plazo. Esto supone, desde el punto de vista del prestamista, unas exigencias específicas: conceder este tipo de crédito requiere una importante disponibilidad de fondos durante un tiempo prolongado, la posibilidad de tener inmovilizado un capital durante bastante tiempo, lo que económicamente no está al alcance de cualquiera. El financiador hipotecario tiene unas exigencias de refinanciación muy específicas, a las que no está sometido un prestamista que concede créditos de menor cuantía y a un plazo más corto. O dicho de otra forma, no es lo mismo dedicarse profesionalmente al crédito hipotecario que conceder préstamos con la garantía de un reloj o de un anillo.

Precisamente por esto, históricamente, el mercado hipotecario, desde el punto de vista activo, de los posibles prestamistas, no estaba abierto a toda clase de sujetos. Así, la banca española, al menos en teoría, respondía a un modelo de banca especializada, que distinguía, por un lado, la banca comercial, dedicada fundamentalmente a ese crédito a corto plazo consistente en el descuento de papel comercial, de letras y otros efectos de comercio; y por otro lado, la banca industrial o de negocios, dedicada a las operaciones más complejas y a largo plazo propias de la financiación de las inversiones industriales. En este marco, el crédito hipotecario estaba reservado a algunas entidades específicas, en particular, el Banco Hipotecario de España.

Como ustedes saben, este modelo de banca se fue erosionando en la práctica, dando paso a nuestro modelo vigente, que es de banca universal. En el mismo,

todos los bancos y cajas —lo que se conoce como entidades de depósito o de crédito— pueden dedicarse a cualquier modalidad del crédito, incluyendo, por supuesto, el crédito con garantía hipotecaria.

En el plano del derecho positivo, fue la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 la que de forma expresa reconoció ese acceso de todas las entidades de crédito al mercado hipotecario. No obstante, esa LMH, aunque se podía considerar flexible en el sentido de superar la idea de especialización bancaria, no abría del todo la mano, porque en su artículo 2 delimitaba y delimita todavía hoy, según una técnica de *numerus clausus*, los tipos de entidades que «podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley» (es decir, cédulas, bonos o participaciones hipotecarias). Esas entidades son —de conformidad con la redacción vigente— los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito, y, por último, los establecimientos financieros de crédito.

Esta última terminología, «establecimientos financieros de crédito», se introduce en nuestro derecho positivo en el año 1994, en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la Legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero. Bajo dicha nueva etiqueta pasaron a englobarse varios tipos de entidades que se conocían antes como «entidades de crédito de ámbito operativo limitado», en concreto, las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero. Estos EFC (cuyo régimen se diseña en sus términos básicos por la citada DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 3/1994, y se desarrolla por el RD 692/1996, de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito) no están sujetos a un régimen legal tan riguroso como es el propio de bancos y cajas, precisamente porque los mismos no captan fondos reembolsables del público en forma de depósitos. Sin embargo, siguen siendo «entidades de crédito» en sentido lato (así los califica expresamente la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> 4 del Real Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, aunque estén excluidos de la normativa sobre garantía de depósitos), sujetas a un régimen especial que comprende, por supuesto, el sometimiento a autorización administrativa previa, la inscripción en un registro especial del Banco de España y la sujeción a la supervisión por parte de este organismo (también la forma obligatoria de SA, con acciones nominativas y un capital mínimo íntegramente desembolsado de 850 millones de pesetas, o sea, más de 5 millones de euros).

Por lo que ahora interesa, de conformidad con la citada DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 3/1994, «tendrán la consideración de establecimientos financieros de crédito

*aquellas Entidades que no sean Entidad de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades: a) La de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales». O sea, que parece que una empresa que no sea banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito, y que pretenda dedicarse con habitualidad, como actividad principal, a la concesión de préstamos, entre ellos los hipotecarios, debería adoptar la forma y someterse al régimen propio de un EFC<sup>6</sup>.*

Si tenemos en cuenta estos antecedentes y este contexto normativo<sup>7</sup>, creo que estaremos en condiciones de darnos cuenta de lo chocante e insólita que resulta la idea fundamental de esta Ley 2/2009. Esta ley parte de la idea, que hace explícita en su exposición de motivos, de que no existe en nuestro derecho una reserva legal de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios a las entidades de crédito<sup>8</sup>. Partiendo de esta convicción, en el artículo 1 define su ámbito

---

<sup>6</sup> Es cierto que la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, hace referencia expresa a «*contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, en adelante empresario, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación*», lo que parece dar a entender que semejante actividad de financiación es accesible a toda clase de sujetos, también las personas físicas, lo que precisamente se ha utilizado como argumento para justificar el planteamiento de base de la Ley 2/2009, a que me refiero a continuación en el texto. A mi juicio, el tenor de dicha norma es sólo una consecuencia del enfoque transversal propio de la normativa de la que forma parte, una regulación que contempla de forma objetiva un cierto tipo de contratos o productos para conceder una determinada protección a la parte consumidora, sin preocuparse del estatuto legal subjetivo propio de la parte financiadora. Además, que la posición financiadora en el crédito al consumo no quede restringida a las entidades de crédito es algo que deriva de la propia naturaleza de las cosas, en la medida en que *lato sensu* es financiación al consumo la que lleva a cabo cualquier empresario que aplaza el pago del precio del bien o servicio suministrado al consumidor. Una cuestión completamente diferente es la que suscita la actividad puramente financiera de un sujeto distinto del vendedor que presta fondos dinerarios al comprador para que éste pueda pagar el precio de la compra (actividad ésta propia de las «entidades de financiación», que se incluyeron a partir del año 1994 en la categoría más amplia de EFC).

<sup>7</sup> Contexto normativo del que también forma parte la Disposición Adicional 10 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, cuando dispone: «*1. En relación con las personas físicas o jurídicas que, sin estar inscritas en algunos de los registros administrativos legalmente previstos para entidades de carácter financiero, ofrezcan al público la realización de operaciones financieras de activo o de pasivo o la prestación de servicios financieros, cualquiera que sea su naturaleza, se faculta al Ministerio de Economía y Hacienda, para: a) Solicitar de los mismos el suministro de cualquier información, contable o de otra naturaleza, relativa a sus actividades financieras, con el grado de detalle y con la periodicidad que se estimen conveniente. b) Realizar, por sí o a través del Banco de España, las inspecciones que se consideren necesarias a efectos de confirmar la veracidad de la información a la que se refiere el apartado a) anterior o de aclarar cualquier otro aspecto de las actividades financieras de dichas personas o entidades*».

<sup>8</sup> Por supuesto que no ha existido nunca esta reserva en el sentido de que sólo las entidades de crédito puedan concertar contratos de préstamo o crédito. Una empresa de cualquier tipo y un simple particular pueden conceder un préstamo a cualquier otro sujeto pactando la garantía que consi-

de aplicación en los siguientes términos: «1. Lo dispuesto en esta Ley será de aplicación a la contratación de los consumidores con aquellas personas físicas o jurídicas (en adelante, las empresas) que, de manera profesional, realicen cualesquiera de las actividades que consistan en: a) La concesión de préstamos o créditos hipotecarios bajo la forma de pago aplazado, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación<sup>9</sup>. b) La intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción».

Si me permiten la analogía, es como si la normativa reguladora del seguro metiese en el mismo saco regulatorio a las entidades aseguradoras con los corretores de seguros. Así, esta ley no se ocupa tan sólo de aquellos sujetos que ejercen una actividad que podríamos llamar de correduría de préstamos hipotecarios, de meros intermediarios o mediadores entre los demandantes de préstamos y las entidades de crédito oferentes de préstamos, sino que se ocupa también —y somete por tanto a su peculiar paraguas regulatorio— de unos sujetos que por cuenta propia conceden préstamos hipotecarios de forma profesional, es decir, con habitualidad, como un negocio organizado.

---

deren conveniente a sus intereses, incluida la hipotecaria, sin más limitaciones que las que derivan del derecho general de obligaciones y contratos. Como tampoco existe reserva legal alguna respecto del contrato de depósito irregular de dinero, que también puede concertarse interviniendo como depositario un particular. Una cuestión completamente diferente es la dedicación con habitualidad y profesionalidad a la actividad de recepción de depósitos o a la actividad de concesión de préstamos. El error garrafal y gravísimo —por sus graves consecuencias sociales— de esta Ley 2/2009 consiste precisamente en confundir estas dos cuestiones, la no existencia de una reserva para la celebración de un contrato aislado de una determinada naturaleza y la existencia o no de una reserva legal para la realización de ese tipo de contrato con habitualidad en el marco de una actividad dirigida al público en general.

Creo que clarifica bastante el asunto la consideración de las operaciones de arrendamiento financiero. Así, no existe ninguna razón para que un sujeto cualquiera no pueda intervenir como arrendador financiero en una operación aislada de *leasing*: si le puedo prestar a un amigo una cantidad para que se compre una casa con la garantía de una hipoteca sobre la casa comprada, por qué no voy a poder comprar yo la casa para a continuación ceder su uso al amigo con derecho a recibir de él una cantidad periódica mediante la que recuperaré el capital invertido y percibiré un interés, concediéndole una opción para que me compre al final la casa por un precio residual. Sin embargo, esto nos parece casi descabellado, porque todos tenemos completamente asumido que las operaciones de *leasing* sólo se pueden realizar o por los bancos y cajas o por determinadas entidades financieras especializadas. Así parece resultar además con toda claridad de la Disposición Adicional 7.ª de la LDIEC. En la línea de lo que vengo señalando, la reserva de la actividad tiene sentido para lo que es la realización con habitualidad de estas operaciones. Pero, en cualquier caso, ¿es que existe alguna diferencia sustancial entre un *leasing* financiero inmobiliario y un préstamo hipotecario, para que en un caso la reserva de actividad nos parezca lo más natural del mundo y en el otro no? (véase mi conferencia «El *leasing* inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMN*, tomo 42, 2004).

<sup>9</sup> La expresión es realmente torpe, porque está copiada de la normativa sobre crédito al consumo.

## **VII. REGISTRO Y SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL O AVAL BANCARIO COMO ÚNICOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA EL EJERCICIO DE ESTA ACTIVIDAD**

Y en relación con los sujetos que desarrollan esta actividad, esta ley reconoce de forma expresa, como vemos, la posibilidad de que adopten cualquier forma jurídica, por tanto también una SRL, en su caso unipersonal, con un capital de 3.000 euros, o incluso que se trate de personas físicas, sin el más mínimo requisito de idoneidad.

Los únicos requisitos subjetivos específicos que la ley impone a estos sujetos son dos: la inscripción —a efectos que no pasan de los meramente informativos— en un registro administrativo especial a cargo de la Comunidad Autónoma correspondiente o, a falta de éste, en un registro estatal; y la contratación de un seguro de responsabilidad civil o un aval bancario, por un importe mínimo que se debe fijar reglamentariamente, que cubra las responsabilidades en que pudieran incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de intermediación o concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Tanto interés tenía en el asunto el Gobierno promotor de esta ley que ha tardado tan sólo dos años en promulgar el reglamento que debía fijar el importe mínimo de la cobertura del seguro o el aval. Por fin, el RD 106/2011, de 28 de enero, ha fijado ese importe, en principio, en 300.000 euros, como límite mínimo de cobertura por siniestro y anualidad<sup>10</sup>.

En cuanto al Registro, las Comunidades Autónomas también se lo han tomado con calma. Hasta donde yo sé, ninguna ha creado todavía el correspondiente registro, de manera que de forma provisional todas estas empresas deberán inscribirse en el registro estatal creado también, por fin, por el citado RD 106/2011.

Requisito de licitud para el ejercicio de la actividad —que, por tanto, sólo ha devenido operativo a partir de este año 2011, en concreto, a partir del 12 de mayo, cuando hayan transcurrido tres meses desde la entrada en vigor del citado RD— es la previa inscripción en este registro, lo que requiere acreditación de la contratación del seguro o el aval; y todo ello bajo la amenaza de sanción administrativa como infracción muy grave en materia de consumo. No obstante, cuando la ley determina en su artículo 18 los específicos deberes de notarios y registradores en

---

<sup>10</sup> La cuantía indicada se multiplicará por el número de establecimientos en los que la empresa desarrolle la actividad. Una vez transcurrido el primer año de actividad, y en los años sucesivos, el importe mínimo asegurado o avalado será el mayor de los dos siguientes: la actualización en función del índice de precios al consumo de la cantidad indicada, o el 30 por 100 de la facturación que corresponda a la actividad desarrollada por la empresa, en cuanto al ámbito cubierto por este Real Decreto, en el ejercicio anterior.

relación con los contratos de préstamo o crédito hipotecario que autoricen o inscriban, no se cuida de imponer de forma expresa el deber de controlar el cumplimiento por la parte prestamista de estos requisitos de registro y seguro o aval. Veremos, por tanto, si los notarios y registradores se van a sentir o no concernidos por este requisito<sup>11</sup>.

## VIII. UNA ACTIVIDAD SUJETA SÓLO A LA NORMATIVA DE CONSUMO

En cualquier caso, cumplidos estos requisitos de registro y seguro o aval, cualquier tipo de sujeto —como digo— puede desarrollar las actividades que contempla esta ley. Y además de ello, aunque la Exposición de motivos de la misma nos habla —como ya vimos— de la importancia que tiene el sector financiero para la estabilidad de todo el sistema, resulta que toda la regulación que establece esta norma presupone que las actividades en cuestión son actividades puramente comerciales, unas actividades que no plantean otras exigencias normativas que las consistentes en asegurar una mayor transparencia en cuanto a los mensajes publicitarios, la información precontractual y los clausulados contractuales.

Así, lo primero que llama poderosamente la atención de esta ley es que la misma responde a un proyecto elaborado e impulsado nada menos que por el Ministerio de Sanidad y Consumo. Es cierto que la titular de dicho departamento

---

<sup>11</sup> No ha sido celo lo que ha faltado al registrador que puso la nota de calificación que motivó el recurso que ha dado lugar a la RDGRN de 18 de enero de 2011. Según este registrador, no es inscribible una hipoteca constituida a favor de una de estas empresas transcurridos nueve meses después de la entrada en vigor de la Ley 2/2009 (los seis meses que se previeron para la creación del registro y los tres más para solicitar la inscripción) si no se acredita la inscripción de la misma en el registro previsto en dicha norma, y ello incluso en el caso de que ni la Comunidad Autónoma competente ni el Estado hayan creado todavía el registro correspondiente. La DGRN le da la razón al notario recurrente porque, en definitiva, *ad impossibilia nemo tenetur*, pero para mí resulta evidente quién abrazó la causa correcta.

En cualquier caso y para lo futuro, el control notarial y registral del cumplimiento de este requisito —que por su coste económico o incluso imposibilidad puede resultar muy disuasorio del ejercicio de esta actividad— a la hora de autorizar e inscribir cada una de las operaciones puede ser absolutamente clave, porque estas empresas son especialistas en presentar como titulares a testaferrros (es frecuente que el firmante habitual sea apoderado de una persona mayor), en desaparecer de la noche a la mañana, en cambiar de oficina y de nombre, de manera que la amenaza de una sanción administrativa por la actuación sin seguro y sin registro puede no resultarles muy intimidante, y mientras tanto van haciendo si se les deja.

Ya he tenido conocimiento de cómo algunas de estas agencias financieras están constituyendo sociedades «multiservicios» con objetos sociales como el siguiente: «la prestación de servicios de limpieza, reformas, albañilería, fontanería, electricidad, jardinería y mantenimiento, así como la prestación de servicios jurídicos y de ingeniería y peritaje», a través de las cuales están concediendo préstamos sin sujetarse a ninguno de los requisitos de la Ley 2/2009 (en una escritura de fecha 31 de enero de 2011, que ya ha sido inscrita, no se hace referencia alguna a la cuestión del «titular real» de la sociedad prestamista).

en la época del anteproyecto ha terminado siendo ministra de Economía y Hacienda, pero no parece que se pueda presumir de todo el equipo de su anterior ministerio la misma omnisciencia y pluridisciplinariedad.

En coherencia con semejante planteamiento de partida, la competencia tanto para la llevanza del registro administrativo de estos empresarios como para la supervisión del cumplimiento de estas normas se atribuye a las autoridades de consumo, por supuesto, autoridades autonómicas. Fíjense lo bien que nos viene el Estado de las Autonomías cuando se trata de eludir las responsabilidades del poder central sobre ciertos asuntos escabrosos (como también sucedió con la indescriptible Ley 43/2007, de 13 de diciembre, *de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio*, es decir, la ley que se perpetró para justificar que una actividad como la que habían desarrollado Fórum y Afinsa era sólo de competencia de las autoridades de consumo<sup>12</sup>).

O sea que, aunque la actividad de esas personas físicas o jurídicas que se dedican profesionalmente a conceder créditos o préstamos hipotecarios al público en general no puede ser más financiera, en cuanto que no tiene por objeto mercadería ni servicio alguno (como sucede en el caso de los mediadores), sino únicamente el dinero, la pura financiación a cambio del pago de unas comisiones y un interés, sin embargo, en esta ley no se trata como una actividad financiera, por cuanto se deja deliberadamente al margen de la regulación específica del sector financiero<sup>13</sup>.

## **IX. PERO, ¿DE DÓNDE OBTIENE LOS FONDOS EL PRESTAMISTA? LAS «LETRAS HIPOTECARIAS» COMO INSTRUMENTO PARA LA CAPTACIÓN DE AHORRO DEL PÚBLICO. ENTRE LA OPACIDAD FISCAL Y LA VULNERACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE APELACIÓN DIRECTA AL AHORRO POR PARTICULARES**

Y esto es algo que uno no termina de entender. Disculpenme por expresarme así, pero una de dos: o el autor de esta ley es muy tonto, o es muy malvado —y no sé qué es peor de las dos cosas—. Porque la pregunta que nadie puede dejar de hacerse ante un sujeto que se dedica profesionalmente, es decir, de forma habitual, a conceder préstamos o créditos hipotecarios por cuenta propia es: ¿de dónde obtiene este señor el dinero?, ¿cómo se financia a su vez este financiador?<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Véase mi conferencia «Inversión en bienes tangibles y seguridad jurídica», en *AAMN*, tomo XLVIII, Madrid, 2008.

<sup>13</sup> Por el contrario, en las enmiendas que presentaron el Grupo Parlamentario Popular y Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds durante la tramitación parlamentaria del proyecto se proponía la necesaria sujeción al régimen de EFC para las empresas que desarrollan esta actividad.

<sup>14</sup> En la justificación de la enmienda 35, presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Popular, se dice: «La actividad profesional de concesión de créditos debe contar con unos requisitos

El negocio empresarial del crédito, aunque consista en la concesión de préstamos por cuenta propia, se basa económicamente siempre en una actividad organizada de intermediación financiera: los fondos que se prestan hay que captarlos previamente de las personas que tienen excedentes dinerarios, es decir, de los ahorradores.

Como sabemos de sobra, los bancos y las cajas —las entidades de depósito— son las únicas entidades que se financian con fondos obtenidos del público por medio de contratos de depósito irregular a la vista o a plazo; aunque las mismas también acuden al mercado interbancario y, en particular, para refinanciar sus operaciones activas con garantía hipotecaria, se ha creado lo que se conoce como el mercado hipotecario secundario, donde dichas entidades obtienen fondos mediante las diferentes técnicas jurídicas de titulización de sus carteras de créditos hipotecarios.

¿Y qué es lo que hacen estos prestamistas no bancarios que contempla esta ley? Pues, en el fondo, algo no muy diferente: ellos también titulizan a su manera el derecho de crédito derivado del préstamo que conceden. Para eso —además de para sangrar al deudor— sirven precisamente las letras. En las operaciones que les comenté inicialmente, el agente intermediario no concedía el préstamo, porque él se quedaba entre bastidores haciendo intervenir en la escritura como prestamistas directos a los inversores captados, los cuales eran los primeros tomadores de las letras suscritas por el prestatario. Pero, en otros muchos casos, aquellos que serían precisamente subsumibles en el supuesto del artículo 1.a) de la Ley 2/2009, el profesional del asunto es el que en su propio nombre otorga la escritura como prestamista y recibe las letras.

Y las letras en cuestión, con la nota que diligentemente extiende al dorso el notario autorizante de la escritura para dejar constancia de su garantía mediante una hipoteca, sirven —como instrumento de titulización directa del crédito hipotecario— para facilitar la movilización de su posición por ese primer prestamista. Las letras, que incorporan cada una de ellas el derecho a cobrar una parte del crédito (y a veces todas con el mismo vencimiento), se negocian por su titular, se transmiten a los inversores captados por éste, como forma precisamente de refinanciarse nuestro prestamista, que a la postre, como no puede ser de otra forma, desarrolla una función de intermediación financiera, y su lucro consiste en la diferencia entre la cantidad que él entrega realmente al prestatario y el importe por el que vende las letras a sus posteriores adquirentes.

Dada la natural tendencia a circular de estas letras, no es raro que su libramiento se realice con el nombre del primer tomador en blanco, forma ésta de que

---

*mínimos de control, que se encuentran plenamente justificados desde la perspectiva de la estabilidad financiera y de la protección de los recursos de terceros que, de una u otra forma, tendrán que ser captados por estas empresas a partir de un determinado volumen de crédito, ya que no es previsible que en este caso la financiación pueda proporcionarse sólo con recursos propios».*

la primera negociación de la letra por el prestamista profesional —que no tiene un pelo de tonto— se pueda realizar sin necesidad de poner su firma en la letra como endosante, con la responsabilidad cambiaria por el buen fin de la letra que ello supondría para el mismo.

Lo que sí es chocante —aunque, por lo que he visto, parece ser la práctica habitual— es que el notario autorizante de la escritura de hipoteca en la que se reseñan o testimonian las letras y que extiende en las mismas la aludida nota relativa a su garantía mediante hipoteca, no exija el previo completamiento de las letras como condición de su intervención, teniendo en cuenta no sólo consideraciones relacionadas con la normativa fiscal y antiblanqueo, sino simplemente el dato de que, según el artículo 1.6 de la Ley Cambiaria, una mención necesaria de la letra de cambio es «*el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar*», de manera que una letra con el tomador en blanco, es decir, una letra al portador, es nula. Lo digo por el asunto éste del control notarial de la legalidad.

Pero de esto me ocuparé después. De momento estamos en que esta refinanciación de nuestro prestamista mediante la colocación de las letras a los inversores captados por el mismo (unas letras que son puramente financieras, por cuanto no son el reflejo de operación comercial alguna en relación con una entrega de mercaderías o la prestación de un servicio, sino que incorporan la deuda derivada de un simple préstamo mutuo) se realiza, por supuesto, al margen de todas las normas que rigen el aludido mercado hipotecario secundario y también al margen de las normas generales del mercado de valores.

Respecto de esto último, no me parece ocioso recordarles:

- Primero, que una Orden del MEH de 14 de noviembre de 1989, haciendo uso de la habilitación concedida al efecto en el artículo 25 LMV, sometió a autorización de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera —frente al criterio general de libertad de emisión sin más requisito que el suministro de determinada información a la CNMV— las emisiones de valores con vencimiento superior a dieciocho meses y que carezcan de rendimiento explícito (como es el caso de las letras de cambio a plazo, cuyos intereses, en su caso, se incorporan siempre al nominal). Esta norma fue derogada por una OMEH de 28 de mayo de 1999, por entender que, a los fines fiscales que justificaban su existencia, era suficiente la regulación contenida en la Ley del impuesto sobre sociedades.

A tal efecto, hoy es fundamental el artículo 141 del TR de la LIS (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), que en su apartado 4 dispone: «*Los fedatarios públicos que intervengan o medien en la emisión, suscripción, transmisión, canje, conversión, cancelación y reembolso de*

*efectos públicos, valores o cualesquiera otros títulos y activos financieros, así como en operaciones relativas a derechos reales sobre ellos, vendrán obligados a comunicar tales operaciones a la Administración tributaria presentando relación nominal de sujetos intervinientes con indicación de su domicilio y número de identificación fiscal, clase y número de los efectos públicos, valores, títulos y activos, así como del precio y fecha de la operación, en los plazos y de acuerdo con el modelo que determine el Ministro de Hacienda.*

*La misma obligación recaerá sobre las entidades y establecimientos financieros de crédito, las sociedades y agencias de valores, los demás intermediarios financieros y cualquier persona física o jurídica que se dedique con habitualidad a la intermediación y colocación de efectos públicos, valores o cualesquiera otros títulos de activos financieros, índices, futuros y opciones sobre ellos; incluso los documentos mediante anotaciones en cuenta, respecto de las operaciones que impliquen, directa o indirectamente, la captación o colocación de recursos a través de cualquier clase de valores o efectos».*

En términos similares se pronuncia el artículo 100, apartado 4, de la LIRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre).

No parece nada probable que las empresas que se dedican a la actividad que estamos contemplando hayan remitido información alguna a Hacienda en relación con estas letras y sus sucesivos tenedores. En cuanto a la obligación legal que pesa sobre los fedatarios públicos que intervienen en la emisión, suscripción, reembolso y cancelación de cualesquiera activos financieros, no parece tampoco que los notarios autorizantes de las referidas escrituras de hipoteca cambiaria se hayan sentido nunca especialmente aludidos por esta norma. No creo que cuando antes se mandaba el modelo de «activos financieros», ni ahora que esa información se remite dentro del rutilante índice único, se hayan contemplado como tales activos financieros las letras de cambio emitidas con ocasión del otorgamiento de estas escrituras o aquellas que son objeto de reembolso y cancelación cuando se autoriza la escritura de cancelación de una de estas hipotecas, cuando evidentemente se trata de activos financieros a estos efectos y además de rendimiento implícito. (Me parece que con esto ya hay para preocuparse un rato.)

- En segundo lugar y sobre todo les quiero también recordar que desde el año 1995 —la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la LSRL de 1995 (hoy el artículo 402 y la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la LSC)— está prohibida expresamente en nuestro derecho la *emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones* por particulares y por sociedades

no anónimas. Prohibición ésta cuyo origen se encuentra precisamente en la prevención ante determinadas maniobras de captación de fondos mediante obligaciones o pagarés por sujetos escasamente fiables que se movían en un mundo muy familiar a aquél en que pululan este tipo de prestamistas y que merecieron la atención de varias resoluciones de la DGRN desde principios de los años noventa.

## **X. LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS. LOS USUREROS TERMINAN GANANDO LA BATALLA DE LA HIPOTECA CAMBIARIA EN LA DGRN**

El estudio de esta jurisprudencia registral es muy interesante, aunque hay que leer entre líneas para darse cuenta de lo que hay detrás de unas disquisiciones que parecen tener un alcance sólo jurídico-formal o conceptual. Lo que subyace a esta muy compleja jurisprudencia es una lucha soterrada y astuta por conseguir el reconocimiento de la legitimidad de estas operaciones para el imprescindible acceso al Registro de la Propiedad de la garantía inmobiliaria que las hace posibles, una lucha hasta ahora coronada por el éxito (por eso, es tan triste como habitual que en las escrituras de hipoteca cambiaria —como ya indiqué— se alardee de forma expresa de la cobertura prestada por determinadas resoluciones de la DGRN; como triste es la posición procesal de los notarios en este combate).

En unas primeras decisiones, la DGRN se ocupó de una cuestión de derecho hipotecario relacionada con un tema muy general del derecho de obligaciones: el problema de que la constitución de una hipoteca en garantía de unas letras o de unas obligaciones al portador que no se hubiesen negociado por el hipotecante podía ser un subterfugio para eludir la prohibición de la hipoteca de propietario, es decir, un medio para que el propietario de una finca se asegurase una reserva de rango hasta un determinado importe de deuda con la que luego poder beneficiar a cualquiera de sus acreedores, eludiendo así la *par condicio creditorum*. En atención a ello, varias resoluciones (5 de noviembre de 1990, 17 de agosto de 1993) sentaron la doctrina según la cual requisito de inscribibilidad de una hipoteca cambiaria es la participación en el otorgamiento de la escritura como primer tomador de las letras de una persona distinta del hipotecante.

En otras resoluciones, el obstáculo que invocó la DGRN para rechazar el acceso al Registro de la hipoteca constituida fue la atipicidad como pretendidos títulos-valores de los títulos que se pretendían garantizar con la hipoteca. En estas decisiones se parte de la idea de que la *hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador* del artículo 154 de la Ley Hipotecaria supone una excepción respecto del régimen ordinario de la hipoteca —la indeterminación registral del titular del derecho de hipoteca, en la medida en que dicha titularidad

sigue a la tenencia del título-valor, es una radical excepción al régimen general de cesión de los créditos hipotecarios—, de manera que este régimen excepcional sólo se justifica si la hipoteca se constituye en garantía de títulos que realmente tengan la naturaleza de títulos-valores endosables o al portador, con su peculiar vocación circulatoria, cuya creación en nuestro derecho está sustraída al principio general de autonomía de la voluntad, según un criterio de *numerus clausus*. La resolución de 17 de septiembre de 1996 se ocupó de un caso de creación de una única «obligación» y la de 24 de enero de 1997 de la emisión de dos obligaciones. En ambos supuestos, el centro directivo entendió que el título o títulos en cuestión no encajaban realmente en el concepto de «obligaciones» —que presupone una emisión plural—, ni cumplían los requisitos formales propios de los títulos cambiarios.

Por último, otro grupo de resoluciones —las que más me interesan ahora— se han ocupado de la cuestión de la posible relación de estas hipotecas con la normativa reguladora del mercado financiero, en concreto, del mercado de valores: ¿en qué medida la constitución por un particular de una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador al amparo de los artículos 154 a 156 de la LH podía suponer una emisión de valores negociables sujeta a la normativa de la LMV sobre emisiones en el mercado primario? Si la respuesta era afirmativa, la consecuencia antes del año 1995 —es decir, antes de la entrada en vigor de la LSRL de 1995— era el condicionamiento del acceso al Registro de la Propiedad de la hipoteca a la acreditación del cumplimiento de los requisitos que impone la LMV para las emisiones de valores (depósito de determinada información en la CNMV, incluida una auditoría del emisor, inscripción previa en el Registro Mercantil, constitución de un sindicato de obligacionistas, etc.)<sup>15</sup>. Una vez entrada en vigor la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la LSRL de 1995, la consecuencia de la calificación de la operación como una emisión de valores negociables pasó a ser mucho más rigurosa: simplemente, el no acceso al Registro de la hipoteca en cuestión, porque, como ya he indicado, pasó a estar prohibida legalmente la emisión de valores negociables por particulares o sociedades no anónimas.

Pues bien, la decisión por parte de la jurisprudencia registral de si la constitución de una de estas hipotecas implicaba o no una emisión de valores negociables con las consecuencias indicadas, se ha terminado concretando en la práctica en un criterio muy formalista, casi nominalista, lo que también viene condicionado por la limitación de medios de la calificación registral. Si los títulos emitidos y cuyo pago garantiza la hipoteca se llaman «obligaciones», entonces su emisión cae bajo la disciplina de la LMV y en su caso bajo la indicada prohibición. Si se trata, sin embargo, de «letras de cambio», entonces la hipoteca constituida no se ve

---

<sup>15</sup> Hay que tener en cuenta que las normas reglamentarias de desarrollo de la citada LMV (artículo 26 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores) contemplaban de forma expresa la posibilidad de emisiones por parte tanto de sociedades no anónimas como incluso de particulares.

afectada por la citada normativa y encuentra expedito su acceso al Registro, sin más requisitos que los generales de la normativa hipotecaria.

Así, siempre que se ha tratado de «obligaciones», aunque se tratase sólo de dos o tres, suscritas y entregadas ya en el mismo acto a persona distinta del hipotecante, la postura de la DGRN ha sido sistemáticamente rigurosa (resoluciones de 14 de enero y 29 de marzo de 1999, 28 de enero y 8 de febrero de 2000, 28 de enero de 2002). Sin embargo, tratándose de letras, aunque se hayan emitido varias a la vez y con las mismas fechas de vencimiento, los registradores no han invocado nunca en sus calificaciones la citada Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la LSRL, salvo en un caso, que dio lugar a la importante resolución de 19 de junio de 2009, cuya decisión fue precisamente permisiva. Aparte de este caso, la DGRN, en ninguna de las numerosas resoluciones de los últimos años en que se ha ocupado de hipotecas cambiarias, ha llegado a plantear objeción alguna por el indicado motivo<sup>16</sup>.

El argumento para esta diversidad tan radical de régimen vendría a ser la diferente naturaleza de la posición jurídica del obligacionista en contraste con la del tenedor de una letra de cambio. Así, resolución tras resolución se nos dice, respecto de las obligaciones, que la emisión de las mismas *«se articula en nuestro ordenamiento en función de la finalidad específica a que responde: ordinariamente la obtención de un cuantioso préstamo, mediante el recurso directo al ahorro público. Se trata de una oferta negocial única, dirigida a una pluralidad de personas y de ahí el fraccionamiento en valores homogéneos integrantes de una misma serie. La suscripción de las obligaciones implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión. Desembolsado el importe respectivo y entregados los valores representativos de las obligaciones queda perfecta la operación. Pero cada obligacionista no adquiere una posición totalmente autónoma, sino que, en armonía con la unidad global de la operación, adquiere una posición mixta, integrada por facultades crediticias de actuación individual y por la facultad de participar en la actuación colectiva del conjunto de los obligacionistas en defensa de los intereses comunes, con el consiguiente sometimiento a las decisiones comunitarias»*.

Sin embargo, tratándose de hipoteca cambiaria, lo que se nos dice es que, *«aunque se asemeja a la hipoteca en garantía de títulos representativos de obligaciones, objeto de una misma emisión, porque ambas garantizan el derecho del tenedor legítimo del título de que se trate, se diferencian por el hecho de que, aun cuando la hipoteca garantice una pluralidad de letras de cambio originadas con base en un mismo contrato causal, los diversos títulos garantizados están llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia (no*

---

<sup>16</sup> Recomiendo encarecidamente la lectura completa de la resolución de 1 de junio de 2006 como ejemplo insuperable de la descomposición manierista de toda una cultura jurídica. En especial, me parece provechosa su lectura como contrapunto a cualquiera de las informaciones publicadas en los medios sobre la «Operación Capital», a la que me refiero en la última nota.

*existe un régimen de cotitularidad respecto de los créditos cambiarios garantizados, y cada efecto cambiario es por sí litero-suficiente), de modo que cada una de las obligaciones cartulares puede ser exigida aisladamente y cabe promover la ejecución hipotecaria separadamente».*

La resolución de 19 de junio de 2009 añade, no obstante, la siguiente reflexión: *«no puede excluirse que se realice una emisión en masa y con oferta pública de letras de cambio con la finalidad de apelar directamente al ahorro público —a ellas se refería expresamente el artículo 2.1.c) del derogado Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo—. Pero es indudable que en el supuesto de pluralidad de letras emitidas como mero instrumento para el pago aplazado, derivado de operaciones comerciales que no impliquen captación de fondos reembolsables, no es aplicable la prohibición establecida en la disposición adicional tercera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».*

En este último inciso que he subrayado se encuentra el quid de la cuestión, y no en todo lo anterior. Lo importante no es —o no debería ser— cómo se llame el título-valor emitido, y que, en función de ese *nomen iuris*, sea más o menos «litero-suficiente». Lo relevante es la función económica real que desempeñan esos títulos. Cuando existe una operación comercial subyacente, y las letras, aunque se emitan varias, lo que hacen es incorporar el precio de dicha operación instrumentando su pago fraccionado y aplazado, es claro que no se está haciendo una emisión de valores para captar fondos de los ahorradores, porque el destino natural de esas letras va a ser su conservación por el empresario acreedor hasta la fecha de su vencimiento, o el descuento de las mismas por éste en una entidad de crédito. Sin embargo, cuando no existe ninguna relación comercial previa entre las partes, sino simplemente un préstamo, y el importe de éste se incorpora a unas letras garantizadas con hipoteca que se entregan al prestamista, es evidente que esas letras para lo que sirven es para que el primer prestamista se refinance apelando directamente al ahorro de otras personas. Precisamente, las letras sirven para transformar el crédito del prestamista nacido del contrato de préstamo en una serie de activos financieros homogéneos de cuantía individual más reducida, lo que facilita su colocación, y que pueden ser negociados sobre la base de datos puramente objetivos (importe nominal, fecha de vencimiento, precio de compra), objetivación a la que contribuye extraordinariamente ese supuesto blindaje del adquirente frente al riesgo de deudor que deriva de la existencia de una garantía hipotecaria.

Por tanto, es evidente que la constitución de estas hipotecas cambiarias por particulares está vulnerando, si no la letra, sí claramente el espíritu de la citada Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> de la LSRL de 1995 (hoy Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la LSC), que no se preocupa por si los valores en cuestión dan lugar o no a la constitución de un sindicato de obligacionistas, sino que lo que trata de evitar es la apelación directa a los mercados de capitales por sujetos que no cubran unas

exigencias estructurales mínimas que garanticen su solvencia. Lo que pasa es que la DGRN se ha quitado de encima el problema dándose por satisfecha con la simple afirmación en la escritura de que las letras emitidas son *«derivadas de relaciones económicas existentes entre los comparecientes, no destinadas a la obtención de fondos reembolsables por el público...»*, como si semejante afirmación fuera creíble. Y en la práctica, como digo, la doctrina de la DG que ha terminado trascendiendo y condicionando la práctica registral es que hipoteca en garantía de obligaciones emitidas por un particular, no; pero hipoteca en garantía de letras de cambio emitidas por un particular, sí; cuando realmente, tratándose de este tipo de letras, no existe ninguna diferencia sustancial entre unos casos y otros desde el punto de vista de la ratio de la citada norma prohibitiva.

Y en vista de ello, yo no puedo dejar de preguntarme: al amparo de esta doctrina registral permisiva, ¿cuántos cientos, o mejor, miles de estas «letras hipotecarias» se habrán puesto en circulación en España en las últimas dos décadas, sin el más mínimo control fiscal y antiblanqueo y completamente al margen de las rigurosas normas que rigen el mercado hipotecario secundario, es decir, sin cumplir ninguna de las normas de la LMH sobre tasación objetiva de los inmuebles que sirven de garantía, aseguramiento obligatorio de los mismos, límite de endeudamiento respecto del valor de la garantía, requisitos de solvencia de los deudores, destino de las cantidades prestadas, etc.? Unos títulos hipotecarios que, supuestamente, pueden proporcionar a sus adquirentes unos rendimientos extraordinarios —además de fiscalmente opacos—, pero cuya garantía consiste, por definición, en unas genuinas «hipotecas basura» (deudores de solvencia más que dudosa, fincas valoradas no se sabe cómo, etc.).

## **XI. EL LEGISLADOR DE 2009 EN LA INOPIA**

Teniendo en cuenta que se han hartado de decirnos que la crisis económica que padecemos —de causas, por supuesto, exógenas— ha sido motivada en último término por la crisis de las hipotecas basura en Estados Unidos, ¿no era esperable que una ley promulgada en el año 2009 y que tiene por objeto la contratación de préstamos y créditos hipotecarios por empresas no bancarias se preocupase, aunque fuera sólo un poco, de la cuestión que estoy exponiendo?

Pues resulta que no. De cómo se las apaña nuestro prestamista profesional para financiarse y de esa evidente captación de fondos de los ahorradores que el mismo realiza mediante la puesta en circulación de las letras y de toda la problemática que ello conlleva desde la perspectiva general del mercado financiero, se olvida por completo el autor de esta ley 2/2009.

Como ya he anticipado, todo su empeño regulador se limita a una protección de los consumidores que se relacionan con estas empresas mediadoras o conce-

dentes directas de préstamos en relación con el tema de la transparencia de la publicidad, de las ofertas y de los clausulados contractuales.

De lo que no se da cuenta el legislador es de la necesaria conexión que existe entre las dos cuestiones. Así —como digo—, el autor de esta ley pretende limitarse exclusivamente a la protección de los prestatarios desde el punto de vista propio de la normativa de consumo, despreocupándose por completo de la cuestión —propia de la normativa específica del mercado financiero— de cómo se refinancia el prestamista. Pero, por definición, esta actividad no puede existir de forma profesional si el prestamista no capta recursos financieros de los sujetos que disponen de excedentes de los mismos. Y resulta que de la peculiar forma en que se obtienen estos recursos por el prestamista —mediante la puesta en circulación de unas letras de cambio que se hacen suscribir al prestatario— derivan precisamente —como espero mostrarles— los mayores peligros para la posición del prestatario como tal consumidor.

## **XII. PARÉNTESIS: LOS INTERMEDIARIOS INDEPENDIENTES Y SUS TRES (NI UNA, NI DOS, ¡TRES!) OFERTAS VINCULANTES**

Aunque, como he indicado, la ley se ocupa tanto de los sujetos que limitan su actuación a la simple mediación, como de los que operan como prestamistas, yo me voy a centrar en estos segundos. No me resisto, sin embargo, a referirme —como una muestra más de la manera tan insensata en que se legisla últimamente en nuestro país— a una norma que en la práctica viene a imposibilitar el negocio —mucho más inocuo— de los simples intermediarios. Respecto de los mismos, la Ley 2/2009 está obsesionada con garantizar a toda costa su independencia respecto de las entidades de crédito. El artículo 22.1 dispone que *«las empresas que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas no podrán percibir retribución alguna de los clientes»*. O sea, que la empresa de intermediación que quiera cobrar del cliente una comisión por sus servicios debe ser independiente de las entidades de crédito cuyos préstamos selecciona y propone al cliente que ha captado. Pues bien, el apartado 4 de este mismo artículo 22 nos dice que *«las empresas independientes estarán obligadas a seleccionar entre los productos que se ofrecen en el mercado los que mejor se adapten a las características que el consumidor les haya manifestado, presentándoles, al menos, tres ofertas vinculantes de entidades de crédito u otras empresas sobre cuyas condiciones jurídicas y económicas asesorará al consumidor»*. De manera que, para ser un intermediario independiente y tener derecho a cobrar del cliente, la empresa en cuestión está obligada a algo que es prácticamente imposible o antieconómico: conseguir y presentar como mínimo ofertas vinculantes de tres entidades diferentes. Los notarios sabemos de sobra que la mayor parte de las ofertas vinculantes se firman y entregan al prestatario el mismo día de la firma de la escritura y, además, ningún banco firma el compromiso de conceder un deter-

minado préstamo a un cliente sin un examen exhaustivo de su solvencia y sin haber encargado y obtenido una tasación de la finca que se ofrece como garantía. Si es así, ¿cómo va a conseguir nuestro intermediario sujeto a la Ley 2/2009 nada menos que tres ofertas vinculantes de tres entidades distintas como requisito para poder empezar a hablar de retribución con su cliente?

### **XIII. LOS REQUISITOS FORMALES DE LA ACTIVIDAD DE LOS PRESTAMISTAS: CONDICIONES GENERALES, FOLLETO INFORMATIVO, TABLÓN DE ANUNCIOS, PUBLICIDAD, OFERTA VINCULANTE Y CLAUSULADO CONTRACTUAL**

Dejando de lado a los meros intermediarios, las empresas que conceden directamente préstamos o créditos hipotecarios quedan sujetas (además del registro y el seguro o aval) a exigencias tales como:

- Tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen. Esta información deberá estar disponible en la página *web* de las empresas, si éstas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas en que presten sus servicios. Como no puede ser de otra forma en un legislador con tanta sensibilidad social, *«la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente»*.
- También están obligadas a notificar al Registro en el que figuren inscritas, con carácter previo a su aplicación, los precios de los servicios, las tarifas de las comisiones o compensaciones y gastos repercutibles que aplicarán, como máximo, a las operaciones y servicios que prestan, y los tipos de interés máximos de los productos que comercializan, incluidos, en su caso, los tipos de interés por demora.
- Los indicados precios, tarifas y gastos repercutibles se recogerán en un folleto informativo, que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para los consumidores, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes. Este folleto debe ser también remitido al registro.
- También deben disponer, en todos y cada uno de sus establecimientos abiertos al público, de un tablón de anuncios permanente, que se situará en lugar destacado de forma que atraiga la atención del consumidor. En el tablón se recogerá toda aquella información que las empresas deban poner en conocimiento de los consumidores, tales como la existencia y disponibilidad del folleto de tarifas; referencia a la existencia de mecanismos de

resolución extrajudicial de conflictos; normativa que regula la protección de los consumidores; en su caso, el derecho de los consumidores a solicitar ofertas vinculantes y demás extremos que reglamentariamente determinen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

- En la publicidad y comunicaciones comerciales y en los anuncios y ofertas exhibidos en sus establecimientos abiertos al público debe mencionarse siempre la TAE, mediante un ejemplo representativo. En particular, en el caso de que la comunicación comercial se refiera a la agrupación de distintos créditos o préstamos en uno solo, deberá facilitarse información de forma clara, concisa y destacada de cualquier tipo de gastos relacionados con la citada agrupación. Además, se prohíbe hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar, sin mencionar de forma expresa el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo préstamo o crédito.
- Con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato, la empresa debe suministrar de forma gratuita al consumidor una determinada información en relación con la empresa, con el préstamo o crédito hipotecario ofrecido y con el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

Así, en relación con la empresa, hay que informar de su nombre, CIF, domicilio, actividad principal, en su caso, página *web* y su carácter de franquiciado (!), la póliza del seguro o aval y el registro en que está inscrita la empresa y el número correspondiente.

En relación con el préstamo o crédito ofrecido, la información debe contener una descripción de sus principales características; el precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo; una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, como puede ser el riesgo de tipo de interés asumido.

En cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario, la información debe referirse a los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante, a cualquier derecho que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en ese caso; a los medios de reclamación, en su caso, sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, a la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato y a la legislación y tratamiento tributario aplicable al mismo.

La indicada información debe suministrarse por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información.

El incumplimiento de estos requisitos sobre la información previa podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil (lo que realmente no se sabe lo que significa).

- Y sobre todo, las empresas prestamistas vienen obligadas también a efectuar una oferta vinculante de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito.

La oferta se formulará por escrito y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la empresa y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la empresa, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

- Por último, el clausulado del contrato, es decir, de la escritura pública de préstamo o crédito, deberá cumplir las condiciones previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En especial, las cláusulas financieras, debidamente separadas de las restantes, ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la citada Orden de 5 de mayo de 1994. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán desvirtuar el contenido de aquéllas en perjuicio del consumidor.

#### **XIV. EL RÉGIMEN SUSTANTIVO. LA LIBERTAD DE PRECIOS Y SUS POSIBLES LIMITACIONES: COMISIONES QUE NO RESPONDEN A SERVICIOS, OBJETIVIDAD EN LA VARIACIÓN DEL INTERÉS, COMISIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA, REMISIÓN A LA NORMATIVA SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y A UNA LEY ANTIQUÍSIMA**

Hasta aquí, las exigencias que podríamos llamar «formales» o adjetivas. En el plano material o sustantivo, la Ley 2/2009 reconoce de forma expresa en este ámbito de contratación el principio de libertad de precios, es decir, la libre fijación de comisiones e intereses por las partes del contrato de préstamo o crédito (*«Las empresas establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y*

*gastos repercutibles a los consumidores...»*, empieza diciendo el artículo 5.1). Los únicos límites sustantivos son los siguientes:

1. Primero, las comisiones o compensaciones y gastos repercutibles deben responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos (art. 5.1, segundo párrafo). En los préstamos o créditos hipotecarios sobre viviendas, la comisión de apertura, que se devengará una sola vez, englobará cualesquiera gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo o crédito hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito (art. 5.2.b).
2. En segundo lugar, en los préstamos o créditos hipotecarios a tipo de interés variable el art. 17.2 establece unos requisitos para garantizar su objetividad: que no dependan exclusivamente de la propia empresa prestamista y que los datos que sirven de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.
3. En tercer lugar, a los préstamos o créditos hipotecarios será de aplicación lo dispuesto en materia de compensación por amortización anticipada por la legislación específica reguladora del mercado hipotecario (arts. 5.2 a) y 17.4). Por tanto, debe aplicarse a estos préstamos: primero, la posibilidad de amortización anticipada en cualquier momento por decisión unilateral del prestatario; y segundo, el límite cuantitativo de la comisión o compensación pactada a favor del prestamista para tal supuesto del 1 por 100 en general (Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 2/1994), y del 0,5 por 100 durante los primeros cinco años y del 0,25 por 100 para el resto del plazo, en los casos de prestatario persona física e hipoteca sobre vivienda, o de prestatario persona jurídica que fiscalmente sea una empresa de reducida dimensión (artículos 7 y 8 de la Ley 41/2007).
4. Por último, el artículo 5.1 señala dos límites genéricos para la libertad de tarifas:
  - Lo dispuesto en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en materia de cláusulas abusivas, es decir, lo dispuesto en el Capítulo II del Título II del TR de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios. No obstante, hay que tener en cuenta que la limitación que resulta de esta remisión es prácticamente inoperante: primero, porque el único límite que resulta de dicha normativa en materia de condiciones de interés es la calificación como abusiva (art. 89.7) de *la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo* (es decir, una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero) —lo que no parece apli-

cable a nuestro caso, porque el interés remuneratorio de un préstamo no es subsumible en el caso del interés por el descubierto de una cuenta corriente, que tiene más bien naturaleza indemnizatoria por la mora inmediata que conlleva el descubierto<sup>17</sup>; y además y sobre todo porque sólo son calificadas por dicha Ley como abusivas las estipulaciones que no hayan sido *negociadas individualmente* (art. 80.1), lo que no suele ser el caso en cuanto a las condiciones de interés que convienen estos prestamistas con sus clientes. Es decir, el interés convenido podrá ser extraordinariamente elevado, pero no se puede decir que no haya sido negociado individualmente y aceptado por el cliente en cuestión.

- El segundo límite sí es más interesante: *la Ley de 23 de julio de 1908*. ¿Qué ley es ésta de 1908? Pues nada menos que la venerable Ley Azcárate de represión de la usura. Precisamente, lo único bueno que para mí tiene esta ley 2/2009 es que por dos veces (en el art. 5.1 y en el art. 1.3) nos recuerda la vigencia de esta Ley nunca derogada, pero por casi todos olvidada.

Y esto es extraordinariamente importante por lo que enseguida vamos a ver.

## **XV. LAS MENTIRAS DE LA OFERTA VINCULANTE: NO SE RECIBE LO QUE SE RECONOCE RECIBIR Y ADEUDAR**

En cualquier caso, después de este recorrido por los preceptos de la Ley 2/2009 y a la vista de lo que ha venido sucediendo en la práctica, lo que se puede concluir es que el único cambio realmente apreciable tras su entrada en vigor en la forma de actuar de este tipo de prestamistas y de sus colaboradores notariales consiste en que ahora lo habitual es que en el momento de la firma de la escritura se entregue al prestatario una oferta vinculante de préstamo con una estructura y contenido ajustados a lo que establece la OM de transparencia de 5 de mayo de 1994.

Lo cual, en definitiva, no es más que una farsa. Primero, porque una oferta vinculante que se firma por el prestamista y se entrega al prestatario ya en la

---

<sup>17</sup> El texto legal transcrito ha dado lugar a discusiones, pero parece prevalecer la interpretación según la cual la LGDCyU no considera abusiva la imposición de condiciones de crédito —para cualquier tipo de crédito con consumidores— que supere los límites que para los descubiertos en cuenta corriente establece el artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, sino sólo la imposición de condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta que superen el indicado límite (de manera que la remisión de la LGDCyU al citado precepto de la LCC no supone una ampliación del ámbito objetivo de dicha norma, sino sólo —a lo sumo— de su ámbito subjetivo, porque la LCC sólo se aplica a consumidores personas físicas, mientras que la LGDCyU se aplica también a consumidores personas jurídicas).

notaría unos instantes antes de firmar la escritura no sirve absolutamente para nada. Como todos los notarios sabemos de sobra, los propios bancos y cajas se resisten a entregar con antelación la preceptiva oferta vinculante, ¡no hace falta decir lo que sucede al respecto con estos prestamistas de medio pelo!

Y en segundo lugar y sobre todo, lo de esta oferta vinculante es una farsa porque todo el contenido de la misma es rigurosamente... falso.

Así, me consta que en estas operaciones de hipoteca cambiaría que se siguen firmando actualmente lo normal es que los prestatarios reciban una cantidad menor que la que reconocen recibir como nominal del préstamo en la escritura. Y no se trata sólo de una deducción por razón de los pagos que hay que hacer para liquidar todas las cargas previas que pesan sobre la finca (que a veces no existen), o de la retención en concepto de provisión de fondos para atender a los gastos de constitución de la hipoteca, que son por supuesto de cargo del prestatario y de cuya tramitación se encarga el propio prestamista<sup>18</sup>, sino que en algunos casos —con independencia de las retenciones indicadas— la diferencia entre lo realmente recibido y la deuda reconocida puede alcanzar un 30 o un 40 por 100 de esta segunda cantidad. Así, he conocido directamente el caso de una señora que, para conseguir unos 14.000 € para costear una operación quirúrgica de un hijo, tenía que reconocer una deuda de 22.000 ó 23.000 euros.

Si partimos de la acostumbrada existencia de esta diferencia, que, por supuesto, es un interés implícito que percibirá el prestamista o sus cesionarios, y que hay que adicionar al interés nominal pactado que se incorpora al nominal de las letras (que de por sí ya suele ser bastante superior al de mercado, ahora mismo, por ejemplo, un 6 o un 8 por 100), es evidente que todo lo que se dice en la maravillosa

---

<sup>18</sup> Sobre el extraño destino de esta provisión habría también mucho que decir. Resulta que se retienen cantidades para pagar la notaría y el registro y también para pagar los impuestos que devenga la operación que, por supuesto, son de cargo del prestatario. ¡Pero luego la escritura de hipoteca se pasa por la oficina liquidadora alegando exención! El fundamento de la supuesta exención sería la condición de particular del prestamista, de donde derivaría la no sujeción a IVA, sino a TPO (con la consiguiente exención) y por tanto la no tributación por IAJD de la escritura de hipoteca (como es sabido, la sujeción a TPO, aunque venga acompañada de exención en este tributo —como sucede, en su caso, con los préstamos y las hipotecas que los garantizan—, es incompatible con la sujeción a AJD, lo que no sucede con las operaciones sujetas a IVA, como los préstamos hipotecarios normales que conceden las entidades de crédito, que sí quedan gravadas con AJD). Pues bien, este razonamiento y la conclusión que se obtiene del mismo son incorrectos, porque falla su premisa mayor: los préstamos que contemplamos no son «civiles» a efectos del IVA, sea o no un particular el prestamista, precisamente en la medida en que son retribuidos. Por aplicación del artículo 5, Uno c) de la LIVA, el préstamo con interés es una operación objetivamente sujeta a IVA con independencia de que el prestamista tenga o no la condición de profesional del crédito. Y si es así, la hipoteca que garantiza este tipo de préstamo está sujeta a IVA (y exenta en IVA) y no sujeta a TPO, y por tanto queda sujeta a AJD, al mismo tributo que pagan las hipotecas bancarias. Por supuesto, cuando llegue la liquidación complementaria, el responsable del impuesto no pagado será el prestatario.

oferta vinculante sobre el coste financiero de la operación es completamente inútil, porque es mentira. El coste financiero real de la operación es muy superior al que figura tanto en la oferta vinculante como en la escritura.

¿Y el notario no lo sabe? Hombre, si no lo pregunta, no se lo van a decir, pero hay que ser tan inocente como un niño para no sospecharlo.

Y, desde luego, es difícil creer en la ingenuidad del notario cuando en estos momentos, con la que está cayendo y con la presión que estamos soportando por todo el tema del blanqueo, la justificación hasta el último euro de los medios de pago, los índices cada vez más exhaustivos, los dichosos «titulares reales»..., resulta que en estas escrituras ¡no se exige justificación alguna de la entrega del dinero que se dice recibido! Es decir, por lo que he podido ver en varios casos, el prestatario confiesa recibido un determinado capital y el notario se conforma con semejante manifestación sin exigir justificación documental alguna de esa pretendida entrega.

Es cierto que en pagos en efectivo de una cuantía inferior a 100.000 € se admite todavía el confesado recibido. Pero, desde luego, si hay un caso en que, por razones no sólo fiscales y de prevención del blanqueo, sino sustantivas elementales, está justificado el rigor en la justificación del medio de pago es precisamente éste.

Y es que la citada Ley de 23 de julio de 1908 dispone en su artículo 1: «*Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias*». A la vista de esta norma, cuya vigencia nos ha recordado en su quizá único intervalo lúcido la Ley 2/2009, si el notario se tomase en serio eso que dice ahora el artículo 24 de la Ley del Notariado sobre el deber de controlar la regularidad no sólo formal, sino material, de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, se cuidaría mucho de desentenderse de esta cuestión de la posible existencia de esta diferencia entre lo realmente entregado y lo que se confiesa recibir.

Lo que pasa también es que si el notario se sintiese mínimamente preocupado por el asunto y por la protección que pretende conseguirse con este tema de la oferta vinculante, lo que debería hacer es: primero, exigir la entrega de la oferta vinculante firmada por el prestamista con carácter previo al otorgamiento de la escritura; y una vez que el prestatario tuviera en su poder la oferta vinculante, advertir a éste de forma expresa que desde ese momento y durante los siguientes

diez días tiene un derecho reconocido por la ley —que por eso se trata de una oferta precisamente «vinculante»— a exigir de ese prestamista que ha firmado la oferta la formalización y por supuesto la ejecución de un contrato de préstamo con sujeción exactamente a las condiciones indicadas en la oferta vinculante, es decir, no ese contrato de préstamo que realmente le está ofreciendo el prestamista de marras, cuyas condiciones reales son muy diferentes de las que figuran tanto en la oferta vinculante como en la escritura. Por tanto, si se trata de un préstamo según la oferta vinculante de 40.000 euros, el prestatario tendrá derecho a la entrega precisamente de esos 40.000 euros y ni un euro menos, salvo aquella retención que estricta y justificadamente sea necesaria para atender a los gastos directamente vinculados a la constitución de la garantía.

Como es natural, el prestamista se enfadaría mucho con el notario que así se comportase y no le volvería a traer ninguna operación. Pero es que de eso es de lo que se trata: de que este tipo de prestamistas nos vean a nosotros de cualquier manera menos como amigos suyos.

## **XVI. LA SEGUNDA MENTIRA: LA SUSCRIPCIÓN DE LAS LETRAS POR EL DEUDOR FRUSTRAN TODO LO QUE SE DICE SOBRE LA AMORTIZACIÓN ANTICIPADA**

Existe una segunda cuestión absolutamente clave de estas operaciones acerca de la cual toda la información que suministra la oferta vinculante es también completamente falsa: lo relativo a la posibilidad y coste de la amortización anticipada.

Como ya hemos visto, para las operaciones concertadas después de su entrada en vigor, la Ley 2/2009 remite a lo dispuesto en materia de compensación por amortización anticipada en la legislación específica reguladora del mercado hipotecario; por tanto, los prestamistas sujetos a esta ley, en los casos de prestatario persona física e hipoteca sobre una vivienda (lo que es casi el 100 por 100 de los casos), no pueden exigir una compensación por desistimiento o amortización anticipada superior al 0,5 por 100 del capital amortizado si la amortización tiene lugar durante los primeros cinco años, o al 0,25 por 100 si tiene lugar con posterioridad.

Pues bien, lo que al respecto de la amortización anticipada se indica en la oferta vinculante es también rigurosamente falso desde el mismo momento en que la cantidad que se reconoce recibida más los intereses nominales pactados se incorpora a unas letras de cambio que tienen unos importes nominales y unas fechas de vencimiento sometidos al peculiar rigor cambiario.

Como ya he anticipado, en estas operaciones siempre se lleva a cabo una titulación directa del derecho de crédito del prestamista, y ello, aunque el legis-

lador ignore el asunto, la oferta vinculante no lo mencione en absoluto y el notario no se moleste en hacer la más mínima advertencia, conlleva para el prestatario los inconvenientes propios de toda titulización, pero aún más graves precisamente por utilizarse como instrumento de titulización la suscripción de unas letras de cambio.

Así, la fragmentación y movilización del crédito del prestamista mediante el libramiento y aceptación de estas letras por el prestatario da lugar, simplemente, a que la posibilidad de amortización anticipada con el limitado coste que se supone debe resultar de la citada remisión a las normas que rigen la compensación por desistimiento en los préstamos hipotecarios bancarios, pasa a ser completamente ilusoria. Y es que las obligaciones cambiarias son como son, con su importe nominal y su fecha de vencimiento. Si la letra circula, y para eso se emiten precisamente las letras, porque —como no puede ser de otra manera— el prestamista necesita refinanciarse, el crédito cambiario para su nuevo titular es completamente abstracto, ajeno a cualesquiera condiciones del contrato de préstamo que motivó el libramiento de las letras. Como es evidente, el tenedor de las letras tiene derecho al pago íntegro de su nominal en la misma fecha de su vencimiento, sin tener por qué aceptar descuento alguno por un pago anticipado. Por tanto, todos los intereses por el aplazamiento propio del préstamo incorporados explícita o implícitamente al nominal de la letra deberán ser pagados al tenedor de la misma cualquiera que sea la fecha en que se verifique el pago. Y el librado aceptante no tiene forma alguna de obligar al tenedor a aceptar un pago anticipado con descuento de la cantidad a pagar por razón del anticipo<sup>19</sup>. Eso es precisamente lo que permite —como indicaba al principio— obtener rentabilidades tan altas, cercanas a un 100 por 100 en unos meses, en el caso de que el prestatario consiga refinanciar por fin con un banco o caja la deuda contraída con este prestamista de lance<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Sucede lo mismo en aquellos casos —que también hemos conocido— en que la escritura indica que el interés por toda la duración del préstamo se percibe anticipadamente por el prestamista descontándolo del capital que entrega al prestatario.

<sup>20</sup> El problema que suscita la negociación de las letras por el prestamista no es diferente del que suscita también el empleo de letras como medio de instrumentar el crédito al consumo: la dificultad de hacer valer excepciones derivadas de la relación comercial de compraventa frente al tercero, normalmente una entidad financiera, que se convierte en tenedor de las letras cuando el empresario vendedor las descuenta. Éste es un problema clásico del derecho de consumo, que tiene su origen en la evolución histórica de la función económica de la letra de cambio. Como indica su propio nombre, la letra de cambio era un documento nacido de las relaciones de mercaderes con cambistas de moneda y que se utilizaba para una función de «giro»: se entregaba dinero al cambista de la propia plaza recibiendo de éste una carta dirigida a un cambista corresponsal en la plaza de destino, ordenando el pago de la misma cantidad al portador de la letra. Una función como ésa, en la que se ponía en juego la credibilidad del incipiente sistema bancario internacional, justificaba el especial «rigor cambiario»: la fuerza ejecutiva, la literalidad, la solidaridad de todos los firmantes, todo ello en el marco de relaciones entre profesionales del comercio. El indicado rigor jurídico de este instrumento fue el motivo de que pasase a emitirse no sólo por los cambistas, sino también por los propios mercaderes como medio de garantizar el pago de deudas a plazo derivadas de sus relaciones de negocios. El desarrollo de la sociedad de consumo a partir de mediados del siglo pasado

Y si es así, la formalización de este tipo de préstamos mediante la modalidad de hipoteca cambiaria —como es la práctica absolutamente habitual— no puede dejar de vulnerar la normativa legal imperativa sobre protección de los prestatarios en relación con la posibilidad y coste de la amortización anticipada. Lo digo también por aquello del control notarial de la legalidad...

## **XVII. LA PUNTILLA: EL TIPO DE SUBASTA COMO INSTRUMENTO DE EXPROPIACIÓN**

Aludiré, por último, a otra cuestión muy importante que tampoco se menciona en la obligatoria oferta vinculante y de la que también se desentiende por completo la ley. Porque esto es lo que pasa cuando el legislador desconoce por completo la realidad que pretende regular (por eso con toda lucidez decía el clásico que la jurisprudencia es la noticia de las cosas divinas y humanas...).

Me refiero al tema de la valoración de la finca hipotecada para subasta y de la tasación. Bueno, en realidad, sí se menciona esta cuestión en la ley, pero para ocuparse sólo de una tontería. Bajo la rúbrica «*Tasación del bien y otros servicios accesorios*», el artículo 15 se limita a decir que si la empresa contrata directamente la prestación de servicios preparatorios de la operación cuyo gasto sea por cuenta del cliente, debe informar a éste de la identidad de los correspondientes profesionales y de sus tarifas, así como entregarle copia del informe de tasación si la operación se efectúa o del original en caso contrario.

Sin embargo, nuestro sabio legislador no se preocupa de exigir de forma obligatoria una tasación independiente del inmueble (como hace el art. 7 de la LMH), ni de prohibir que se fije como tipo de subasta un valor inferior al de la tasación (como hace el art. 8.2 del Real Decreto 716/2009 en su ámbito de aplicación), o al menos de obligar al notario a advertir de forma expresa al prestatario del signi-

---

llevó a una nueva utilización de la letra de cambio: la misma sale de su ámbito profesional originario y se generaliza su uso en las relaciones de las empresas comerciales con sus clientes en las ventas a plazos. El comerciante consigue incrementar sus ventas por la facilidad que supone el aplazamiento, y al final quien financia la compra es la entidad de crédito en la que aquél descuenta las letras. Pero este uso de las letras genera una peculiar tensión, porque la abstracción cambiaria desconecta la deuda de la relación causal subyacente que justificó su emisión, con el consiguiente riesgo que ello supone para el consumidor: así, si la mercancía que recibió resulta defectuosa, no podrá negarse a pagar las letras frente al tercero tenedor de las mismas. De esta delicada cuestión se ocupan precisamente los artículos 12 y 15 de la Ley de Crédito al Consumo, que suponen una importante relativización del rigor cambiario en aras de la protección del consumidor. Un problema similar se suscita en nuestro caso: todas las excepciones o facultades que podrían corresponder al prestatario por razón de la relación contractual de préstamo y la normativa especial que le protege como tal prestatario hipotecario se volatilizan como consecuencia de la incorporación de su deuda a unas letras de cambio. Lo que pasa es que el autor de la Ley 2/2009 ignora completamente el asunto.

ficado de la cláusula en cuestión y de las consecuencias que pueden derivar para el mismo de la fijación de un valor inferior al valor de mercado del inmueble (en definitiva, facilitar la tarea de los subasteros y del propio prestamista a la hora de apropiarse de su vivienda a bajo coste).

Si de forma premeditada y sistemática muchos bancos e incluso benéficas cajas de ahorro han vulnerado durante años el entonces artículo 28.2 del Reglamento de desarrollo de la LMH (antecedente del citado artículo 8.2 del RD 716/2009) con la idea de facilitarse la ejecución y el cobro de su crédito aunque sea a costa del interés patrimonial de sus clientes, ¿qué se puede esperar al respecto de estos benevolentes prestamistas a los que da amparo esta Ley 2/2009, teniendo en cuenta que muchos de ellos además de usureros son subasteros?

Así, muchos de estos prestamistas siguen la para ellos muy saludable práctica de establecer como tipo de subasta la cifra de responsabilidad hipotecaria sea cual sea el valor de tasación del inmueble. No olvidemos que es típico de estas operaciones el que se reciba una cantidad bastante inferior a lo que puede ser el valor de mercado de la vivienda, porque no se trata nunca de préstamos para adquirir la vivienda que se hipoteca, sino para salir de un apuro, para tapar con urgencia un agujero.

Pues bien, en una de las escrituras de marras la desafortunada prestataria que reconocía una deuda de 24.000 euros para recibir unos míseros 12.000 euros había tasado su casa para subasta en menos de 50.000 euros, que era la cifra total de responsabilidad hipotecaria, con intereses y costas. Y resulta que la vivienda en cuestión, después de unas reformas hechas en la misma, podía tener un valor de mercado de unos 300.000 euros...

## **XVIII. NO NOS PROTEJA USTED TANTO, QUE NOS QUEDAMOS SIN PRÉSTAMO. EL LIBRE MERCADO Y UNA BANCA PARA LOS POBRES**

En fin, llegados a este punto, volveré a Cervantes. Bien me podrían decir muchos de estos prestatarios lo mismo que le decía el cabrerillo Andrés a don Quijote al final de la primera salida de éste: por favor, no nos proteja usted tanto, que nos van a moler a palos. O sea, no se ponga usted tan riguroso, que no nos dan el dinero.

Y es que, en el fondo, estos prestamistas tienen sus cosas, pero representan la última oportunidad que les queda a algunos antes de perder definitivamente su vivienda y acabar en la calle. Los desafortunados deudores que caen en manos de estos usureros han sido ya previamente expulsados del circuito de la financiación

bancaria y gracias a este «capital privado» obtienen todavía un respiro<sup>21</sup>. ¿Qué necesidad hay de ponerse tan tiquismiquis cuando ya está casi todo perdido?

Además, en el fondo lo que están operando son tan sólo las inexorables leyes del mercado: a mayor riesgo, mayor interés para el prestamista. Ya se sabe que al que tiene menos le cuesta más caro que le presten. Es una cuestión de pura teoría económica.

Los ricos tienen sus bancos, bien enmoquetados, con sus tarifas bajo la supervisión del Banco de España, con defensor del cliente y servicio de reclamaciones, con intereses al EURIBOR más 0,5 o 0,75... Y los pobres, gracias a todo esto, pues tienen también su banca, aunque sea con intereses al EURIBOR más 25, intereses que no pueden dejar de pagar aunque devuelvan anticipadamente el dinero y donde te provisionan un impuesto que luego no pagan...

## **XIX. CONCLUSIÓN. LA DESAPARICIÓN DEL CRÉDITO SOCIAL EN ESPAÑA**

Y así llegamos al verdadero quid de toda la cuestión: ¿por qué han vuelto los usureros?, ¿por qué proliferan cada día más, hasta el punto de que el propio legislador ha considerado oportuno proporcionar una cobertura de legalidad a su turbia actividad?

Pues, simplemente, porque hace años que el crédito social ha dejado de existir en nuestro país. En definitiva, nuestro sistema financiero está dejando de lado a un determinado sector de la sociedad, abandonando una determinada función que le era propia. ¿No recuerdan ustedes que las cajas de ahorro y montes de

---

<sup>21</sup> A veces, algunos empleados de banca también te pueden echar una mano. A finales del mes de enero de este año de 2011 ha saltado a los medios la noticia de una estafa desarrollada en la ciudad de Sevilla que hubiera ruborizado al mismísimo Monipodio (la bautizada por la policía como «Operación Capital»): una empresa especializada en la compraventa inmobiliaria y el préstamo con capital privado (*sic*) se dedica a captar propietarios de viviendas en paro, con dificultades económicas y escasa cultura; les ofrece hacerse cargo de todas sus deudas a cambio de una transmisión «transitoria» o «ficticia» de la vivienda; una vez liquidadas todas las deudas, la empresa revende la vivienda a su anterior propietario a cambio de un precio que se obtiene mediante un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda concedido por un banco o una caja de ahorros cuyo director —próximo a la edad de jubilación o en espera de un próximo traslado— está compinchado con la empresa de marras; para obtener el préstamo se falsifica documentación laboral y fiscal del deudor y se hincha la tasación de la vivienda con la colaboración del tasador, que también se lleva su comisión; al final, la empresa en cuestión se embolsa el importe del préstamo bancario en concepto de precio de la reventa (muy superior a lo que tuvo que pagar para liquidar las deudas), el deudor conserva de momento su vivienda y tiene una deuda a largo plazo con una cuota mensual más reducida (y que tampoco podrá pagar), y el banco o la caja ha entregado un dinero a un deudor insolvente con la garantía de una vivienda que realmente vale menos que los fondos entregados. Según se ha difundido en la prensa, el 95 por 100 de las operaciones se firmaban en una notaría de Sevilla.

piedad nacieron como y todavía algunas aparentan ser entidades benéfico-sociales —de hecho muchas fueron creadas precisamente por la Iglesia y hasta ayer mismo algunas tenían eclesiásticos en sus órganos de dirección—?, ¿y que la función benéfico-social de las mismas era precisamente evitar que las clases menos favorecidas económicamente cayesen en manos de los usureros, ofreciéndoles unas facilidades crediticias que no puede ofrecer la banca de finalidad lucrativa?

Sin embargo, hace tiempo que la función social de las cajas —convertidas en unas macroempresas con un extraordinario poder económico y hasta político— ha consistido en explotar la actividad bancaria con puros criterios empresariales y de mercado (es decir, con la idea de maximización del beneficio) para aplicar los beneficios así obtenidos —eso sí— a la financiación de determinadas actividades «sociales» —becas, programas culturales, programas de asistencia social..., pero también a la toma de posiciones estratégicas en el sector industrial, e incluso, al parecer, a la financiación de partidos políticos—. Sin embargo, en el desarrollo de lo que constituye su específica actividad bancaria (conceder créditos), hace mucho que dejaron de estar guiadas por criterio social alguno. ¿No les parece que sería infinitamente más social que renunciasen a una parte de sus beneficios, aplicando sus recursos a expulsar del mercado a estos usureros mediante la oferta de crédito barato y no abusivo incluso en los casos de RAI o ASNEF?

Pero ya es tarde para eso. Hoy la evolución y el ciclo de vida de las cajas en nuestro país están concluyendo. Lo más triste de todo es que, después de abandonar su verdadera función social y de dedicarse a hacer la competencia a los bancos, encima, como empresarios, lo han hecho fatal. Se han comportado con una ligereza impropia de una empresa capitalista, prestando a quien no debían y contribuyendo no poco a la creación e inflado de la famosa burbuja inmobiliaria. Y ahora, como todos sabemos, muchas están al borde del colapso, comprometiendo la estabilidad de todo nuestro sistema financiero.

Una situación límite cuya única salida, por lo visto, es la conversión de las cajas de ahorro... ¡en bancos! Mediante las flamantes SIP y «fusiones frías», las cajas, como tales, van a quedar sólo como titulares de la respectiva «obra social», mientras que la totalidad de su actividad bancaria se traspasa a un banco participado por las mismas, como primer paso para una salida a bolsa o la nacionalización. Y todo ello, por supuesto, previo un saneamiento financiero con la generosa aportación de ingentes cantidades de dinero público, de dinero de todos los españoles.

El colmo de la paradoja.

Y en semejante contexto, no puede sonar más que como un sarcasmo la referencia de alguno de los políticos que intervinieron en el debate parlamentario de la Ley 2/2009 a la importancia que estaba teniendo en estos momentos de crisis el capital privado para atender a las necesidades financieras de familias y empresas.

Como no deja de ser una estupenda broma que, mientras sucede todo esto que les he contado en los despachos notariales, las más altas instancias del notariado español se entretengan discutiendo sobre sus «compensaciones institucionales», la elección directa o indirecta del presidente del Consejo General, o en la celebración de los cien-cinco años de la venerable Ley del Notariado con un supercongreso en varias ciudades a la vez, dedicado nada menos que a... ¡la autonomía de la voluntad!

## XX. EPÍLOGO. UNA LUZ EN EL HORIZONTE EUROPEO

Después de exponerles este panorama tan sombrío y desalentador, resulta reconfortante informarles de que algo se está moviendo en el ámbito comunitario europeo. En Bruselas parecen haberse enterado por fin de este asunto y se ha comenzado a actuar en la dirección correcta (lo cual pone de manifiesto que el problema no es sólo local, porque la naturaleza humana es como es).

En un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Acceso al crédito para los consumidores y las familias: prácticas abusivas», de fecha 28 de abril de 2010 (publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 19 de enero de 2011<sup>22</sup>), encontramos afirmaciones como las siguientes:

*«2.3. La crisis financiera ha dado lugar a la consiguiente crisis económica que está generando graves pérdidas de puestos de trabajo, actividad económica e ingresos individuales y familiares.*

*2.4. En tal contexto se produce un aumento de las situaciones de exclusión social y financiera, así como de la pobreza.*

*2.5. Para los consumidores y las familias, el crédito es un instrumento importante que les permite hacer frente a compras indispensables para una vida normal y ordenada. En este sentido, el acceso al crédito, con un coste razonable, es un instrumento esencial para la inclusión social.*

*2.6. No obstante, el crédito no debe considerarse ni presentarse como sustituto ni como complemento de los ingresos de los consumidores y las familias.*

*2.7. El mayor reto de la política económica, fiscal y social es garantizar el acceso responsable al crédito, sin crear situaciones de dependencia.*

*2.8. Para conseguir este objetivo es necesario un marco normativo que impida actividades irresponsables de concesión y aceptación de préstamos, así como contrastar todos los casos de diferencia de información entre proveedores y consumidores.»*

*«4.5. Por otra parte, el CESE observa que la crisis financiera ha alcanzado tales dimensiones a causa, entre otras cosas, de las presiones comerciales a que se ven sometidos los trabajadores del sector crediticio y financiero. La imposición de unos objetivos de ventas cada vez más ambiciosos, sin valorar que los productos respon-*

---

<sup>22</sup> Su texto íntegro se puede consultar en:  
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:018:0024:0029:ES:PDF>.

dieran al perfil del consumidor, hizo que el mal de los productos tóxicos se extendiera a las empresas, los consumidores y, en algunos casos, a los entes municipales.

4.6. El CESE cree que tal fenómeno se ha producido también debido a los sistemas de incentivos y bonificaciones para los altos directivos que, en ocasiones, han visto cómo sus sueldos aumentaban de forma exagerada. De hecho, se ha alcanzado una diferencia de 1 a 400 entre el salario anual de un trabajador y el que recibe un directivo de una gran entidad financiera. A pesar de todos los esfuerzos y las declaraciones solemnes de los jefes de Estado o de Gobierno de la UE, el CESE constata que aún no se han tomado medidas eficaces y concretas contra estos problemas.

4.7. Ante todo, en el marco normativo actual para los contratos de crédito no existe ninguna obligación de adecuar la oferta a las necesidades de los consumidores. La Directiva 2008/48/CE (art. 8) establece oportunamente la obligación de valorar la solvencia del consumidor. El artículo 5, apartado 6, sólo estipula que los prestamistas faciliten al consumidor las explicaciones adecuadas para que éste pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener para el consumidor; asimismo, deja a los Estados miembros un cierto margen en la aplicación práctica, pero no contiene normas sobre la adecuación del producto a sus necesidades.»

«4.14. Desde otro punto de vista, sería importante revisar la responsabilidad de los proveedores de crédito, a fin de limitar los productos inadecuados para las necesidades de los consumidores. Para ello se considera necesario introducir procedimientos comunes de ámbito europeo para las situaciones de sobreendeudamiento que sirvan de base para acciones públicas de asistencia y ayuda a las personas que se encuentren en situación de sobreendeudamiento a consecuencia de las prácticas abusivas seguidas por los proveedores.

4.15. Otra situación no cubierta por la legislación europea es la usura. En algunos Estados miembros (España, Francia, Italia y Portugal), la usura está regulada, pero no ocurre lo mismo en todos los países.

4.16. Además, estudios recientes han demostrado que la regulación de la usura puede tener efectos positivos en la lucha contra la exclusión social y la pobreza, así como en la lucha contra las prácticas abusivas.

4.17. El CESE cree que la Comisión debería llevar a cabo un estudio oficial para comprobar las posibilidades y las modalidades de introducción de disposiciones europeas completas sobre la usura. En concreto, el CESE considera conveniente analizar la determinación de los principios o elementos básicos comunes, útiles para fijar una horquilla europea de tipos de interés dentro de la cual se pueda dar una situación de usura.»

«5.1. El CESE cree que, paralelamente, deberían abordarse los problemas de ese amplio mundo que se esconde tras las sociedades ficticias de intermediación y servicios financieros, responsables de las prácticas abusivas y usureras, asociadas a prácticas delictivas por los tipos de interés aplicados y por las extorsiones. Sin pretender una enumeración exhaustiva ni completa, se mencionan los casos de:

- préstamos irregulares a consumidores y familias que atraviesan dificultades y se han endeudado más allá del límite;

- *préstamos concedidos con el fin de arruinar al cliente, en acciones propias de organizaciones delictivas, como las que practican la usura.*

*5.2. El crédito irregular puede revestir distintas formas:*

- *anticipos de dinero u otros servicios «no registrados», lucrándose lo más posible según las posibilidades de liquidez del individuo y prolongando los anticipos cuanto sea posible;*
- *financiación irregular, en la que el prestamista se beneficia del incumplimiento de los códigos deontológicos, de la aplicación de cláusulas abusivas, de la falta de transparencia de las condiciones y de una presión cada vez mayor por las garantías exigidas;*
- *préstamos que normalmente suponen un ejercicio abusivo de la actividad extrabancaria;*
- *préstamos en condiciones indudables de usura, con diversas modalidades delictivas y en contextos determinados.*

*5.3. El CESE opina que el potencial de incremento de los casos de crédito irregular se basa en que muchas familias y consumidores se encuentran en situación de exclusión del mercado normal de los créditos, a causa, a veces, de la concesión irresponsable de un crédito, que les ha llevado a una situación de dependencia y de vulnerabilidad extrema.*

*5.4. El CESE reconoce que los problemas derivados de los bajos ingresos de las familias y de las distintas formas de incitación al consumo —que, junto con otras causas, explican la fragilidad que acerca a consumidores y familias a las prácticas de préstamos ilegales y a los mercados paralelos del dinero— no pueden resolverse exclusivamente con una regulación del crédito.*

*5.5. Por otra parte, las prácticas abusivas e ilegales en el sector crediticio suelen revestir un carácter delictivo y, en consecuencia, deberían regularse en el espacio europeo de justicia con iniciativas específicas de índole penal que deberían ser aplicadas por las fuerzas del orden. La aplicación plena en toda la Unión de las sentencias nacionales sobre embargo de bienes procedentes de la usura y de la extorsión criminal podría aportar una contribución significativa a la lucha contra tales actividades.»*

*«6.7. Para estimular una economía social de mercado en el sector crediticio, el CESE considera importante crear y desarrollar empresas de economía social, como las cooperativas. Las autoridades públicas son igualmente responsables de apoyar y promover la creación y el funcionamiento de este tipo de empresas.»*

Especialmente interesante resulta el apartado 5.3 transcrito: según el CESE, la vulnerabilidad ante las prácticas usurarias en muchos casos es consecuencia de una situación de necesidad económica que ha sido provocada precisamente por una práctica irresponsable de concesión de crédito por parte de la banca ordinaria (de hecho, casi siempre se acude al usurero para la refinanciación de deudas pre-existentes). Así, este Dictamen se ocupa de dos cuestiones que pueden parecer independientes, pero entre las cuales existe una estrecha conexión causal: la generalización de unas prácticas comerciales muy agresivas que incitan al sobreendeudamiento familiar por parte de los agentes que operan en el mercado financiero

regular (por ejemplo, mediante la ligereza en el uso de tarjetas de crédito), lo que sería el abuso en la concesión de crédito o incitación al crédito; y por otra parte, las prácticas usurarias a que se ven expuestas las familias sobreendeudadas una vez expulsadas del circuito bancario de financiación.

En atención a consideraciones como las transcritas, el CESE formula, entre otras las siguientes conclusiones y recomendaciones:

*«1.1. El CESE considera estratégica la creación de un marco reglamentario único, transparente y completo en materia de acceso al crédito.*

*1.5. El CESE invita a la Comisión Europea y a los Estados miembros a analizar con más profundidad los fenómenos de las prácticas ilegales y delictivas en el ámbito del crédito, con especial atención a las prácticas abusivas y usureras y a iniciativas específicas en el espacio europeo de justicia.*

*1.8. El CESE pide que los requisitos para el registro de los distintos intermediarios financieros y crediticios en una red europea de registros nacionales se definan en referencia a una norma operativa europea de profesionalidad, prudencia y ética que, además, incluya disposiciones comunitarias de exclusión de determinados sujetos por conductas que perjudiquen a los consumidores o supongan prácticas abusivas o ilegales.*

*1.12. El CESE considera importante crear y promover, en cooperación con las autoridades públicas, redes de la sociedad civil para el estudio, la asistencia y la supervisión de situaciones de exclusión social y de pobreza asociadas al crédito y sobreendeudamiento.*

*1.13. El CESE recomienda, en particular, introducir en el ámbito europeo unos procedimientos comunes para las situaciones de sobreendeudamiento que sienten las bases para acciones públicas de asistencia y rescate de las personas afectadas.*

*1.14. El CESE recomienda que la Comisión realice un estudio oficial para comprobar las posibilidades y las modalidades de introducción de disposiciones europeas completas sobre la usura y estudiar a fondo los principios o elementos básicos comunes, útiles para la fijación de una horquilla europea de tipos de interés dentro de la cual se pueda determinar una situación de usura.*

*1.15. El CESE recomienda la introducción de procedimientos comunes para la promoción de sistemas nacionales de lucha contra la usura, coordinados a partir de un marco normativo europeo.»*

# EL CONFLICTO ENTRE SOCIOS EN SITUACIONES DE IGUALDAD EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL \*

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

*Profesor asociado de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia  
Abogado*

## RESUMEN

El artículo analiza el conflicto entre socios paritarios en las sociedades de capital. La facultad común de bloquear decisiones de los órganos sociales se ha de compatibilizar con el principio de fidelidad entre los socios y del socio hacia el interés social. Por ello, la ausencia de *affectio societatis*, manifestada en una conducta sistemática de bloqueo del correcto funcionamiento de la organización, que, a su vez, constituye un motivo de disolución de la sociedad, debe ser encajada en la doctrina del abuso del derecho. Pero, en este punto, las indemnizaciones de los daños y perjuicios causados, la sanción de nulidad e incluso la designación de un tercero que sustituya al socio en el ejercicio de su derecho de voto son remedios ineficientes para resolver el conflicto entre socios paritarios. De ahí la necesidad de incorporar, desde los pactos de los contratos de sociedad conjunta, medidas legales que autoricen la exclusión del socio que actúe en abuso de su derecho o la venta obligatoria de su participación social, a fin de conservar la sociedad y la empresa que constituya su objeto social.

**Palabras clave:** socios paritarios, fidelidad y bloqueo, abuso de derecho, disolución, exclusión y venta obligatoria.

## ABSTRACT

The article discusses the conflict between equal stockholders in limited liability companies. The common ability to block decisions of the governing bodies has to be reconciled with the duty of good faith between stockholders and with the fiduciary duty from the stockholder to the social interest. Therefore, the absence of *affectio societatis*, manifested

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Crisis económica y Derecho de sociedades», concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia (DER 2010-18660), del cual es investigador principal el Prof. Dr. José Miguel Embid Irujo.

in a systematic pattern of deadlock, which in turn is a cause for winding-up, shall be embedded in the doctrine of abuse of rights. But, at this point, compensation of damages, penalty of nullity, and even the designation of a third party to replace the stockholder in the exercise of its voting rights, are ineffective to resolve the conflict between equal stockholders. Hence the need to incorporate, from the covenants of joint venture contracts, legal measures that allow a exclusion of the stockholder acting in abuse of its rights or a «sell-out» of its social participation, to preserve the company and its business.

**Key words:** equal stockholders, fiduciaries duties and deadlock, abuse of rights, wind-up, exclusion and «sell-out».

**SUMARIO:** I.—INTRODUCCIÓN. 1. Consideraciones generales. 2. Las relaciones de los socios. El deber de fidelidad horizontal entre los socios. 3. El control paritario de las sociedades de capital. 4. El control paritario «conjunto» de grupos de socios. 5. El bloqueo de las decisiones y el principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales. La traslación del control al órgano de administración. 6. El conflicto de intereses como ruptura de la igualdad. II.—GRUPOS DE CASOS: EL ABUSO DEL SOCIO PARITARIO EN LA JUNTA GENERAL DE SOCIOS. 1. Falta de aprobación de las cuentas anuales y distribución del resultado del ejercicio. 2. El bloqueo de modificaciones estatutarias y de operaciones sobre el capital. 3. El bloqueo en decisiones de disolución y liquidación de la sociedad. III.—REMEDIOS A LA SITUACIÓN DE BLOQUEO. 1. Remedios convencionales. 2. Remedios legales: El abuso de derecho. *A) La indemnización de los daños y perjuicios causados. B) La nulidad y la designación de un tercero como medida correctora.* 3. Otras soluciones: la exclusión del socio o la venta obligatoria de su participación. IV.—REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Consideraciones generales

Del actual marco del Derecho de sociedades surge la necesidad de encontrar soluciones que acomoden el régimen jurídico de las sociedades tanto a las estructuras sociales como a las necesidades de los socios<sup>1</sup>. La primacía de las sociedades de capital, por otra parte, contrasta con las dudas suscitadas en torno a la función encomendada al capital social<sup>2</sup>. A todo ello se une la provisionalidad del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que, ya en su Exposición de Motivos, prevé la incorporación de un futuro Derecho sustantivo de los grupos de sociedades a un cuerpo legal unitario del Derecho general de sociedades mercantiles, de donde emergen cuestiones relevantes al régimen de sociedades, tales como el concepto del control, al que nos referiremos más adelante.

Pero además de todo ello, la realidad de las sociedades mercantiles evidencia la hegemonía de las sociedades de capital, y preferentemente de las sociedades de responsabilidad limitada, como estructura organizativa típicamente «cerrada»<sup>3</sup>. Adicionalmente, las sociedades unipersonales muestran un avance continuo en la constitución de sociedades frente a la tradicional consideración de la sociedad

---

<sup>1</sup> EMBID IRUJO, J. M.: «El presente incierto del Derecho de sociedades», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 272, 2009, pp. 453-482, pp. 456-7.

<sup>2</sup> Acerca del debate respecto del capital social y su sustitución por el test de solvencia, EMBID IRUJO, ob. cit., pp. 470-1.

<sup>3</sup> Según el Informe Estadístico del Registro Mercantil Central, en el año 2010 se constituyeron 75.885 Sociedades Limitadas y 737 Sociedades Anónimas, frente a las 3.772 sociedades entre las restantes modalidades societarias, llegando las sociedades de responsabilidad limitada a representar en el año 2006 el 95,41 por cien del total de sociedades constituidas.

como «comunidad de intereses» de los socios<sup>4</sup>. Si bien casi un tercio de las sociedades recientemente constituidas son unipersonales, tampoco se puede obviar que el resto de sociedades, generalmente, se constituyen con un número reducido de socios. En este contexto, y fuera de la admisión de la «unipersonalidad», las sociedades «bipersonales», de carácter preferentemente cerrado, ocupan una posición relevante en el mercado societario y representan en torno a un tercio de las sociedades actualmente constituidas por medios telemáticos<sup>5</sup>.

La existencia de sociedades con socios en igualdad de condiciones y derechos, como sociedades paritarias, dota a estas sociedades de algunos rasgos distintivos que debieran ser considerados de forma independiente de otras situaciones donde, en atención al principio plutocrático de las sociedades de capital, la relación entre los socios se sustente en criterios de mayoría o minoría. Así, la relación entre los socios se ha de adaptar a la existencia de un control paritario de las sociedades de capital, que pueda hacerse extensiva al control conjunto de distintos grupos de socios o de ramas familiares. Asimismo, la situación de igualdad cuestiona el principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales como principio general de las sociedades de capital, a lo cual se une la facultad de los socios de bloquear las decisiones sociales, principalmente en la Junta general. Todo ello, por otra parte, coloca al órgano de administración en una posición preponderante ante una eventual situación de conflicto entre los socios. Junto a lo anterior, y en particular en la sociedad limitada, el particular régimen del «conflicto de intereses» supone una ruptura en la posición de igualdad en la que inicialmente se encuentran los socios, que ha de ser, asimismo, objeto de consideración.

## **2. Las relaciones de los socios. El deber de fidelidad horizontal entre los socios**

La situación de igualdad en la sociedad exige, a diferencia de otras posiciones del socio individual en las sociedades abiertas, que el socio, no ya sólo en relación con la sociedad y sus órganos, sino también con el consocio paritario haya de actuar bajo los parámetros de conducta que exigen la buena fe en general y su

---

<sup>4</sup> Según el Informe Estadístico del Registro Mercantil Central, en el año 2010, la constitución de sociedades unipersonales ha experimentado un continuo ascenso, pasando del 18,05 por ciento sobre el total de sociedades constituidas en el año 2003 al 29,38 por ciento en el año 2010.

<sup>5</sup> El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades de responsabilidad limitada nueva empresa según el Sistema de Tramitación Telemática (STT), regulado actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, refleja que más de la mitad de sociedades constituidas por este sistema fueron sociedades unipersonales (4.945 sobre 9.249), mientras que en torno a un tercio (3.078) fueron sociedades bipersonales y sólo cinco superaron el número de siete socios.

deber de fidelidad en particular<sup>6</sup>. Aparece así un deber de fidelidad horizontal entre los socios que se ha de compatibilizar con un deber de fidelidad vertical para con la sociedad<sup>7</sup>.

Desde este último perfil, la *causa societatis* delimita el comportamiento exigible de los socios en cuanto pueda afectar a la organización social y a la sociedad como contrato de colaboración abierto<sup>8</sup>. Así las cosas, el interés social se configura como el elemento central del Derecho de sociedades, que si bien ha de inspirar la actuación de los administradores sociales, bajo los deberes de diligencia y lealtad, también, aun cuando con menor intensidad, exige un deber de fidelidad a los socios en la conformación de la voluntad común<sup>9</sup>. No se quiere decir con ello que la decisión del socio adopte un carácter «reglado», y que no pueda por ello ejercitar los derechos subjetivos que tenga atribuidos de manera discrecional. Únicamente se significa que el ejercicio de tales derechos en su propio interés, cuando tenga incidencia en la conformación de la voluntad social desde sus órganos, no se puede contraponer al interés de la sociedad, como persona jurídica, sin atentar contra la propia personalidad de la sociedad<sup>10</sup>. En la estructura del derecho de sociedades, por tanto, desde una primera visión contractual, la *causa societatis* opera como límite a la actuación discrecional de los grupos de poder sobre los órganos sociales. Luego, la inicial *causa societatis* se transforma, desde un segundo prisma institucional, en la *affectio societatis*, que se manifiesta en el «interés social», como «brújula» de la fidelidad exigible a tales socios durante la vida de la sociedad<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> FERRARA, J. R.: *Gli imprenditori e le società*, Milán, 1980, p. 453, habla así de un ejercicio doloso del voto y contrario al principio de la buena fe. Asimismo, GOWER y DAVIES, P. L.: *Principles of Modern Company Law*, ed. Thompson, Londres, 2008, pp. 658 y ss., en relación con la buena fe conforme a los intereses de la sociedad como un todo.

<sup>7</sup> En referencia a este «deber de fidelidad horizontal» entre los socios, MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *La sociedad conjunta: (joint venture corporation)*, ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 237, y PAULEAU, C.: *El régimen jurídico de las «Joint Ventures»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 306.

<sup>8</sup> Como indica GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades*, t. I (Teoría general, Sociedades colectivas y comanditarias), ed. Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, p. 199, «frente al tracto sucesivo en los contratos ordinarios de este carácter, en la sociedad hay una dinámica de relaciones cambiantes en el curso de la explotación».

<sup>9</sup> Acerca del «deber de fidelidad del socio» y su acción moralizadora en el Derecho de Sociedades, GIRÓN TENA, J.: *ob. cit.*, pp. 295-8.

<sup>10</sup> GALGANO, F.: «Contratto e persona giuridica nelle società di capitali», in *Contr. e impr.*, 1996, pp. 1-8, pp. 1-5.

<sup>11</sup> Sobre la necesaria *affectio societatis* en la sociedad, las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1953 (RJ 1953, 3126), de 10 de febrero de 1984 (RJ 1984, 589), y de 21 de febrero de 1987 (RJ 1987, 727). Así, SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: «La buena fe en las relaciones societarias y la *affectio societatis* (S. A.P Ciudad Real, 11-12-1992)», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 2, 1994, pp. 227-230. En torno al «interés social» como eje del sistema, PIROVANO, A.: «La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise?», *Dalloz Chron.*, 1997, pp. 189-199.

De otra parte, el deber de fidelidad también se ha de resolver desde una doble vertiente. Una «proactiva» y otra «propasiva»<sup>12</sup>. La primera no se puede predicar de cualquier socio de las sociedades de capital. Con ello se ha de hacer notar que el socio capitalista, generalmente mero inversor en la sociedad anónima abierta, no se halla obligado, en todo caso, a un deber de colaboración que le obligue a participar en la vida social<sup>13</sup>. Sin embargo, sí es exigible del socio individualmente considerado una fidelidad «propasiva», en relación con aquellos actos que de cualquier modo puedan afectar a la sociedad frente a terceros (vgr., impugnaciones abusivas de acuerdos sociales, aprovechamiento desleal de informaciones obtenidas de la sociedad, o informaciones difamatorias de la sociedad o su actividad en el mercado)<sup>14</sup>. Por el contrario, la faceta activa del deber de fidelidad sí resulta exigible de todos aquellos socios que, desde su posición, puedan incidir en la adopción de acuerdos por la Junta general y afectar al comportamiento de los órganos sociales<sup>15</sup>. En particular, el socio paritario, por su posición social y por mor de su deber de fidelidad, se sujeta a un deber de participación activa en la vida de la sociedad y en el desarrollo de su actividad económica<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> LUTTER, M.: «Die Treupflicht des Aktionärs, Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH», *Zeitschrift für gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Konkursrecht*, núm. 153, 1989, pp. 446-471, p. 452, señala que, desde una vertiente activa, el deber de fidelidad implica la promoción del interés social por parte del socio, mientras que en su vertiente pasiva requiere una obligación de no dañar a la sociedad, como un deber de lealtad hacia ella.

<sup>13</sup> Apunta LUTTER, M.: «Theorie der Mitgliedschaft», *AcP*, núm. 180, 1980, pp. 84-159, p. 142, con referencia a Wiedemann, el «derecho del desinterés» (*Recht zum Desinteresse*) del accionista individual en la gran sociedad anónima. Al respecto, GIRÓN TENA, J.: *ob. cit.*, p. 298, señala que la impersonalidad en estas sociedades diluye el deber de fidelidad exigible al socio. Asimismo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La sociedad de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista General de Derecho*, núm. 596, 1994, pp. 5431-5476, p. 5450, respecto de la «objetivización» de la condición de socio en la organización de tipo institucional.

<sup>14</sup> En este punto, LUTTER, M.: «Die Treupflicht des Aktionärs, Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, núm. 153, 1989, pp. 446-471, pp. 452, diferencia dos aspectos del deber de fidelidad: uno activo, consistente en la promoción del fin social, y otro pasivo, que exige al socio no dañar a la sociedad en beneficio propio. Si bien en relación con la posición de los administradores y con el anterior régimen basado en un modelo trimembre de fidelidad, lealtad y diligencia, frente al modelo actual basado en la diligente administración y la lealtad, y los comportamientos debidos que dimanen del deber de fidelidad, FONT GALÁN: «El deber de diligente administración en el nuevo sistema de deberes de los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 25, 2005, pp. 71 y ss., p. 90, distingue entre una fidelidad proactiva y una fidelidad propasiva o inhibitoria; la primera se relaciona con el deber de diligencia; la segunda, con el de lealtad.

<sup>15</sup> Para LAMANDINI, M.: «Notas sobre el control conjunto», *Revista General de Derecho*, número 622-623, 1996, pp. 8461-8494, pp. 8462-3, p. 8477, el poder negativo de bloqueo se «tiñe» de una vertiente positiva, de propuesta y coparticipación en la gestión social.

<sup>16</sup> PAULEAU, C.: *ob. cit.*, pp. 210-396, en cuanto a una obligación de buena fe «reforzada». Por otra parte, para MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 217, resulta indiscutido que en una *joint venture* los miembros tienen una obligación de lealtad recíproca, además, configurada al máximo grado posible.

### 3. El control paritario de las sociedades de capital y el control paritario «conjunto» de grupos de socios

El concepto de «control» desplaza al concepto tradicional de la «propiedad» para ubicarse, desde la teoría económica, en el Derecho de sociedades<sup>17</sup>. El control de la sociedad se evidencia con mayor nitidez desde posiciones mayoritarias en el capital social, a través del derecho de voto, o de la capacidad para la designación de los representantes sociales, de forma que pueda, aun de forma mediata, incidir en la formación de la voluntad de los órganos. No obstante, también, desde otras perspectivas, un socio o, incluso, un tercero, puede alcanzar una posición que le permita ejercer un control o, de otro modo, una influencia determinante en la sociedad<sup>18</sup>. En particular, desde el Derecho de defensa de la competencia, pero también desde la regulación contable y, en especial, desde el Derecho de los grupos de sociedades, el control sobre la sociedad es el elemento normativo que determina la aplicación de un específico régimen jurídico (*vid.* art. 42 CCom. y art. 18 de Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de sociedades de Capital —LSC)<sup>19</sup>.

Por cuanto aquí interesa, la existencia de dos socios en igualdad, *ab initio*, excluye la existencia de un «control» individual de la sociedad. De ello se puede deducir, en principio, que la falta de una posición prevaleciente de una de las partes impide que se aplique a los socios paritarios la disciplina propia del control. Sin embargo, ello no debe anticipar la ausencia de todo control sobre la sociedad<sup>20</sup>. Y todavía más, desde otra perspectiva, en toda sociedad donde la participación en el capital adopte una estructura reticular se puede advertir, asimismo, no ya sólo la existencia de un control indirecto (cfr. art. 137 LSC en relación con la intervención

<sup>17</sup> CARTELIER, L.: «Propriété et contrôle: introduction (économique) à un débat», *Revue Internationale de Droit Économique*, 1990, p. 258, y De MOTT, D.: «The Mechanisms of control», *Connecticut Journal of International Law*, núm. 13, 1999, pp. 233-255.

<sup>18</sup> ARRUÑADA SERRANO, B.: *Control y regulación de la sociedad anónima*, Alianza Editorial, Madrid, 1990; SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, F.: *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, ed. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1996; y RUIZ PERIS, J. I.: «Significado de control empresarial en el Derecho español», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, 1995, pp. 3315-3354.

<sup>19</sup> La capacidad para controlar la sociedad ha de entenderse, en general, desde la facultad de la sociedad o entidad cabecera para decidir las situaciones corrientes dentro del ámbito competencial de sus órganos; en particular, respecto del órgano de administración, ha de tener atribuidos los derechos de voto suficientes para designar a la mayoría de sus miembros (cfr. art. 42.1.b. CCom). Desde otra perspectiva, el ejercicio del control puede provenir, por vía contractual, de acuerdos de socios que rijan la vida de la sociedad y de relaciones de cualquier orden entre los socios dentro del grupo de sociedades (*vid.* art. 42.1.c. CCom., y art. 18 LSC).

<sup>20</sup> LAMANDINI, M.: *ob. cit.*, pp. 8462-3, por otra parte, coloca al control «conjunto» entre los dos conceptos opuestos de control «solitario» y de «no control», y en el supuesto del «control en común» sobre una filial común considera que las connotaciones de omnipotencia del «control» no son de aplicación a los casos en los que el sujeto ostente un mero poder de bloqueo, de prohibición, aunque sea exclusivo y decisivo para la formación de las decisiones sobre la actividad social.

de persona interpuesta), sino también supuestos de control conjunto u horizontal, que pueden provenir, en su caso, desde pactos de sindicación de los socios<sup>21</sup>.

Pero ciñéndonos al supuesto de la sociedad paritaria de dos socios, la regulación contable contempla, desde una perspectiva eminentemente económica, el fenómeno de los «negocios conjuntos». En ellos la actividad económica es controlada conjuntamente por dos o más personas físicas o jurídicas mediante un acuerdo estatutario o contractual en el que los «partícipes» comparten «el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación sobre una actividad económica con el fin de obtener beneficios económicos, de tal manera que las decisiones estratégicas, tanto financieras como de explotación, relativas a la actividad requieran el consentimiento unánime de todos los partícipes» (*vid.* norma de valoración vigésima del marco conceptual de la contabilidad del Plan General Contable)<sup>22</sup>. La norma contable excede del caso analizado e incorpora una variedad de supuestos en la que los «partícipes», que incluso pueden ser más de dos, pueden participar en el «negocio conjunto», bien sea mediante uniones de empresa y comunidades de bienes, o bien a través de empresas en común no corporativizadas (*unincorporated joint ventures*). Pero, además, el «negocio conjunto» también contempla los supuestos de participación en «una persona jurídica independiente», bien sea constituida por otras sociedades (en el fenómeno de las *incorporated joint ventures*) o, generalmente, por dos socios en igualdad de condiciones<sup>23</sup>. Prescinde la norma de valoración contable de toda referencia a la igualdad de participación en el capital social, por cuanto pueden darse determinados mecanismos a través de los cuales un socio adopte una posición preeminente respecto del otro en la formación de la voluntad social pese a la referida igualdad (vgr., el caso de las acciones o participaciones sin voto)<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Por todos, GALEOTE MUÑOZ, P.: *Sindicatos de voto. El control de una sociedad conjunta*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pero además de un fundamento orgánico o contractual, el control puede manifestarse *de facto* mediante situaciones externas (vgr., dependencia económica) que incidan en los órganos sociales y en las estructuras de poder en la sociedad y, con ello, en la formación de la voluntad social, tanto en la Junta general, según las mayorías requeridas para cada acuerdo, como en la influencia en la designación de los componentes y en la actuación, en su caso, del órgano de administración.

<sup>22</sup> Según el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

<sup>23</sup> Al respecto del régimen jurídico aplicable a la sociedad conjunta, MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*; PAULEAU, C.: *ob. cit.*; y ÁLVAREZ VEGA, J. M.: «La sociedad conjunta», en *Fusiones y adquisiciones de empresas*, (coord. ÁLVAREZ ARJONA y CARRASCO PERERA), ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 519-600.

<sup>24</sup> Con todo, la preocupación de la regulación en sede de consolidación contable se centra en la necesidad de que el socio o partícipe de «control paritario» plasme en su balance la parte proporcional que le corresponda, en función de su porcentaje de participación, de los activos controlados y los pasivos incurridos conjuntamente o en la explotación conjunta. Asimismo, respecto del correspondiente reflejo en su cuenta de pérdidas y ganancias de la parte que le corresponda de los ingresos generados y de los gastos incurridos por el negocio conjunto. En igual sentido, en el estado de cambios en el patrimonio neto y en el estado de flujos de efectivo habrá de figurar la parte proporcional de los importes de las partidas del negocio conjunto, con deducción de los resultados no realizados por transacciones recíprocas, en la proporción correspondiente, y las partidas recíprocas.

Esta técnica de valoración contable encuentra reflejo en el Código de Comercio y se traslada a la facultad de consolidación contable en sede de los grupos de sociedades, frente a la obligación de consolidar, en cuanto la sociedad común no forma parte del grupo de sociedades *stricto sensu*. En los términos del artículo 47 CCom., la sociedad que gestione una sociedad conjuntamente con otra u otras podrá aplicar el método de integración proporcional para su inclusión en las cuentas consolidadas<sup>25</sup>. Esta realidad económica, por otra parte, también es acogida en sede de Derecho de la competencia. Así, el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, dentro de los supuestos de concentración económica mediante un cambio estable del control, incluye tanto «la creación de una empresa en participación» como «la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma»<sup>26</sup>.

En cierta medida, la regulación adapta al «control conjunto», particularmente en los llamados «grupos paritarios», las soluciones contables exigibles a las «sociedades dominantes»<sup>27</sup>. Y ello ha encontrado acomodo en nuestro sistema

---

En cualquier caso, el «negocio conjunto» deberá constar, de acuerdo con la norma valorativa aplicable a las «inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas» (cfr. apartado 2.5 de la norma contable relativa a instrumentos financieros). En correspondencia, las relaciones con el «negocio conjunto» se habrán de someter al régimen propio de las «operaciones con partes vinculadas» [cfr. norma 23.1, letras c) y e)].

<sup>25</sup> En contraposición al método de integración global que recoge el artículo 46 CCom. en las cuentas anuales consolidadas de las sociedades del grupo.

<sup>26</sup> Artículo 7.1.c). de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 3.4. del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») en cuanto «La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración»; la Comunicación de la Comisión Europea de 2 de marzo de 1998 relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones en la que las empresas ejerzan un control común de forma duradera y ejerciendo todas las funciones de una entidad económica autónoma; y la Comunicación de la Comisión Europea publicada el 16 de abril de 2008 sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95). En su número 62 la Comisión reconoce la existencia de «un control conjunto cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. En este contexto, «influencia decisiva» significa la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa»..., caracterizado «por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Como consecuencia, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa en participación y se ven obligados a cooperar»; control conjunto que puede establecerse *de jure* o *de facto*. Este control conjunto ha de reconocer a los socios un derecho de veto sobre el nombramiento de altos directivos y la elaboración del presupuesto, así como sobre planes de negocios, inversiones y otras transacciones relevantes en el mercado, o, alternativamente, la adopción de pactos en el ejercicio común del derecho de voto.

<sup>27</sup> En cualquier caso, la figura acogida por el derecho positivo es la típica del grupo jerarquizado o vertical en el que la entidad adquiera la condición de sociedad participante cabecera del grupo.

jurídico a través de la percepción, principalmente desde la práctica estadounidense, de la figura de la «sociedad conjunta», a partir de las empresas en común (*joint ventures*). A lo anterior se une la necesidad de acompañar el régimen jurídico de las sociedades de capital a las orientaciones que los socios tratan de conjugar en la empresa común. Así, a la contribución al capital y como prestaciones accesorias de las sociedades «participes», se ha de unir la posición de las sociedades en relación con sus derechos económicos y sociales y su participación en la representación y gestión de la sociedad, así como en la capacidad para designar apoderados y directivos con funciones ejecutivas<sup>28</sup>. Y todo ello se ha de acompañar con las previsiones estatutarias que los socios dispongan<sup>29</sup> y con los pactos, incluso de carácter parasocial, que tengan un carácter obligatorio para ellos<sup>30</sup>.

En cualquier caso, la práctica demuestra, fuera del fenómeno de la «sociedad conjunta» de sociedades o entes con personalidad jurídica, que en las sociedades, generalmente limitadas, con socios personas físicas y en situación de igualdad, será usual que éstos, en la constitución de la sociedad, se ajusten a modelos estandarizados de estatutos sociales<sup>31</sup>. Consecuencia de lo anterior será el mantenimiento del equilibrio de los derechos de los socios paritarios que cuenten con una participación idéntica del cincuenta por ciento en el capital social<sup>32</sup>. Y todo ello, pese a la cada día más frecuente proliferación de «acuerdos de socios» y de «protocolos familiares», que tratan de anticipar medidas correctoras ante eventuales situaciones de bloqueo<sup>33</sup>.

#### 4. El control paritario «conjunto» de grupos de socios

Desde otro prisma distinto, la doctrina en materia de grupos, en la formación de este complejo fenómeno jurídico, señala al supuesto del control conjunto u

---

<sup>28</sup> Al respecto, ALTOZANO GARCÍA-FIGUERAS, H., y PORTERO FONTANILLA, J.: *Cómo negociar acuerdos de joint venture y otros contratos internacionales*, ed. Instituto Español de Comercio Exterior, Madrid, 2003, pp. 241 y ss.

<sup>29</sup> Véanse las posibles restricciones a la transmisibilidad de la participación de los socios o el ejercicio de sus derechos ante los órganos sociales. En particular, respecto de los estatutos sociales, GUARDIOLA SACARRERA, E.: *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, ed. Bosch, 2004, p. 328.

<sup>30</sup> Véanse, verbigracia, los contratos que los socios o participes se obliguen a suscribir con la nueva sociedad o entidad para potenciar su actividad económica, como contratos de distribución, suministro, licencia, transferencia de tecnología, o asistencia técnica o los criterios de cooperación entre los socios y los miembros de los órganos de administración.

<sup>31</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2005, pp. 1-22, p. 12.

<sup>32</sup> Como señalan MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 200, y GALEOTE MUÑOZ, P.: *ob. cit.*, p. 14, un reparto del capital social al cincuenta por ciento no implica necesariamente la existencia de un control conjunto. Así, PAULEAU, C.: *ob. cit.*, pp. 207 y 536-7, se refiere a una «propiedad equilibradamente compartida» del capital de la entidad.

<sup>33</sup> Véase así el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que modifica el Reglamento del Registro Mercantil, en particular el artículo 175.2.e., en relación con el artículo 185.3 del mismo cuerpo legal.

horizontal como aquel que, en su caso, puede permitir a uno de los socios alcanzar una posición de control mediante acuerdos o actuaciones concertadas con otros socios respecto de la sociedad participada. Ello puede darse, en primer lugar, mediante pactos parasociales (vgr., sindicatos de voto)<sup>34</sup>. En cualquier caso, las limitaciones derivadas del control conjunto pueden provenir de los pactos mismos de sindicación, en particular cuando los acuerdos alcanzados no concedan a uno de los socios o a un representante del mismo una capacidad de decisión autónoma. Así acontecerá cuando el pacto prevea mecanismos de consenso en la adopción de decisiones en el mismo sindicato, como Junta general separada o Junta especial fuera de la sociedad (cfr. art. 293.2 LSC)<sup>35</sup>.

Junto a estos supuestos de control conjunto se ha de advertir que a la posición de socio se yuxtapone la existencia de grupos de control entre las llamadas «personas vinculadas», fenómeno que, fuera de los grupos de sociedades, se encuentra también en el seno familiar estricto (vgr., el art. 107 LSC en relación con el régimen subsidiario de transmisión de participaciones sociales, que contempla la libre transmisión a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio), a lo cual se pueden unir otros criterios indiciarios de dependencia económica en el seno de la unidad familiar (*vid.* art. 142 Código Civil, en cuanto prevé que la educación y la instrucción del alimentista, incluida la obligación de alimentos, subsiste después de la mayoría de edad «cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable»)<sup>36</sup>. Se produce de esta forma una presunción *iuris tantum* favorable a la acción concertada a efectos de determinación de situaciones de control en la sociedad. En principio, el ejercicio de este control conjunto no puede ser determinado *a priori* por vía de las presunciones desde el momento en el que el control conjunto precisa de una comprobación *ex post* respecto del ejercicio de forma estable de la influencia dominante sobre la sociedad<sup>37</sup>. Esta vinculación personal, por lo tanto, es menos evidente cuantos más sujetos participen en la formación de tal control. Sin embargo, esta presunción *iuris tantum* de control sí que ha de ser mantenida en casos específicos en los que la especial relación de las personas

<sup>34</sup> Diferencia LAMANDINI, M.: *ob. cit.*, p. 8474, entre aquellos pactos que permitan a un socio un «señorío ilustrado» de los pactos de sindicatos de actuación conjunta, que se sitúan fuera del «control conjunto». La utilización de los sindicatos de voto a los fines del control de la sociedad es apuntada por VICENT CHULIÁ, F.: «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto», en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a Girón Tena*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 1203 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., JUAN GARRIGOS, A. M., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.: «Sindicato de voto y de bloqueo», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1995, núm. 5, pp. 181-202.; RUIZ PERIS, J. I.: *ob. cit.*, p. 3338; y PÉREZ MORIONES, A.: *Los sindicatos de voto para la Junta general de la Sociedad Anónima*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, esp. pp. 68 y ss.

<sup>35</sup> Por todos, GALEOTE MUÑOZ, P.: *ob. cit.*, pp. 175-179.

<sup>36</sup> Otro criterio se encuentra en la regulación de los deberes de los administradores y en la determinación de las personas a ellos vinculadas contenida en el artículo 231 LSC. Al respecto, MAMBRILLA RIVERA, V., y QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas», en *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, (coord. RODRÍGUEZ ARTIGAS), vol. 2, ed. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 915-990.

<sup>37</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 191.

participantes permita presumir su actuación concertada. A tal efecto, la relación de las personas vinculadas al administrador, a efectos de la extensión subjetiva de su deber de lealtad, debe ser traída *mutatis mutandi*, a efectos de cómputo de la participación en la sociedad que permita establecer una presunción *iuris tantum* de «control conjunto» (cfr. art. 231 LSC)<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora (núm. 31/2001) de 30 enero de 2001 (JUR/2001/101752), ante la oposición a un embargo preventivo por parte de un socio con el cincuenta por ciento de la sociedad, aplica la doctrina del levantamiento del velo, al reconocer una vinculación personal entre el demandante en el incidente de oposición y la sociedad deudora, expresándose, en su Fundamento de Derecho Tercero, en los siguientes términos: «*Es decir, se acredita la relación personal y directa del demandante de oposición al embargo preventivo con la sociedad deudora, pues es socio del 50 por cien de la sociedad, de la cual fue administrador solidario juntamente con su madre y, por otro lado, se acreditan ciertos indicios probatorios claros, apuntados por la doctrina jurisprudencial, para levantar el velo de la sociedad, pues se trata de una sociedad formada por dos socios, en relación directa de parentesco, cuya sociedad no dispone de bienes, con una deuda probable cercana a los cuatro millones de pesetas cuando tiene un capital mínimo de quinientas mil pesetas y que aparece en el Registro con la nota del cierre provisional. Por todo ello, con el fin de asegurar la ejecución de la sentencia, no basta con solicitar y obtener el embargo preventivo de bienes de la sociedad, que se ha demostrado, en un primer momento su carencia, según la propia confesión de la administradora de la sociedad, sino también el embargo provisional de los bienes de los socios de la sociedad cuando, no solo cuando se ejercite contra ellos la acción individual de responsabilidad, sino también cuando se insta la doctrina del levantamiento del velo contra los socios de una sociedad, pues de limitar las medidas cautelares para asegurar la ejecución de la sentencia firme que recaiga en su día los bienes de la sociedad deudora sin posibilitar el embargo provisional de bienes de los socios, sean o no administradores, sobre todo cuando se ha producido una sustitución de administrador, tal vez con el fin de evitar la acción individual de responsabilidad, se estaría favoreciendo los fines defraudatorios de aquellos socios —administradores o no de una sociedad— que disponiendo de bienes en su patrimonio, y puesto que aún no se haya declarado su responsabilidad en el pago de la deuda, pueden en el curso del proceso principal desprenderse de ellos haciendo inoperante la sentencia que en su día les condenen*».

Véase también la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (núm. 14/2008), de 22 enero de 2008 (AC/2008/357), en el caso «Marketing Merchandising 2000 S. L.», que aplica la doctrina del levantamiento del velo jurídico en un negocio familiar en el que el padre es titular de un cincuenta por ciento del capital social, mientras que el restante cincuenta por ciento corresponde a su hijo, a la sazón administrador, y de donde infiere, en su Fundamento de Derecho Séptimo, que «*se acredita que ostentaba la condición de socio, con un 50 por cien del capital social, perteneciendo el restante 50 por cien a su hijo y administrador D. Juan Alberto... el codemandado, amén de ostentar la condición que se acaba de mencionar, se vio favorecido por esa ficción que se había creado, dado que, tratándose de una sociedad familiar (los únicos socios son el padre y el hijo, y éste a su vez es el administrador de derecho), el único negocio que hizo la mercantil fue el de ejecutar una promoción inmobiliaria sobre una parcela propiedad de D. Humberto, el cual la cedió a cambio de uno de los inmuebles a construir, vivienda que al final «pasa a manos» del hijo*». Pero es más, es el propio D. Humberto el que afianza personalmente la actividad de la empresa, el desarrollo de la promoción, vinculando aún más al ámbito familiar. Gracias a ello, se puede penetrar en el sustrato real de la sociedad, comprobando la realidad material más allá de la formal, declarándose que el codemandado empleó el «paraguas» de la sociedad mercantil y de un administrador, para ocultar que realmente se trataba un negocio de la familia, encabezada por él mismo, lo que conduce a que, en función de los argumentos expuestos en los anteriores fundamentos, se deba declarar su responsabilidad por las deudas sociales, ya que fue él, junto con su hijo, los que con su conducta, condujeron a la sociedad hacia la situación de endeudamiento actual. Por todo

Ahondando en esta materia, el «control paritario» de la sociedad ha de ser distinguido del «control conjunto» *stricto sensu* que permita a una agrupación de socios, por cualquier vía, ejercer una posición de control sobre la sociedad, como si se tratara de un socio individual. En el «control paritario» no existirán otros socios que participen en la sociedad. Asimismo ocurre en la sociedad unipersonal, donde el socio único ostenta una particular posición jurídica. A diferencia del supuesto anterior, en el «control conjunto», en el sentido apuntado, la agrupación de participaciones sociales del grupo de control no excluye que puedan existir otros socios externos al control, como socios minoritarios, o incluso sindicatos de la minoría, que puedan actuar en defensa de su común posición jurídica.

En atención a los criterios anteriores se ha de evidenciar la posible existencia de sociedades de «control paritario» no individual, es decir, de sociedades que no sean exclusivamente «bipersonales», sino en las que la paridad provenga de situaciones de igualdad entre grupos de socios que tengan una vinculación personal o familiar. En estos casos se puede hablar de un «control paritario conjunto», con dos grupos de socios pertenecientes, por lo general, a dos ramas familiares diferenciadas. Esta realidad permite que las soluciones aplicables a la sociedad con socios individuales de igualdad se puedan trasladar *mutatis mutandi* a los grupos de control conjunto. Y todo ello sobre la base de los pactos contractuales que evidencien esta situación, o bien mediante el recurso técnico al establecimiento de una presunción *iuris tantum* de actuación concertada entre partes vinculadas<sup>39</sup>.

## 5. El bloqueo de las decisiones y el principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales. La traslación del control al órgano de administración

Como regla general, el principio mayoritario nace con la finalidad de dotar a la sociedad capitalista de una mayor funcionalidad, mediante la exigencia de la obtención de determinados consensos para la toma de decisiones, principalmente en la Junta general. Estos consensos, por otra parte, resultan más elevados, en principio, en la sociedad limitada, por la orientación de esta modalidad societaria

---

ello, procede estimar la demanda planteada y acoger la condena de D. Humberto, de forma solidaria con el otro codemandado, y por los importes reclamados».

<sup>39</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, de 15 de junio de 2010, (núm. 373/2010, CEN-DOJ:28079110012010100395) en el caso «Fellar, S. A.», recoge, en su Fundamento de Derecho Primero, la existencia de un control conjunto en «una sociedad familiar con un capital de seiscientos un mil euros, representado por cien mil acciones, de las que él era titular de una y su hermano, D. Bruno, de otra, mientras que las novecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y ocho restantes pertenecían a una sociedad denominada Lolaf, S. A.. 2.º) Que el capital social de Lolaf, S. A. —de trescientos siete mil euros veinte euros— estaba representado por ciento dos mil acciones, de las cuales cincuenta mil novecientos noventa y nueve pertenecían a cada uno de los citados socios de Fellar, S. A., y las dos restantes se repartían entre los cónyuges de ambos».

hacia organizaciones con una base social más reducida<sup>40</sup>. No obstante, la posible elevación de las mayorías necesarias por vía estatutaria permite que, en el caso concreto, puedan existir sociedades anónimas donde la regla de la mayoría sea incluso más cualificada o reforzada que en la sociedad limitada. De otro lado, dentro de la flexibilidad que caracteriza a las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos, de forma alternativa o añadida, pueden también exigir el voto favorable de un determinado número de socios. En cualquier caso, esta posibilidad no puede confrontar con el principio mayoritario que ha de regir la vida de las sociedades de capital, salvo en los supuestos en los que la regulación exija, de modo expreso, la aquiescencia de algunos socios o grupos de socios en la adopción de determinados acuerdos<sup>41</sup>.

El carácter de contrato de colaboración abierto del contrato de sociedad permite amoldar la sociedad en concreto a las necesidades de los socios de acuerdo con el esquema legal imperativo. Con todo, el principio mayoritario que establece el artículo 159 LSC, en conjunción con el artículo 200 LSC, excluye la regla de la unanimidad en la adopción de las decisiones en la Junta general, a diferencia del régimen general de las sociedades personalistas. Con ello se pretende dotar de funcionalidad a estas sociedades, permitiendo que sus estructuras sociales, como entidades dotadas de una particular personalidad jurídica, se adapten con mayor facilidad al entorno económico y social. Pero con esta medida, al mismo tiempo y con posterioridad al momento constitutivo, se excluye la necesidad de obtener la conformidad de todos los socios para la adopción de aquellas decisiones más relevantes en la vida de la sociedad (vgr., acuerdo de disolución)<sup>42</sup>.

En consideración a lo anterior, en las sociedades paritarias, *de facto*, se deduce la necesidad de adoptar los acuerdos por unanimidad<sup>43</sup>. Si bien esta necesidad pudiera parecer *prima facie* cierta, no lo es. Primero, y en relación con el princi-

---

<sup>40</sup> El criterio de la mayoría para modificar el contrato social aparece con la sentencia de casación francesa de 20 de mayo de 1892, en el caso *Société générale fournitures militaires, Pertix*, que afirmó el poder de la mayoría para modificar el contrato social y que comentada por THALLER «no significa destruir o renovar un contrato, sino perfeccionar un organismo».

<sup>41</sup> Considera SUÁREZ-LLANOS, L.: «Sociedad de responsabilidad limitada con dos únicos socios. Régimen de adopción de acuerdos sociales», *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 823-831, que, según el principio mayoritario, en una sociedad de responsabilidad limitada de dos socios no se puede reconocer la licitud, de forma adicional, una cláusula estatutaria «por cabezas» que imponga, *de facto*, el consentimiento de ambos, de forma que se exija la unanimidad para la adopción de acuerdos.

<sup>42</sup> ECHEBARRÍA SAENZ, J. A.: «Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL», *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, ed. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, vol. I, pp.193-222, p. 199.

<sup>43</sup> RECALDE CASTELLS, A.: *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 206, critica esta exclusión legal de la unanimidad y plantea la licitud de aquellas cláusulas estatutarias que establezcan una mayoría reforzada y que *de facto* impliquen una exigencia de unanimidad, que sólo pueda alcanzarse cuando voten a favor todos los socios. Por ello, JUSTE MENCÍA, J.: *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, ed. Aran-

pio mayoritario, como cuestión distinta a la limitación legal que impide que los estatutos puedan exigir el acuerdo unánime de los socios, se ha de considerar la posibilidad de que, efectivamente, los acuerdos puedan adoptarse por unanimidad; si no se reconociera esta posibilidad, los acuerdos adoptados por unanimidad devendrían nulos. Es más, tal decisión estará dotada de una especial eficacia, por cuanto restringe la legitimación para la impugnación de los acuerdos anulables, al no existir socios que hagan constar su oposición al acuerdo, ni socios ausentes, ni ilegítimamente privados de su derecho de voto (cfr. art. 206 LSC)<sup>44</sup>. En segundo lugar, la adopción de acuerdos por mayoría puede no requerir el voto favorable de cada uno de los socios paritarios. Así ocurrirá en una reunión de la Junta de una sociedad anónima en la que no concurra uno de los dos socios, por cuanto el régimen legal permite que las mayorías ordinarias se alcancen con los votos de los accionistas presentes o representados<sup>45</sup>. Incluso para los acuerdos que requieran un quórum de constitución reforzado (*vid.* art. 194 LSC), la fijación del quórum legal en un veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto en segunda convocatoria, unido a la exigencia del voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado, permite al socio paritario, en su caso, adoptar los acuerdos sociales por sí solo.

No ocurre de igual manera, sin embargo, en las sociedades de responsabilidad limitada<sup>46</sup>. En ellas, en primer lugar, la referencia al capital social en su

---

zadi, Pamplona, 1995, p. 192, aboga por un sistema flexible que contemple la unanimidad en las sociedades cerradas.

<sup>44</sup> En el reverso de la moneda se sitúa aquella Junta que sea declarada universal y que requiera un quórum constitutivo de unanimidad, para autorizar la exención de las garantías de convocatoria, y que la decisión pueda ser adoptada por el régimen mayoritario. En tal sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª, núm. 59/2009), de 11 marzo de 2009 (AC\2009\749), en su Fundamento de Derecho Primero, contempla este supuesto y concluye que «*resulta suficientemente acreditado no sólo la falta de convocatoria de la Junta de 30-6-2007, hecho reconocido por la sentencia, sino también la imposibilidad de haberse celebrado esa Junta con carácter Universal por la falta de asistencia del socio actor que titula el 50 por cien del capital social, por lo que no concurren los requisitos del artículo 99 de la Ley Sociedades Anónimas. Por todas las consideraciones expuestas, en aplicación del artículo 56 de la Ley Sociedades Responsabilidad Limitada y artículo 115 de la Ley Sociedades Anónimas procede, con revocación en tal punto de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, declarar la nulidad de la Junta General de 30 junio 2007 acordándose la nulidad de todos y cada uno de los acuerdos en ella adoptados y la cancelación de los mismos en el Registro Mercantil*».

<sup>45</sup> Así, en la sentencia (núm. 10/2000) de 19 enero de 2000 (RJ\2000\110), en el caso «Películas Ibarra y Cia., S. A.» el Tribunal Supremo admite la revocación de un poder por acuerdo con el voto favorable del cincuenta por ciento del capital social.

<sup>46</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13, núm. 263/2006) de 7 junio de 2006 (JUR\2006\270609), en el caso «Grupo Coresal, S. L.», ante el enfrentamiento de los dos grupos de socios, titulares cada uno del cincuenta por ciento de las participaciones del capital social, y ante la inviabilidad de constituirse en forma legal la Junta general el día de la primera convocatoria y la ilegalidad de una segunda convocatoria en la sociedad limitada, en su fundamento de Derecho Cuarto, señala que: «*el artículo 186 del Reglamento del Registro Mercantil de diecinueve de julio de 1996 es claro y contundente al respecto, al establecer en su número 2, sin salve-*

conjunto permite al socio paritario, ante la ausencia o abstención del consocio, adoptar con los votos válidamente emitidos aquellos acuerdos que requieran una mayoría ordinaria<sup>47</sup>. No obstante, las mayorías reforzadas para los acuerdos «especiales» excluyen esta posibilidad. En estos casos, la mera ausencia a las Juntas generales permite al «socio paritario» bloquear la adopción de los acuerdos sociales de las sociedades limitadas que requieran una mayoría reforzada<sup>48</sup>. Por extensión, el socio paritario, en cualquier sociedad de capital, con su oposición en la Junta general también puede bloquear el regular funcionamiento de la Junta general, como órgano soberano de la sociedad<sup>49</sup>. En todo caso, esta contraposición de posturas se debería resolver en consideración al deber de fidelidad de los socios, tanto en su vertiente «propasiva», como en su vertiente «proactiva», que ha de ser igualmente exigible a ambos, en relación con el interés social.

---

*dad alguna, que los estatutos no podrán distinguir entre primera y segunda convocatoria de la Junta General. Lo que comporta que, ante la imposibilidad de celebrar la Junta ya convocada, cualquiera que sea la causa, debe procederse a realizar una nueva convocatoria en la forma y contenido que preceptúan los artículos 46 y 47. Convocatoria que además aquí venía impuesta por las especiales circunstancias concurrentes, como es el dispar contenido de la convocatoria publicada en la forma que se desprende en el número 1 del precitado artículo 46 (que prevé la celebración de la junta en segunda convocatoria) de aquella otra comunicada en el domicilio de la sociedad, que no contempla la segunda convocatoria; el enfrentamiento de los dos grupos de socios, titulares cada uno del 50 por cien de las participaciones del capital social, que hace más que comprensible y presumible el interés de todos ellos de asistir a la Junta, cuyo punto primero del orden del día tenía por objeto la disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidador; y la inviabilidad de constituirse en forma legal la Junta el día quince de junio de dos mil cuatro (primera convocatoria, que debía ser la única) pese a asistir el 100 por cien del capital social».*

<sup>47</sup> Cuestión distinta será la licitud de aquellas cláusulas estatutarias que, *de facto*, impongan la unanimidad de los consocios para la adopción de estos acuerdos, tal y como advierten BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Modificación de los estatutos sociales», en *La sociedad de Responsabilidad Limitada*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 419, y MARTÍNEZ NADAL, A.: *El principio mayoritario de funcionamiento de la Junta General en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 115-6, en el caso que existan dos socios paritarios y los estatutos impongan una mayoría reforzada para la adopción de acuerdos; así, la naturaleza colegial de las Juntas generales de las sociedades capitalistas impide el reforzamiento estatutario de la adopción de acuerdos, de modo que se exija la unanimidad o que se reconozca un derecho de veto a cualquiera de los socios (pp. 111-112). No obstante, véanse los casos en los que la regulación precisa de unanimidad o consentimiento individual de los socios (vgr., aumento de capital con elevación del valor nominal de las participaciones y con nuevas aportaciones de los socios del art. 296.2 LSC, o la alteración de las causas estatutarias de separación o exclusión de los socios de los arts. 347.2 y 351 LSC). También adviértase que el artículo 354 del capítulo octavo, relativo a las sociedades del Código de Delaware, Estado referente en Estados Unidos en materia de sociedades, permite que en las «sociedades cerradas», en principio, se puedan organizar las relaciones entre los socios como en las sociedades personalistas. Permite, igualmente, la exigencia de unanimidad la *Model Business Corporation Act* de la *American Bar Foundation* en su apartado 7.21.a.

<sup>48</sup> MARTÍNEZ NADAL, A.: *ob. cit.*, p. 87.

<sup>49</sup> Como indica HETHERINGTON, J. A. C.: «The minority's duty of loyalty in close corporations», *Duke Law Journal*, 1972, pp. 921-946, p. 935, el socio minoritario, aun cuando carezca de un poder de implementación que le impide adoptar medidas opresivas, puede, con su voto, determinar la decisión de un asunto social.

En este contexto de «control negativo» o de bloqueo del funcionamiento de la Junta general, en particular en la sociedad limitada, en la que se reconoce, en principio, la facultad de la Junta general de impartir instrucciones al órgano de administración (art. 161 LSC), los administradores asumen una mayor relevancia en el devenir ordinario de la actividad económica y en el desarrollo del objeto social<sup>50</sup>. Si la llamada «revolución de los *managers*» proviene del fenómeno social de la «dispersión accionarial» en las grandes sociedades anónimas, en este marco de enfrentamiento entre los socios paritarios, los administradores, si bien sujetos a un riguroso régimen de responsabilidad, no encuentran, en principio, obstáculo para el desarrollo de su labor de gestión. Y ello en tanto que el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada establece, en principio, el carácter indefinido del cargo. De otra parte, en la sociedad anónima, si bien el plazo de duración en el cargo se limita a seis años, el administrador con cargo caducado podrá continuar con las labores de gestión a falta del nombramiento de nuevo administrador, en particular, a través de la figura del «administrador de hecho» (*vid.* art. 236.1 LSC<sup>51</sup>). En plano separado al de la gestión empresarial se han de

<sup>50</sup> Como advierte ARRÚNADA SERRANO, B.: *ob. cit.*, p. 21, el concepto del «control» se centra primordialmente en la influencia efectiva sobre los administradores sociales.

<sup>51</sup> El artículo 145 del Reglamento del Registro Mercantil, en su apartado primero, declara que «El nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la Junta general siguiente o haya transcurrido el término legal para la celebración de la Junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior»; así se reconoce en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 6 de junio de 2009 (RJ 2009\4306). No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (1255/2002, RJ 2003\637), en el caso «Inversiones Textiles del Norte, S. A.», concluye que no se pierde la condición de administrador porque el cargo esté caducado, y que el cese no puede ser opuesto a terceros sino a partir de la inscripción, a la cual se unen las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997 (928/1997, RJ 1997\7617), en el caso «Imronda, S. A.» y de 4 de diciembre de 2002 (1179/2002, RJ 2002\10415), en el caso «Guquisa, S. A.», en tanto que la caducidad del cargo por transcurso del plazo por el que fue nombrado no obsta a la validez de los actos celebrados por el administrador, a través de la figura del administrador de hecho. También el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (secc. 11), de 29 de noviembre de 2004 (núm. 335/2004 rec. 361/2004) señala que a través de la figura del «administrador de hecho» se han de mantener las facultades necesarias para la adopción de las previsiones encaminadas a la reconstrucción del órgano social que ha quedado acéfalo, o la realización de actos necesarios y urgentes. No obstante, acota la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (secc. 5.ª) de 5 de noviembre de 2007, (núm. 607/2007, EDJ 2007\299307), en el caso «Ferrobox S. L.», Fundamento de Derecho Quinto, en la delimitación de esta figura, que «En primer lugar, no consta que aquella tuviera una desenvolvimiento contable tan grande como para dominar autónomamente la realización de los preceptivos balances y cuentas de resultados. Las testificales de los asesores fiscales son muy claras en ese sentido. Su práctica al frente de su negocio de farmacia se limitaba a anotar ingresos y gastos y facilitárselos a su asesoría para que allí efectuaran las partidas contables pertinentes. Tampoco el apoderado con amplias potestades de gestión se convierte por ello, sin más, en un administrador de hecho. Sólo cuando el abuso de esos poderes en contra de las directrices del órgano de administración de la empresa constituya a dichos apoderados en auténticos rectores de la vida social, se puede hablar de administrador de hecho».

Otras resoluciones acuden al principio de conservación de la empresa para autorizar la actividad de gestión del órgano de administración. Así en Resoluciones de la Dirección General de los

poner las funciones orgánicas de la administración social que impiden al administrador con cargo caducado la convocatoria de Juntas generales<sup>52</sup>. Todavía se ha de excepcionar aquella convocatoria que tenga como único objeto el nombramiento de nuevos administradores<sup>53</sup>.

De lo anterior se advierte la particular posición de primacía que se reconoce a los administradores en las sociedades con participación paritaria, donde no concurre una posición de «control positivo», sino que el «control paritario» se manifiesta en una facultad de bloqueo de cada uno de los consocios. Esta tesitura coloca al órgano de administración, dentro de la distribución competencial encargada a cada órgano y fuera del acuerdo de los socios paritarios activos para la adopción de decisiones en la Junta general, en una posición preponderante en la organización social<sup>54</sup>. En particular, su vinculación a cualquiera de los socios

---

Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1992 (RJ 1992\5260) y de 15 de febrero de 1999 (RJ1999\734). También en cuanto a la extensión de la responsabilidad a los administradores con cargo caducado que continúen en el cargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 2006 (131/2006, JUR 2006\226856), en el caso «F.GEM, S. L.», y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2004 (245/2004, JUR 2004\196043), en el caso «Jamonés Huelva, S. L.», unida a la falta de actividad social alguna dirigida al nombramiento de nuevos administradores.

<sup>52</sup> Acerca del depósito de las cuentas anuales, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011\2749), de la sociedad «Promosol Inversiones, S. A.», y de 4 de mayo de 2006 (EDD 2006/76218), de la sociedad «Casa El Alcornoque, S. L.», asimismo, en la Resolución de 24 de mayo de 1974 (EDD 1974/3). En esta línea, la Resolución de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011\2611) deniega la inscripción de la revocación de un poder por el administrador con cargo caducado, y la Resolución de 24 de enero de 2001 (RJ 2002\2141) la inscripción del nombramiento de liquidador. Por otra parte, la Resolución de 30 de octubre de 2009 de la DGRN (EDD 2009/264856), en el caso «Eurotenerife, S. A.», se plantea la inscripción de un acta notarial de celebración de Junta general de Sociedad Anónima, convocada por un administrador con cargo caducado y en la que se procede al cese de un administrador solidario y al nombramiento de dos administradores, con la asistencia del cincuenta por ciento del capital social, y confirma el acuerdo de calificación denegatorio de la inscripción en virtud de los artículos 145.1 y 3 del Reglamento del Registro Mercantil.

<sup>53</sup> La sentencia de 9 de diciembre de 2010 (784/2010, RJ 2011\291) del Tribunal Supremo en el caso «Indulleida, S. A.» admite que los administradores sociales cuyo cargo hubiera caducado puedan convocar una Junta general que se limite a designar un nuevo órgano de dirección, aun cuando la convocatoria comprendiese otros extremos, lo que en modo alguno determina la nulidad radical e indiscriminada de toda la convocatoria, ni supone un obstáculo para la validez de los actos dirigidos a aquel fin. En esta línea, la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007 (771/2007, RJ 2007\3875) en el caso «C. D. Castellón, S. A. D.», ya señaló que «*cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la junta general con ese único objeto*». Asimismo, las sentencias del Alto Tribunal de 22 de octubre de 1974 (RJ 1974\3970), de 3 de marzo de 1977 (RJ 1977\856) y de 1 de abril de 1986 (RJ 1986\1786), caso «Corsan, S. A.»; y las Resoluciones de la DGRN de 12 de mayo de 1978 (RJ 1978\2529), de 7 de diciembre de 1993 (RJ1993\9893), de 25 de abril de 1994 (RJ1994\3070), y de 13 de mayo de 1998 (RJ1994\3070), en el caso «Industrial Pastica Nova, S. A.».

<sup>54</sup> El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en sentencia (núm. 641/2005) de 19 julio de 2005 (RJ\2005\6554), en la impugnación de acuerdos de la mercantil «Carbónica Murciana, S. A.», concluye, en su Fundamento de Derecho Segundo, la falta de adopción del acuerdo por

le garantiza un «escudo» ante la instancia de medidas de censura y destitución de su cargo por el otro socio. Esto puede igualmente ocurrir cuando ambos socios adopten un sistema de administración solidaria, en la que cada administrador sea designado por uno de ellos, en cuyo caso la posición de igualdad de cada socio actúa de parapeto de cada uno de los administradores<sup>55</sup>. Ahora bien, la administración solidaria por administradores enfrentados, pertenecientes a un grupo paritario distinto, puede devenir en una patología social, con órdenes y contraórdenes de gestión que pueden acarrear el colapso de la organización<sup>56</sup>.

---

mayoría para la renovación del Consejo de administración ante la ausencia durante la Junta de un accionista titular del cincuenta por ciento del capital social, con base en la distinción entre el quórum de constitución y el quórum de votación, en los siguientes términos: *«en el presente caso, el demandante en la instancia, accionista titular del 50 por cien del capital social, integra el quórum de constitución y frente al acuerdo de renovación de los consejeros, no vota a favor (porque se ha ausentado), por lo que en el quórum de votación no se obtiene la mayoría. Por lo cual, al no haberse alcanzado la mayoría, el acuerdo no se ha producido. No hay acuerdo; más que acuerdo nulo, hay una apariencia de acuerdo; su nulidad (rectius, inexistencia) es preciso declararla para eliminar tal apariencia»*.

<sup>55</sup> Interesante, en toda esta problemática, resulta el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4.ª, núm. 84/2008) de 22 de abril de 2008 (JUR\2008\197143), ante la solicitud de la convocatoria judicial de Juntas generales extraordinarias en dos sociedades anónimas, como accionista en un cincuenta por ciento del capital social en cada una de ellas, a fin de que el administrador mancomunado «en funciones» presentara ciertos informes y no con la finalidad de adopción de acuerdos sociales, cuando el solicitante anteriormente renunció al cargo de administrador mancomunado y no propuso el nombramiento de otro administrador mancomunado que lo sustituyera o la modificación de los estatutos sociales, por lo que declara la improcedencia de la convocatoria en su Fundamento de Derecho Segundo, que señala que: *«Por ello, ante la situación de acefalia auspiciada por el propio solicitante que siendo socio al 50 por cien de las acciones en ambas sociedades renunció al cargo de administrador mancomunado sin previamente haber propuesto el nombramiento de otro administrador mancomunado que lo sustituyera o la modificación de los estatutos sociales respecto al órgano de administración de forma que pudiera seguirse administrando la empresa válidamente, la única posibilidad de convocatoria judicial, siempre previo requerimiento al administrador mancomunado que actúa como «único administrador de hecho», sería la que tuviera por objeto tal nombramiento de administrador con aquella finalidad de reactivación del órgano y, de no ser ese el propósito, el de procederse a su disolución por paralización del órgano de administración (concausa 3.ª del art. 260 LS. A.). En suma, siendo competencia del órgano de administración la convocatoria de las juntas generales, sólo cuando por dicho órgano exista resistencia a tal convocatoria pese a requerirse por los socios podrá ser acordada judicialmente. Por ello, cuando una junta con finalidad distinta no se pueda convocar válidamente por el órgano de administración al no estar válidamente conformado, la única forma para lograr la convocatoria es precisamente instar previamente un acuerdo de reconstrucción o reactivación del órgano de administración, para una vez reconstruido requerirle de tal distinta convocatoria. No siendo éste el objeto de la convocatoria, la pretensión está destinada al fracaso»*.

<sup>56</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, de 15 de junio de 2010 (núm. 373/2010, CEN-DOJ:28079110012010100395) en el caso «Fellar, S. A.», en su Fundamento de Derecho Segundo advierte que *«la gestión de la sociedad se encuentra sometida a la situación de tensión y de discrepancia entre los dos administradores solidarios, con órdenes y contraórdenes ... que, en modo alguno favorecen el buen funcionamiento de la sociedad ni la relación de la misma con terceros, lo que no permite entender que la administración de la sociedad funciona realmente»*. También la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006 (EDJ2006/71157) contempla un grave enfrentamiento de dos grupos de socios paritarios, que lleva una paralización de la Junta

## 6. El conflicto de intereses como ruptura de la igualdad

Apuntada la posibilidad de modificar el régimen de igualdad de derechos de los socios (vgr., en relación con los derechos de voto en el art. 98 LSC), el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha incorporado al régimen común el juego de las causas legales del conflicto de intereses de la sociedad limitada<sup>57</sup>. Quizá el modelo «ideal» de cada una de estas formas societarias y la mayor vinculación entre los socios en las sociedades de responsabilidad limitada favorezca esta limitación. No obstante, la polifuncionalidad de las sociedades anónimas permite incorporar cláusulas estatutarias de «cierre» del capital entre los socios existentes y de prestaciones accesorias de los socios a la aportación al capital, e incluso admite la unipersonalidad (cfr. arts. 86, 123 y 15 LSC). A la luz de lo anterior, este régimen debiera entenderse de *lege ferenda* aplicable a aquellas sociedades anónimas en las que, a la vista de las menciones estatutarias, se adviertan tales rasgos de personalización de la sociedad. Y todo ello frente a la caracterización de los socios como meros inversores de capital.

En estos casos, cuya aplicación se mantiene en la sociedad limitada, y que han de ser considerados como un *numerus clausus*, la existencia de un «conflicto de intereses legal» impide al socio ejercer en la Junta general el derecho de voto correspondiente a sus participaciones sociales (cfr. 190 LSC)<sup>58</sup>. Ahora bien, este particular régimen tiene por finalidad primigenia evitar el abuso de la posición mayoritaria de determinados socios de la sociedad, y de ahí la necesidad de deducir del capital social la participación afectada para el cómputo de la mayoría de votos en cada caso necesaria para la aprobación de la decisión por la Junta general<sup>59</sup>. Cuando nos hallamos en presencia de una sociedad con dos socios paritarios, sin embargo, la solución legal resulta superflua; es decir, la existencia de una

---

general, con dos administradores solidarios de cada grupo, que actúan en sentido distinto y contradictorio, con discrepancias entre ellos y que, al fin, afecta a la situación financiera de la sociedad.

<sup>57</sup> Se trata de un conflicto «vertical», en contraposición al conflicto «horizontal» que se produce entre socios, como sistematiza SÁNCHEZ RUIZ, M.: *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital: (art. 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo)*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 196.

<sup>58</sup> Para una aproximación al régimen jurídico del conflicto de intereses, BOQUERA MATARREDONA, J., «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 217, 1995, pp. 1007-1048; ALCALÁ DÍAZ, M. A.: «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, pp. 89-142; y RUIZ-RICO RUIZ, C.: «Aspectos problemáticos de la regulación sobre el conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: deficiencias jurídicas del artículo 52 LSRL», *Revista de Derecho Mercantil*, 2002, núm. 243, pp. 201-252.

<sup>59</sup> COSTA COMESAÑA, J.: *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia, 1999 y HERNÁNDEZ SAINZ, E.: «El deber de abstención de voto como solución legal ante determinados supuestos de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada», *Revista de Derecho de Sociedades*, 1996, núm. 6, pp. 105-129, pp. 111-112. PAGADOR LÓPEZ, J., y PINO ABAD, M.: «La exclusión del socio mayoritario en las sociedades de responsabilidad limitada bipersonales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 270, 2008, pp. 1273-1330, p. 1317, señalan entonces que el socio minoritario en una sociedad de dos miembros ha de ser considerado funcionalmente como socio de control, y todavía más, como socio único.

facultad de bloqueo de las decisiones por cada consocio determina que, ante una situación de conflicto de intereses, el voto contrario del otro sea suficiente para impedir la adopción del acuerdo. Con ello la solución que dispensa la regulación legal carece de sostén fuera de la protección que dispensa al socio minoritario<sup>60</sup>.

En el particular caso analizado de la sociedad paritaria, se ha de señalar, de forma añadida, que el deber de fidelidad de los socios debiera resolver la cuestión no ya desde la perspectiva de la existencia de un específico «conflicto de intereses», sino desde la atención debida por los socios al interés social<sup>61</sup>. Ello entronca con la utilización de los derechos de los socios para tratar de obtener un beneficio propio, que se ha de plasmar no únicamente desde una eventual situación de conflicto de intereses del socio afectado por algunas de las situaciones que contempla la norma. Por el contrario, su consocio también puede emplear la facultad de bloqueo de las decisiones sociales con una pretensión de obtener un provecho propio, incluso cuando sea contrario al interés general de la sociedad. Esta situación ha sido advertida por la doctrina francesa en el que se ha dado en llamar el

---

<sup>60</sup> Por otra parte, en el supuesto de la sociedad unipersonal, la especial estructura de la sociedad lleva a que haya de trasladarse al socio único la solución contemplada en el artículo 16 LSC, careciendo por tanto de aplicación el artículo 190 LSC. Piénsese en el supuesto de la autorización a transmitir participaciones de las que sea titular, en el que la deducción de su participación impediría al socio único la transmisión de su participación a un tercero. Igualmente cuando se trate de la anticipación de fondos o de la concesión de créditos o préstamos, la imposibilidad de ejercicio de su derecho de voto excluiría la aplicación del artículo 16.3 LSC respecto de su responsabilidad frente a la sociedad de las ventajas que hubiera obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de los contratos celebrados con ella. Al respecto, SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 212-3.

<sup>61</sup> Al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., y PINO ABAD, M.: *ob. cit.*, p. 1326, y SÁNCHEZ GIMENO, S.: *ob. cit.*, p. 213. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava (Sección 1.ª) de 11 de junio de 2008 (núm. 208/2008, AC/2008/2358) en el caso «Remiendo Alavés 3, S. L.», ante una exclusión de un socio-administrador, en su Fundamento de Derecho Primero considera «*que el único socio que debía votar a favor del mismo es el propio apelante por cuanto el apelado no podría ejercer su derecho de voto, en cuanto socio-administrador, dada la prohibición expresa recogida en el art. 52 L.S.R.L. que regula, por primera vez en el ámbito societario, el conflicto de intereses. Tal prohibición de voto cuando se trate de la dispensa de la prohibición de competencia del socio-administrador, es un instrumento de la regulación del conflicto de intereses administrador/sociedad que pretende tutelar el interés social ante el riesgo que para ésta implica el hecho de que su administrador desarrolle, por cuenta propia o ajena el mismo género de comercio a que se dedica la sociedad que administra*» y concluye que «*lo realmente acaecido no es que el administrador iniciara actividades concurrentes sino que el paso del tiempo y la progresiva ruptura de las relaciones societarias, entre los que ahora son partes enfrentadas en este proceso, dan lugar a una situación en la que realmente la posible conjunción de situaciones jurídicas resultantes de los numerosos y complejos procesos judiciales en los que se han visto inmersos deba abordarse la situación estudiada como un resultado de esos enfrentamientos y ruptura de las relaciones de confianza y lealtad que requiere la ordenada y eficaz gestión de los negocios de las distintas sociedades. Situación actual que realmente, como resalta la sentencia de instancia, no cabe deducir sino de la imposibilidad de lograr cualquier tipo de acuerdo, menos lograr una autorización para continuar con la administración, cuando las difíciles relaciones condicionan que el Sr. Gonzalo ejerza de hecho la administración, dándose la situación de que de no serlo lógicamente lo ejercería el otro socio, quien a su vez también administra en esta ciudad otros negocios similares*».

«abuso de igualdad» («abus de égalité»), que se escinde como una modalidad del «abuso de la minoría» («abus de minorité»). Este último enfoca a aquellos socios minoritarios que, desde su posición, impidan la adopción de una decisión, de modo que actúen de forma contraria al interés social en pos de la obtención de ventajas particulares<sup>62</sup>. Así ocurre cuando, ante una situación de confrontación entre los socios, uno adopta una posición de bloqueo de aquellas decisiones que sean convenientes o necesarias para la sociedad. O cuando el ejercicio de sus derechos de voto sea sistemáticamente utilizado como medio de negociación con el consocio para tratar de obtener unas ventajas patrimoniales personales en perjuicio de éste o, incluso, de la sociedad<sup>63</sup>.

## II. GRUPOS DE CASOS: EL ABUSO DEL SOCIO PARITARIO EN LA JUNTA GENERAL DE SOCIOS

### 1. Falta de aprobación de las cuentas anuales y distribución del resultado del ejercicio

No obstante, el abuso de igualdad, aun cuando en ocasiones comparta supuestos de hecho comunes con el abuso de la minoría, ha de ser captado de forma autónoma, como consecuencia de la situación de control paritario que se produce en la sociedad. En la relación entre el socio mayoritario y el socio minoritario, el control proviene de la particular posición del primero, si bien los derechos, particularmente de minoría, reconocen al socio minoritario una facultad de bloqueo de determinados acuerdos, en especial en la sociedad limitada. Por el contrario, en la sociedad paritaria no existe desequilibrio de poderes entre los socios, sino que la igualdad de derechos dentro de la sociedad únicamente permite, en principio, reconocer una facultad de bloqueo mutua<sup>64</sup>. Sin embargo, esta situación de «control negativo», que tenderá a provocar la disolución de la sociedad, no parece que sea una solución satisfactoria en atención a los intereses implicados, y no ya sólo de los socios, sino por mor del principio de conservación de la empresa, también de acreedores sociales y trabajadores, e incluso del mercado en general<sup>65</sup>. Por ello

---

<sup>62</sup> Así, CONSTANTIN, A.: «La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés», en *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, París, Dalloz, 2003, p. 213 y ss., considera al abuso de igualdad como un avatar del abuso de la minoría.

<sup>63</sup> MERLE, P.: «L'abus de minorité», *Rev. Soc.*, núm. 2, 1993, p. 403, define el abuso de la minoría como la actitud contraria al interés social de la sociedad, cuando impide la realización de una operación esencial para ella con el único deseo de favorecer sus intereses en detrimento del conjunto de los restantes socios.

<sup>64</sup> PREITE, D.: *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, ed. Giuffrè, Milán, 1992, p. 149.

<sup>65</sup> Tampoco nuestra regulación recoge un procedimiento legal de disolución y liquidación específico de la sociedad conjunta, tal y como contempla el artículo 273 del capítulo octavo del Código de Delaware americano, que permite que uno de los socios pueda separarse de la sociedad conjunta mediante un plan de división de activos («file with the Court of Chancery a petition stating

el legislador debiera prever vías de solución a estas situaciones patológicas de las sociedades de capital<sup>66</sup>.

Como se ha indicado, los «grupos de casos», como soluciones paradigmáticas de problemas, permiten acotar aquellos supuestos de hecho que requieren un tratamiento común<sup>67</sup>. Determinados comportamientos pueden ser aplicados a situaciones diversas propias tanto de supuestos de abuso de la minoría como de abuso de la igualdad (vgr., en el caso de solicitudes abusivas de información con fines concurrenciales o de hostigamiento al administrador designado por el consocio)<sup>68</sup>. Desde otra óptica, un comportamiento determinado de uno de los socios puede incardinarse en diferentes modalidades de los grupos de casos planteados, en atención a las circunstancias concurrentes<sup>69</sup>. En este sentido, el abuso en situaciones de igualdad entre los socios encuentra reflejo, y adquiere unas notas distintivas provenientes de la específica situación del «control paritario», en aquellos casos en los que uno de los socios ejerce su facultad de bloqueo en perjuicio del interés social<sup>70</sup>. Y dentro de los «grupos de casos» a ser analizados desde esta estructura de poderes de la sociedad, se han de advertir básicamente tres tipos de comportamientos: en primer lugar, la falta de aprobación de las cuentas anuales y aplicación del resultado del ejercicio; segundo, el bloqueo de modificaciones estatutarias y operaciones sobre el capital necesarias para la pervivencia de la socie-

---

that it desires to discontinue such joint venture and to dispose of the assets used in such venture in accordance with a plan to be agreed upon by both stockholders or that, if no such plan shall be agreed upon by both stockholders, the corporation be dissolved»).

<sup>66</sup> Como indica el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 16 de febrero de 2009 (AC\2009\364) en el caso «Phejuta Sapa S. L.», en su Fundamento de Derecho Tercero, «*Tanto el precepto estatutario como el legal, no resultan previsiones idóneas o aptas para solventar patologías como las que derivan de una situación de bloqueo social como la existente en la sociedad demandada*».

<sup>67</sup> CANARIS, C.W.: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, 1995, pp. 70 y ss. y ÁVILA, H.: *Teoría de los Principios*, ed. Marcial Pons, 2011, p. 83, respecto de las similitudes que permitan identificar grupos de casos que giren en torno a un problema central.

<sup>68</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (secc. 5.ª) de 5 de noviembre de 2007 (núm. 607/2007, EDJ 2007/299307), en el caso «Ferrobox S. L.», Fundamento de Derecho Sexto, en referencia al abuso de socio paritario en el ejercicio de una acción de responsabilidad contra el administrador por falta de disolución de la sociedad existiendo causa para ello, cuando era también por aquél conocida.

<sup>69</sup> Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 21 de marzo de 2011 (número 204/2011, EDJ 2011/51244) en el caso «Viviendas Acogidas, S. A.: *Además de las limitaciones específicas impuestas por la legislación societaria, como en todos los derechos subjetivos, constituye un límite genérico su ejercicio abusivo cuando concurren los requisitos precisos para el abuso del derecho o, dicho en otros términos, como afirma la sentencia 753/2008, de 4 de septiembre es necesario que el derecho se ejercite con la extralimitación, por causas objetiva o subjetiva —sentencias de 29 de diciembre de 2004 y 28 de enero de 2005—, en que se asienta dicho concepto —sentencias de 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007—, lo que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso*».

<sup>70</sup> CONSTANTIN, A.: ob. cit., p. 213, destaca que las sociedades capitalistas igualitarias son propicias a situaciones de bloqueo.

dad o la conservación de la empresa que constituya su objeto social; y, por último, el bloqueo en situaciones de disolución y liquidación de la sociedad.

Al hilo de lo anterior se plantea, como el primero de los «grupos de casos» del abuso de igualdad aquel en el que la situación de conflicto existente entre los socios impida la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y, con ello, la aplicación del resultado del ejercicio<sup>71</sup>. No obstante, frente a un esquema «ideal» de sociedad en el que la voluntad social se forma de modo consensuado entre los socios, según un principio mayoritario, se ha de reseñar aquella situación en la que uno de los socios, por su enfrentamiento con el otro, o incluso con el administrador, como persona vinculada al consocio, se opone sin motivo que sustente su posición a la aprobación de las cuentas. Y todo ello al objeto de propiciar el bloqueo del normal funcionamiento de los órganos sociales<sup>72</sup>. Este comportamiento excede de lo que exigen los naturales y adecuados límites del ejercicio subjetivo del derecho de voto en las Juntas generales y, a su vez, genera un perjuicio para la sociedad, sin utilidad alguna, al menos legítima, para el socio que adopta esta posición<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> La falta de depósito de las cuentas impide que se pueda inscribir en el registro mercantil documento alguno referido a la sociedad, salvo el cese o dimisión de administradores, apoderados o liquidadores, o la renuncia o revocación de poderes y los asientos ordenados por autoridad judicial o administrativa (vid. art. 282 LSC). A ello se une el régimen sancionador mediante imposición de multas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de cuentas (vid. art. 283 LSC). La falta de depósito de las cuentas puede provenir de la falta de aprobación por la Junta general, en cuanto se ha de mantener en la Junta general, como órgano soberano, la decisión discrecional de aprobación de las cuentas; fuera de ello resultará de aplicación el régimen de responsabilidad aplicable a los administradores sociales en caso de inejecución del acuerdo. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª), de 2 de enero de 1992 (núm. 1/1999, AC\1999\3034), en el caso «Carbónica Murciana, S. A.», en su Fundamento de Derecho Primero, reconocida una situación anterior de bloqueo de decisiones sociales por ambos socios, señala que: «*En efecto, si llegados a este extremo y cuando se entra en el segundo punto del orden del día, sobre renovación-reelección de Consejeros, se expresa, tal como se comprueba en el folio 37 de las actuaciones, por el señor A. que si no se le reconocía el derecho a nombrar un número de Consejeros igual al del otro grupo del 50 por cien, consideraría que el Presidente estaba persiguiendo una actuación irregular, y por ello se retiraría y no participaría en la Junta, y efectivamente el señor A. se retiró acto seguido, no puede equipararse tal actitud a una abstención y menos todavía a un voto a favor. Por ello habiendo concurrido a la Junta de 12-6-1996 de «Carbónica Murciana, S. A.» la totalidad del capital social, era necesario el voto favorable de más del cincuenta por ciento para aprobar el segundo punto del orden del día, habida cuenta de la manifestación de voluntad contraria al mismo del señor A. E.; y si éste se ausentó de la Junta tras un debate referido a dicho segundo punto y tras dejar clara su voluntad contraria al mismo, es evidente que debe prosperar el recurso de apelación interpuesto, puesto que resulta rechazable, desde el punto de vista lógico, considerar ausente a una persona que asiste a una Junta de accionistas y manifiesta de manera inequívoca su voluntad contraria a la aprobación de determinado acuerdo una vez que se está debatiendo ese punto concreto del orden del día.*»

<sup>72</sup> Este caso de bloqueo sistemático a la aprobación de las cuentas anuales, sin necesidad de reclamar vicio alguno en ellas, como medio para provocar la disolución de la sociedad conjunta, es advertido por GALGANO, F.: *ob. cit.*, pp. 6-7 y PREITE, D.: *ob. cit.*, p. 149.

<sup>73</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1995 (RJ 1995, 3182) señala que «a partir de la señera sentencia de 14 de febrero de 1944 (RJ 1944, 293), la posterior doctrina juris-

Por otra parte, como un caso separado en este apartado, se presenta la decisión de la Junta general de resolver acerca de la aplicación del resultado del ejercicio, de conformidad con el balance aprobado y con las reglas de protección del capital social (*vid.* arts. 273 y 274 LSC). Al respecto, los artículos 116 del Código de Comercio y 1665 del Código Civil, en referencia a los contratos «de compañía» y «de sociedad», contienen la finalidad de los socios de «obtener lucro» y de «partir entre sí las ganancias». Junto a ello, el artículo 93.a. LSC reconoce el derecho del socio a participar en las ganancias de la sociedad. En la línea de lo anterior, ante situaciones paritarias en la sociedad y de enfrentamiento entre los socios acerca de la distribución de las ganancias obtenidas, la cuestión se habría de resolver, en principio, a favor del socio que reclama su derecho sobre las ganancias que le correspondan por su participación en la sociedad. De este modo, el reparto devendrá obligatorio en la sociedad paritaria cuando no se llegue a un acuerdo para su imputación como reservas voluntarias de la sociedad.

No obstante, tal exigencia en el ejercicio de su derecho sobre las ganancias sociales puede conformarse como una conducta realizada en abuso de igualdad, que se habrá de enmarcar dentro de las prohibiciones de chicana y en la doctrina de los actos emulativos, cuando su decisión se contraponga al interés social<sup>74</sup>. La situación financiera y las inversiones requeridas de la empresa que constituya el objeto social pueden exigir la retención de las ganancias obtenidas en la sociedad. A tal efecto, las propuestas que han de elaborar los administradores sociales (cfr. art. 253.1 LSC) sobre las necesidades de la empresa en un futuro en relación con las inversiones proyectadas y con las prospecciones presupuestarias realizadas ante diferentes escenarios de mercado constituyen un criterio presuntivo de la legitimidad de la retención de los beneficios o de la parte correspondiente en la organización social<sup>75</sup>. En igual medida, *sensu contrario*, la retención de beneficios

---

*prudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma subjetiva, (intención de perjudicar, o sin la existencia de un fin legítimo) como en su aspecto objetivo (anormalidad en el ejercicio del derecho). En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifiestos».* Sin embargo, no se aplicará la doctrina del abuso de derecho cuando concurra a favor del agente justa causa para litigar, tal y como reconocen las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981 (RJ 1981, 3301), 30 de junio de 1986 (RJ 1986, 38329), de 17 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6063), de 27 de febrero de 1990 (RJ 1990, 7239) y de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 704), entre otras.

<sup>74</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *Estudios de Derecho mercantil*, t. I, ed. Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1977, p. 607, en cuanto la soberanía de la Junta general se halla limitada no sólo por la Ley y por los estatutos sociales, sino también por las exigencias de la empresa o los negocios que la sociedad explote.

<sup>75</sup> En referencia a la sentencia de la Casación francesa de 16 de junio de 1998, COZIAN, M.; VIANDIER, A., y DEBOISSY, F.: *Droit des sociétés*, cit., p. 189, y MEDJAOU, K.: «L'abus d'égalité», *Revue sociétés*, 1999, pp. 103-111, p. 107, se refieren, a un «abus d'égalité» consistente en el recha-

en la sociedad sin causa ni interés social que la justifique puede tener lugar merced al voto negativo del consocio a la distribución del resultado vía dividendos, de modo que impida la aprobación del acuerdo en la Junta general. Este bloqueo de la decisión también habrá de ser considerado, en los términos apuntados, como una actuación abusiva de uno de los socios en perjuicio de los legítimos intereses del otro. Con todo, la inclusión de un número bis al artículo 348 LSC tiende a mitigar la situación de abuso. Para ello es preciso que la Junta general de una sociedad no cotizada no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación legalmente repartibles obtenidos durante el ejercicio anterior, a partir del quinto ejercicio, a contar desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Con referencia en la cifra y en el plazo reseñados, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá un derecho de separación de la sociedad.

## **2. El bloqueo de modificaciones estatutarias y de operaciones sobre el capital**

De otra parte, la posibilidad de bloqueo del socio paritario, en atención al principio mayoritario para la adopción de acuerdos sociales, se extiende también a su abstención, en la Junta general de la sociedad limitada, respecto de todos aquellos acuerdos de modificación estatutaria que requieran de una mayoría reforzada. Así, el régimen general de las mayorías de estos acuerdos exige más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (cfr. art. 199.a. LSC)<sup>76</sup>. Alternativamente, la exigencia de un quórum de constitución reforzado en casos especiales, entre los cuales se sitúan las modificaciones estatutarias, en la sociedad anónima puede impedir que, ante la inasistencia de uno de los socios, la Junta general puede resultar válidamente constituida (cfr. art. 194 LSC).

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de bloqueo de las decisiones sociales, mediante una conducta activa, de voto negativo, o pasiva, de abstención o inasistencia a las Juntas generales, se ha de compaginar con la posición que asume el socio en la estructura social, con independencia de la forma adoptada. Como ha sido advertido, el derecho a asistencia de los socios y accionistas a las Juntas generales (*vid.* art. 179 LSC) debe compatibilizarse con el deber de fide-

---

zo por un socio a votar a favor del destino a reservas de los beneficios debidos por la sociedad, cuando eran necesarios para financiar una inversión vital para la supervivencia de la sociedad y para financiar su fondo de maniobra.

<sup>76</sup> Y por extensión a la realización de modificaciones estructurales, a la autorización al administrador, de común designado por la mayoría, para realizar actividades competitivas, o a la supresión o limitación del derecho de asunción preferente de participaciones en los aumentos de capital, en los que la mayoría requerida se incrementa hasta el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (cfr. art. 199.b LSC).

dad hacia la sociedad en la que participen. Por ello esta facultad de bloqueo, que se puede producir por distintos medios, y no sólo por la emisión de un voto negativo, se ha de conjugar con el deber de la Junta general de adoptar sus decisiones, con atención no ya sólo a la Ley y a los mismos estatutos sociales, sino también en pos de procurar el interés social. El interés social puede requerir de ambos socios la necesidad de emitir un voto en un determinado sentido<sup>77</sup>. La emisión de un voto negativo en el punto del orden del día sometido a la Junta general o, incluso, la ausencia y abstención pueden determinar la existencia de un perjuicio para la sociedad respecto de todos aquellos acuerdos que sean necesarios para la pervivencia de la sociedad como organización y para el cumplimiento de los requisitos que exige el capital social<sup>78</sup>. También cuando la decisión afecte a la empresa y a sus exigencias financieras, en concreto por la correlación del patrimonio neto y el capital social<sup>79</sup>. Así, en su caso, la falta de aprobación de la reducción de capital por pérdidas es constitutiva de causa de disolución, cuando las pérdidas dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (*vid.* art. 363.1.e. LSC)<sup>80</sup>. Desde esta perspectiva, el deber de fidelidad exige del socio una actuación proactiva dirigida a adoptar la decisión que permita la subsistencia de la sociedad, aun cuando ello pueda suponer una dilución de su participación en ella. Asimismo, la ampliación de capital «en la medida suficiente» es señalada como una medida que permite remover la concurrencia de una causa de disolución obligatoria (*cfr.* art. 363.1.e. LSC). La necesidad de ampliar el capital social, como mecanismo jurídico para salvaguardar las reglas del capital y otras modificaciones estatutarias o, incluso, estructurales que afecten al capital han de

<sup>77</sup> MONSALLIER-SAINTMLEUX, M. C.: «Abus d'égalité: définition et encadrement de la mission du juge au regard des sanctions», *Semaine juridique Ed. Générale*, núm. 26, 2010, pp. 1342-1344, p. 1342, señala que la sentencia de la Casación francesa de 16 de diciembre de 2009 declara, en una «société civile immobilière», que el voto contrario de uno de los socios a la puesta en alquiler del inmueble que a su vez ocupa de forma gratuita, y que constituye el único bien de la sociedad, resulta contrario al interés social y, por tanto, constituye un abuso de igualdad.

<sup>78</sup> LÉPOUTRE, E.: «Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales», *Droit et Patrimoine*, 1995, p. 68, destaca que el derecho del socio paritario no se puede transformar en un derecho de obstrucción de las decisiones necesarias para el interés social.

<sup>79</sup> MEDJAOU, K.: *ob. cit.*, p. 110, advierte dos clases de riesgos: uno económico, que priva a la sociedad de las inversiones necesarias e incrementa el riesgo de endeudamiento bancario, y otro jurídico, pues la actitud del socio supone un riesgo de disolución de la sociedad.

<sup>80</sup> WINTER, M.: *Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht (rechtsformspezifische Aspekte eines allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Prinzips)*, ed. Beck, Munich, 1988, p. 6, e IMMENGA, U.: «Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten», en *Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, (dir. Schmidt), Colonia, 1992, p. 189, en relación con la formación jurisprudencial de la «Treuepflicht», extienden este deber de fidelidad a cualquier socio con influencia en la sociedad. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo alemán en el caso *Girmes* comentada por ALTMENPPEN, H.: «Treuepflicht der Minderheitsaktionäre einer AG und Haftung des Stimmrechtsvertreters (Girmes)», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, núm. 27, 1995, pp. 1739-1740, reconoce una indemnización por el perjuicio causado a favor del socio mayoritario por el bloqueo, por un socio minoritario, de una decisión de reducción de capital que tenía por finalidad obtener una reestructuración financiera de una sociedad anónima (AG), y que llevó a la postre a la liquidación de la sociedad.

ser traídas a esta instancia<sup>81</sup>. Si bien esta decisión de la Junta general, desde la perspectiva de los socios de bloqueo, resulta obligada, todavía se ha de reconocer a la Junta general la facultad discrecional para decidir la técnica a emplear para superar una eventual causa de disolución de la sociedad. La situación de paridad puede determinar que un consocio, dentro de las posibilidades existentes (vgr., ampliación o reducción de capital, o incluso una fusión o una cesión global de activo y pasivo), rechace uno de los medios propuestos sobre un interés particular debidamente justificado; lo que no resulta dable que el socio de bloqueo rechace, de forma indiscriminada, cualquier alternativa que permita superar la situación de desequilibrio o insolvencia patrimonial de la sociedad (véanse las alternativas de convenio del artículo 100 de la Ley Concursal) en perjuicio del interés social, como interés de la organización y de la persona jurídica. El interés social, el interés legítimo del consocio a la continuación de la sociedad y el interés de la empresa, del cual emergen las relaciones de la sociedad con los trabajadores y los terceros que se relacionen con ella, se han de anteponer, en este caso, al interés del socio de mantener su porcentaje de participación social<sup>82</sup>.

### 3. El bloqueo en decisiones de disolución y liquidación de la sociedad

La situación de enfrentamiento entre los socios paritarios, a falta de otras soluciones específicas en el Derecho de sociedades, por lo común se resuelve en la paralización de la Junta general, de modo que, aun cuando sea convocada, resulta imposible su funcionamiento y la adopción de acuerdos sociales en este órgano<sup>83</sup>. No obstante, el mantenimiento de la función de gestión de los administradores designados permite la conservación de la empresa que constituye el objeto social (cfr. art. 3631.a.9 y c.)<sup>84</sup>. Con todo, la existencia de pérdidas o la impo-

---

<sup>81</sup> A favor de considerar causa justificativa de la ampliación aquella que tenga por finalidad remover un eventual estado de insolvencia o una causa legal de disolución por desequilibrio patrimonial, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 14 de septiembre de 2007 (EDJ 2007/159289) en el caso «Mármol C., S. A.»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón (sec. 3.ª), de 17 de enero de 2007 (EDJ 2007/130901), en el caso «Obravil S. L.»; de la Audiencia Provincial de Pontevedra (sec. 1.ª), de 8 de mayo de 2003 (EDJ 2003/111532), en el caso «Castro EB, S. L.»; de la Audiencia Provincial de Navarra de 23 de septiembre de 1999 (AC 1999, 2161); y el Auto del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1) de Cádiz de 17 de enero de 2004 (AC 2005\162) en el caso «Pesquerías Almadraza, S. A.».

<sup>82</sup> Igualmente ocurrirá, verbigracia, cuando la modificación estatutaria atienda a la necesidad de ajustar el texto de su articulado a las exigencias de la Ley —así cuando se advierta la falta de relación entre el domicilio registral y el domicilio efectivo de la sociedad (*vid.* art. 9 LSC).

<sup>83</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2000 (EDJ2000/37061 y RJ 2000, 9209) ya puso de manifiesto que hay paralización en los casos de bloqueo efectivo en los que, aun celebrándose formalmente reuniones del órgano de administración y convocándose Juntas generales, no pueden lograrse acuerdos o los adoptados no se ejecutan, de modo que resulte imposible el funcionamiento de la sociedad.

<sup>84</sup> Recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 11 de junio de 2008 (núm. 208/2008, AC\2008\2358) una situación de bloqueo de la Junta general por dos socios

sibilidad de inscripción de acuerdos fuera de los expresamente autorizados en la ley crea una situación de bloqueo entre los socios que, en última instancia, se ha de resolver con la disolución obligatoria de la sociedad compartida (cfr. art. 363 LSC)<sup>85</sup>. En este punto, la obligación legal de instar la disolución judicial corres-

---

paritarios durante quince años. Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 1.ª) de 26 de mayo de 2006 (núm. 194/2003, JUR\2003\237363) en el caso «Barreiro y Curras S. L.», en su Fundamento de Derecho Primero, ante la incapacidad de convocatoria, de celebración, o de alcanzar las mayorías de votación exigidas, y las desavenencias habidas entre los socios paritarios enfrentados, expresa que: *«El funcionamiento del ente mercantil desde su formación evidencia la vida al margen de los formalismos de la LSRL, dado que no se celebran Juntas, los dos socios actúan con el apoyo de una gestoría y un banco para el buen fin de cuestiones laborales, fiscales y contables, se reparten los beneficios obtenidos en la tarea de pesca de bajura y, como dice la sentencia apelada, «la empresa funcionaba e incluso había mejorado últimamente sus resultados económicos». Un tema exclusivamente personal, esto es, la jubilación del actor y consiguiente dejación de la tarea de patrón del barco, con asunción de aquélla por el otro socio, edifica el fondo de la petición de disolución. A recordar que la voluntad unilateral no es, ni de lejos, razón legal habilitante»* y que *«si la Junta General está hibernada ello se debe a la común decisión de quienes representan la totalidad de las participaciones, que no hay bloqueo en la toma de acuerdos relativos al objeto social, que la explotación pesquera se ejecuta en análogas condiciones de resultado (o mejor) y la diferencia radica en el mencionado cambio en la persona del patrón del barco, que la intención plasmada en el acta notarial es ajena a la dinámica societaria en sentido estricto, que lo creado en octubre de 1998 actúa o puede actuar igualmente cuando se intenta su desaparición y que, en resumen, no concurre causa legal disolutoria, siendo irrelevantes las opiniones de marineros de la embarcación acerca de las relaciones interpersonales de los dos socios. Se antoja sumamente paradójico que lo que valía en la constitución y mientras un socio ejercía la función de dirección del buque, torne en inválido cuando por su jubilación y abandono de ese trabajo (permaneciendo invariable la vida social y el cumplimiento de su objeto) es el tenedor de la otra parte igual del capital quien asume no la gestión sino sólo el mando del pesquero cuando éste faena, sin mudar siquiera el sistema previo de distribución de lo obtenido por ventas, ni la función administrativa, ni la contable, sosteniendo o aumentando los réditos económicos de los servicios de pesca»*.

<sup>85</sup> Con remisión a la causa de disolución por la imposibilidad de realizar el fin social cuando se produce una situación de bloqueo entre socios paritarios, más allá de las meras desavenencias entre socios, que llevan a una abierta hostilidad entre ellos, las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3953), de 7 de abril de 2000 (RJ 2000, 2348), de 2 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1126) y de 25 de julio de 1995 (RJ 1995, 6201) que, en relación con las sentencias del Alto Tribunal de 15 de febrero de 1982 (RJ 1982, 685), de 3 de julio de 1967 (RJ 1967, 2939), de 25 de octubre de 1963 (RJ 1963, 4215), de 18 de enero (RJ 1962, 448) y de 13 de febrero de 1962 (RJ 1962, 696) considera que *«si en una Sociedad de Responsabilidad Limitada, integrada solo por dos socios, con igual participación e idénticas facultades de administración, al surgir desacuerdos entre los mismos podía acordarse su disolución, impetrada por uno de los socios con la oposición del otro, llegando a la conclusión afirmativa, y ello por cuanto, ante tan encontradas posturas, no podía adoptarse ninguna decisión que permitiera el desarrollo del fin social»*. Así, ante el voto favorable y contrario a la disolución de la sociedad de los dos accionistas paritarios, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de febrero de 1998, (núm. 209/1998, EDJ 1998/1122) de lo cual resulta *«una casi total paralización de actuación de los órganos de «I., S. A.» debida a la discrepancia surgida entre dos socios o grupos de socios, en los que cada uno tiene el 50 por cien de las acciones; que ello ha impedido el acuerdo mayoritario para aprobar, incluso, los balances de la sociedad; que, tampoco, se llegó al acuerdo para llevar a cabo la disolución... Esto así, conduce a la otra solución, o sea, la disolución de la sociedad, y al respecto, también hay que acudir a otra de las realidades fácticas: imposibilidad de acuerdo para llevar a cabo la disolución, por tanto, semejante disolución, con la consecuente apertura del período de liquidación»*. También, desde la

ponde al administrador, al no obtener ninguna otra solución desde la Junta general; pero, asimismo, en última instancia cualquier interesado puede promover la disolución de la sociedad y, en su caso, reclamar la responsabilidad del administrador pasivo (*vid.* art. 366 LSC)<sup>86</sup>.

perspectiva de la paralización de los órganos sociales como causa de disolución, acerca de la necesidad de una falta de posibilidad clara y definitiva de continuación, o de una situación de la que sea sumamente difícil salir y que la sociedad no pueda soportar sin grave quebranto para sus partícipes, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1974 (EDJ1974/338), de 5 de junio de 1978 (EDJ1978/188), de 15 de diciembre de 1982 y de 12 de noviembre de 1987 (EDJ1987/8239).

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 28 de abril de 2006 (núm. 169/2006, JUR\2006\272430) en el caso «entidad Valenciana de Servicios Técnicos de Carretillas, S. L.», acepta el bloqueo como causa de disolución, en su Fundamento de Derecho Tercero, cuando *«El caso más típico de aplicación de dicha causa lo han venido constituyendo las denominadas sociedades cerradas, cuyo exiguo número de socios propicia la formación de grupos enfrentados representativos de un similar porcentaje de participación o votos, consecuencia en lo cual es la provocación de continuos empates a la hora de las votaciones, lo cual impide la adopción de acuerdos y aboca a la sociedad a su disolución al no existir medio de dirimir el conflicto. Lógicamente no basta el hecho aislado del fracaso de una Junta o un desacuerdo puntual, sino que debe tratarse de un fenómeno previsiblemente duradero y que afecte a materias o temas de entidad, al propio fundamento de la sociedad o imposibilitando su normal funcionamiento. Efectivamente, deben reputarse comprendidos en esta causa, a excepción de la conclusión de la empresa que constituye el objeto de la sociedad, todos aquellos casos en que por unas u otras razones externas o internas sea imposible la realización de los fines sociales (sentencia del Tribunal Supremo de 3 jul. 1967 [RJ 1967, 2939]). Entre las razones externas estarán los posibles obstáculos naturales o los impedimentos de carácter técnico. Y los motivos internos pueden ser muy variados, e incluso debe reputarse supuesto de imposibilidad de realizar el fin social el hecho de que el funcionamiento de la sociedad se haga imposible por disensiones o diferencias entre los socios que paralizen la actividad de los órganos sociales, y en definitiva, la vida de la sociedad, pero en cualquier caso la Ley quiere que se trate de una imposibilidad manifiesta, es decir, clara y definitiva, o de una solución de la que prácticamente no sea posible salir y que la sociedad no pueda aguantar sin grave quebranto para los accionistas, no de meras dificultades funcionales transitorias y vencibles»*. En similares términos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 11 de junio de 2008 (núm. 208/2008, AC\2008\2358), en su Fundamento de Derecho Tercero, en referencia a que la *«Situación que puede considerarse como de auténtico e irremediable bloqueo social, no mera coyuntura o dificultad transitoria susceptible de mejora o superación. La actividad social no existe y la actividad mercantil se mantiene sobre una precaria e insuficiente gestión de hecho, que no representa ninguna garantía de continuidad para la relación societaria. Por ello es indudable la aplicación de la causa de disolución deducida de la paralización de los órganos sociales»*. Y la sentencia de Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), de 9 de mayo de 2001 (número 191/2001, JUR\2001\224655) que acude, en su Fundamento de Derecho Tercero, para acreditar la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento y los supuestos de patente hostilidad entre los socios que impiden la gestión y adopción de acuerdos sociales, como legítima causa de disolución, a la existencia de una serie interminable de denuncias y querellas criminales entre los socios, a la adopción de la medida judicial de designación de administradores judiciales, a la falta de aprobación de las cuentas sociales en varios ejercicios y a los pagos a terceros mediante consignación ante las discrepancias entre los socios.

<sup>86</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 15 de junio de 2010, (núm. 373/2010, CEN-DOJ:28079110012010100395) en el caso «Fellar, S. A.» contempla, en su Fundamento de Derecho Segundo, un supuesto de paralización de la Junta general de modo que hacía imposible el funcionamiento de la sociedad, en la que el Juzgado de Primera Instancia había desestimado la demanda de disolución al considerar que el órgano de administración estaba actuando de modo efectivo,

Esta situación de enfrentamiento, a su vez, introduce una nueva controversia entre los socios, pues aquel consocio que encuentre en el administrador a una persona afín, pretenderá generalmente que sea éste quien asuma la condición de liquidador social. Por el contrario, el consocio disconforme con el administrador social pretenderá la designación de un liquidador judicial. La Jurisprudencia se ha mostrado vacilante al respecto. Parece que, en línea de principio, al menos en la sociedad de responsabilidad limitada, a falta de designación expresa por la Junta general según el principio mayoritario, la *vacuum legis* se haya de integrar mediante la conversión *ipso iure* del administrador en liquidador social (cfr. art. 376.1 LSC). Pero, cuando en la sociedad paritaria se advierta un «abuso de igualdad», no parece ésta una solución ajustada a derecho; es decir, la situación de disolución puede traer causa del bloqueo auspiciado por el socio que guarde una cierta vinculación con el administrador. En estos casos, la conducta abusiva anterior infiere un riesgo de perjuicio para el socio que procura el ejercicio correcto de sus derechos. Por tanto, no parece una solución satisfactoria que el socio de bloqueo, además, con posterioridad, pueda adoptar una posición que favorezca la conversión del administrador afín en liquidador al objeto de procurarse una posición ventajosa en el proceso de liquidación<sup>87</sup>.

---

y no obstante estima la demanda por cuanto «*Aunque el precepto se refiere a los órganos, en plural, basta con que se paralice cualquiera de ellos, con tal que sea suficiente para producir aquella consecuencia negativa. Por otro lado, como el bloqueo del órgano de administración, al que corresponde permanentemente la gestión social y actuar por la sociedad en las relaciones con los terceros, podrá ser superada, normalmente, por la junta general, se entiende que, como regla, es la paralización de este órgano la verdaderamente causante de la disolución. La paralización de la junta general puede exteriorizarse no sólo mediante una imposibilidad de ser convocada o constituida, sino, también, mediante la de adoptar acuerdos y, por lo tanto, pese a que aquellas etapas precedentes se hubieran superado. En tal específico caso también se hace imposible el funcionamiento de la sociedad, cuya base asociativa impone que la voluntad de la mayoría sea tenida como la decisión social y sea eficazmente ejecutada.*»

<sup>87</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 30 de mayo de 2007 (núm. 601/2007 RJ \2007\3609) en el caso «Explotación Agrícola García Hermano, S. L.», en su Fundamento Tercero señala que «*Con arreglo al art. 110.1 LSRL, si no hay designación estatutaria, y la Junta General no los designa, opera la conversión automática en liquidadores de los que en el momento de la disolución eran administradores. Pero esta previsión legal es subsidiaria, y no justifica una actuación fraudulenta respecto de la previsión preferente —designación por la Junta—. Es cierto también que, en el caso, no hay la designación en los Estatutos, ni la Junta los designó. Sin embargo, no debe operar la conversión automática porque ha existido una conducta viciada de fraude, que el ordenamiento jurídico repudia (art. 6.4 CC) y los tribunales no deben amparar. La inactividad del grupo familiar de Dn. Ismael no respondió a disconformidad con la persona propuesta por la otra parte, pues no se dio ninguna razón o explicación al respecto. Aludir a que la designación de un tercero era antieconómica, no le excusaba de formular otra propuesta menos onerosa como la de sugerir la designación de miembros de los dos grupos o ramas familiares. La total pasividad premeditada respondió únicamente al propósito —tortícero— de monopolizar la función de liquidación, aprovechando el control total de Consejo de Administración, privando con ello de cualquier eficacia al precepto estatutario»... y «*exige procurar, dentro de lo posible que se efectúe por personas capacitadas y dotadas de las condiciones de objetividad e imparcialidad. De ahí que, como ocurre en el caso, cuando la previsión estatutaria es someter la designación de los administradores a la Junta de la sociedad, la falta de la mayoría al efecto, deba**

Cierto es que la regulación protege al socio mediante la extensión del régimen de responsabilidad de los administradores a los liquidadores de la sociedad (cfr. art. 375.2 LSC)<sup>88</sup>. Pero, al mismo tiempo, para la cobertura de vacantes, y a falta de designación por la Junta según el principio mayoritario, cualquier interesado puede solicitar la designación judicial (cfr. art. 377.2 LSC). Ahora bien, el supuesto de hecho de la norma se circunscribe a los casos de «fallecimiento o cese del liquidador único, de todos los liquidadores solidarios, de alguno de los liquidadores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los liquidadores que actúen colegiadamente, sin que existan suplentes». Se ha de plantear, no obstante, la extensión de su ámbito de aplicación a todos aquellos otros supuestos en los que exista un previo conflicto entre los socios que ponga en riesgo una solución de equilibrio de intereses. Por ello, en estos casos de previo «abuso de igualdad», la falta de designación por la Junta general, ante una situación de bloqueo, como

---

*ser sustituida por la designación judicial» y «Por último debe señalarse que la pretensión del grupo familiar de Dn. Ismael conculca asimismo el principio de la buena fe, conforme al cual deben ejercitarse los derechos (art. 7.1 CC), y, en definitiva, al margen de la calificación de fraude, constituye un ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC)».* Por otra parte, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 4 de marzo de 2000 (núm. 93/2000, EDJ 2000/6943) en el caso «Industrias del Bacalao J., S. L.», respecto de la existencia de causa de disolución ante la paralización de los órganos sociales, *«No puede admitirse que la Junta General no se ha constituido para pronunciarse sobre la disolución de la sociedad porque no ha sido convocada por los administradores de la sociedad en el plazo de dos meses, porque, como se ha puesto de manifiesto, uno de los socios D. Jesús ha instado y reiterado a su hermano para que se convoque la Junta incluyendo en el orden del día la cuestión sobre la disolución de la sociedad, y la respuesta ha sido de desconocimiento y evasión de cuanto se le solicitaba, cuando no de abierta negativa; es decir, que ha habido un requerimiento reiterado por parte del socio D. Jesús para que se convocase la Junta con esa finalidad. Por ello, acreditada la reiterada solicitud de convocatoria para la Junta General que tratase de la disolución de la sociedad, si el Administrador obligado a la convocatoria se muestra terne, remiso o negativo a la convocatoria en el plazo aproximado de dos años, llegando a una paralización de la voluntad social ante la falta de toma de acuerdos dirigidos al fin de la buena marcha de la empresa, ha de estimarse que falta una efectiva voluntad para discutir y proceder a la disolución; y, ante ello, esa imposibilidad de convocatoria para ese exclusivo fin, ha hecho irremediable la solicitud de disolución por vía judicial, para la que aparece, por lo expuesto, el socio demandante».*

<sup>88</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, secc. 1.ª) de 11 de abril de 2011 (número 229/2011, EDJ 2011/30423), en el caso «Altor Inmuebles, S. L.», se acuerda la conversión del administrador en liquidador con base, en su Fundamento Segundo, en que *«Puede suceder que concurriendo determinadas circunstancias objetivas (fraude; inidoneidad patente, manifiesta complejidad; imbricación de otras sociedades; etc.) pueda justificarse una medida judicial —de designación de liquidador, o de intervención—, pero se trata en todo caso de circunstancias excepcionales, que no se dan con desconfianzas subjetivas, o preparación de la situación mediante el ejercicio de acciones de responsabilidad social o de naturaleza penal, de resultado desconocido o incierto, por lo que basta, por lo general la operatividad de la responsabilidad a que está sujeto todo administrador-liquidador (art. 114 LSRL; art. 375.2 TRLSC)».* En esta misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de diciembre de 2005 (2006, 176130), en el caso «Ruiz Megalejo e hijos, S. L.», y de 11 de diciembre de 2007 (540/2007, AC 2008/2319), en el caso «Billastigi, S. L.»; y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 24 de enero de 2002 (25/2002, JUR 2002/134394), en el caso «Techos Esteve, S. L.», y de 25 de septiembre de 2007 (418/2007, JUR 2008/79424), en el caso «Guscar, S. A.».

un supuesto especial no contemplado por la norma, frente a la regla de consensos que rige la vida de las sociedades, debiera ser superado por este medio<sup>89</sup>. De acuerdo con lo anterior, la existencia de un conflicto entre los socios paritarios, ante la existencia *ex ante* de una vinculación del administrador social con uno de ellos, quien además propicia, con su actuación recalcitrante, la disolución de la sociedad, debiera autorizar al otro, al menos en protección de sus legítimos derechos, a solicitar la intervención de un liquidador judicial<sup>90</sup>. Con ello además se garantizaría la independencia del órgano social a fin de asegurar un ajustado reparto de las respectivas cuotas de liquidación<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007 (núm. 601/2007, RJ \2007\3609) que, en el caso «Explotación Agrícola García Hermano, S. L.», en su Fundamento Cuarto, considera que «Si hay igualdad de razón jurídica debe haber también identidad de disposición concreta (*ubi eadem ratio legis est, ibi cadem iuris dispositio*)... La aplicación del método analógico en el presente caso resulta clara. Existe un supuesto de hecho —el contemplado en el proceso— en el que, al no estimarse aplicable el art. 110.1 LSRL, se produce una laguna por falta de previsión legal específica. Hay una norma legal que se refiere a otros supuestos —fallecimiento o cese del liquidador—, que no coinciden con el que se enjuicia, pero con igualdad jurídica esencial —necesidad de nombramiento e inoperancia al respecto de la Junta General—. Y no existe disposición legal prohibitiva. Por ello, la decisión del juzgador «a quo» estimando la pretensión de designación judicial «ex» art. 110.3 LSRL es acertada». También, a falta de norma específica que resuelva el conflicto entre socios, recurren a esta vía analógica las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de enero de 1998 (14/1998, AC 1998\32); de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4.ª) de 10 de mayo de 1999 (303/1999, AC 1999, 961); de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 2.ª) de 8 de mayo de 2000 (AC 2000, 3411); de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª) de 8 de julio de 2002 (AC 2002, 252553); de la Audiencia Provincial de Salamanca de 25 de noviembre de 2002 (AC 2003, 66652); de la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9.ª) de 10 de mayo de 2003 (AC 2003, 171757), y en su Auto de 8 de abril de 2003 (JUR 2003, 171127); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 26 de enero de 2007 (JUR 2007, 156806); y de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4) de 2 diciembre de 2010 (AC 2011, 186); y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 16 de febrero de 2009 (AC 2009, 364).

<sup>90</sup> La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 30 de mayo de 2007 (núm. 601/2007, RJ \2007\3609) en el caso «Explotación Agrícola García Hermano, Sociedad Limitada», en su Fundamento Segundo, refleja que «Pues fuere la causa de la situación producida la desmedida ambición de control exclusivo por uno de los grupos familiares, o la excesiva inactividad o pasividad durante un tiempo del otro grupo, o ambas cosas a la vez, que parece lo más probable, lo cierto es que el grupo que venía ostentando el monopolio del control quiere aplicarlo también a la liquidación, en tanto el otro se manifiesta partidario de que esta liquidación se efectúe por una persona imparcial.... Lo que, como señalan los apelantes, encubre una actuación fraudulenta que no puede autorizar la conversión perseguida y debe justificar por razones de analogía la designación judicial del administrador o administradores que el art. 110.3 LSRL prevé para el supuesto, ciertamente distinto pero análogo, de que la Junta convocada al efecto no proceda al nombramiento de liquidadores, caso en el que cualquier interesado podrá solicitar su designación del Juez de primera instancia del domicilio social».

<sup>91</sup> Según la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 (RJ 2003, 5840) la «protección de los intereses contrapuestos de los socios y los acreedores sociales» exige procurar, dentro de lo posible, que se efectúe por personas capacitadas y dotadas de las condiciones de objetividad e imparcialidad.

### III. REMEDIOS A LA SITUACIÓN DE BLOQUEO

#### 1. Remedios convencionales

Al hilo de lo anterior, la práctica de las sociedades, en particular, desde la perspectiva de la «sociedad de sociedades», en la llamada «sociedad conjunta» («incorporated joint-venture»), ha desarrollado soluciones convencionales ante situaciones de bloqueo entre los socios. Junto a ello, los Códigos de buen gobierno han tratado de difuminar la influencia de los socios de control sobre el órgano de administración mediante el recurso a la figura de los administradores independientes<sup>92</sup>. Así, en primer lugar, desde la perspectiva de este último órgano, la designación de un administrador independiente de los socios, que pueda emitir un voto dirimente ante situaciones de divergentes en el órgano colegiado, puede introducir un mecanismo de superación de los conflictos personales entre los socios-administradores<sup>93</sup>. Incluso la división funcional de las figuras de presidente del Consejo y del consejero delegado entre los socios permite ordenar su posición en la sociedad en común. Y a todo ello se puede añadir la facultad del administrador independiente de solicitar la convocatoria del Consejo, de la inclusión de nuevos puntos en el orden del día, o de dirigir la evaluación de la labor desempeñada por los socios-administradores<sup>94</sup>. Yendo todavía más allá, la distri-

---

<sup>92</sup> En las grandes sociedades resalta GUERRA MARTÍN, G.: *El gobierno de las Sociedades Cotizadas Estadounidenses (Su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo)*, ed. Thompson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 428, la evolución de los administradores tradicionales, designados por los socios de control y encargados de gestionar y administrar la sociedad, hacia los administradores independientes del *management*, cuya labor se circunscribe al deber de vigilar y supervisar la gestión de los directivos.

<sup>93</sup> Esta función, incluso en situaciones de bloqueo en el órgano de administración, de modo que los Tribunales puedan designar un administrador provisional para dotar de operatividad a la sociedad, es señalada por RIPKEN, S. K.: «The provisional director remedy for corporate deadlock: a proposed model statute», *Washington and Lee Law Review*, vol. 60, núm. 1, 2003. pp. 111-181, p. 180-1.

<sup>94</sup> En esta línea, el Informe del grupo especial de trabajo sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas de 19 de mayo de 2006 («Informe Conthe»), en su recomendación decimoséptima, indica la conveniencia de separar las figuras del presidente y del primer ejecutivo o consejero delegado: «Que, cuando el Presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su Presidente». Ello trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea (2005/162/CE), de 15 de febrero de 2005, que en su apartado 3.2. dispone que «Las responsabilidades ejecutivas presentes o pasadas del presidente del consejo de administración o de supervisión no deberían impedirle ejercer una supervisión objetiva. En un consejo unitario, una de las posibles formas de garantizar esto es que los papeles de presidente y de director general estén separados; en los consejos unitarios y duales, una de las posibilidades puede ser que el director general no se convierta inmediatamente en presidente del consejo de administración o de supervisión. En casos en los que una empresa prefiera combinar los papeles de presidente y director general o nombrar inmediatamente como presidente del consejo de administración o de supervisión al antiguo director general, este hecho debe ir acompañado de la información sobre cualquier medida de salvaguardia aplicada.».

bución de tareas en comisiones ejecutivas o de control donde puedan participar uno de los socios paritarios y el administrador independiente puede evitar eventuales situaciones de desarmonía entre los socios y orientar la política de gestión hacia el interés social<sup>95</sup>. En este contexto, la formación de comités de auditoría, como órgano voluntario, puede actuar como un medio a través del cual encauzar las actuaciones desleales de cualquiera de los socios paritarios, especialmente cuando participen en el órgano de administración o tengan asignadas funciones ejecutivas<sup>96</sup>.

En estos casos, la labor encomendada al administrador independiente tendrá por objeto mantener como criterio rector de sus decisiones el interés social de la sociedad en común. Con ello se evita el riesgo implícito de que cualquiera de los consocios trate de obtener ventajas particulares de la sociedad en detrimento no ya del otro socio paritario, sino de la sociedad misma. Se asigna, así, al administrador independiente una función de vigilancia del funcionamiento orgánico de la sociedad. Aun cuando los socios puedan tener reticencias a la introducción en el órgano de administración de una persona ajena a ellos, su designación, en especial cuando atienda a su personal capacitación o profesionalidad, puede actuar de medida preventiva de las situaciones de bloqueo aludidas, al menos, en el órgano de administración<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> En la línea reseñada, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, en el capítulo dedicado a la responsabilidad de los miembros del Consejo de administración, atribuyen a este órgano las funciones de selección, retribución, control y sustitución de los ejecutivos principales, de acuerdo con los intereses de la sociedad y de los socios, y con las exigencias de transparencia. A ello se une la resolución de conflictos de interés, y la designación, a tal efecto, de miembros no ejecutivos del consejo de administración, como administradores independientes. Y, por último, la definición de las funciones, composición y procedimientos de las Comisiones que se establezcan.

<sup>96</sup> Estos criterios son apuntados por el anexo I de la Recomendación de la Comisión Europea, (2005/162/CE) de 15 de febrero de 2005, que, en su punto 4.3, establece que «8. *El comité de auditoría debe controlar el procedimiento en virtud del cual la empresa se atiene a las disposiciones en vigor relativas a la posibilidad de que los empleados señalen las irregularidades importantes que consideren se han podido cometer en la empresa presentando una reclamación o una denuncia anónima, normalmente a un administrador independiente, y garantizar que disponga lo necesario para una investigación proporcionada e independiente a este respecto, seguida de una actuación apropiada.*».

<sup>97</sup> La Recomendación de la Comisión Europea (2005/162/CE), de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de Consejos de administración o de supervisión, aplicables a las empresas que cotizan en un mercado secundario, en su apartado 12.2. establece que «2. *El administrador independiente se compromete: a) a mantener en todas las circunstancias su independencia de análisis, de decisión y de acción, b) a no buscar ni aceptar ventajas improcedentes que puedan comprometer su independencia...*». Y en este orden de cosas, el apartado segundo del Anexo II de la Recomendación, en su letra c) dispone que el administrador independiente se haya de comprometer «a expresar claramente su oposición en caso de que considere que alguna decisión del consejo de administración o de supervisión puede perjudicar a la empresa. Cuando el consejo de administración o de supervisión haya adoptado decisiones sobre las cuales algún administrador ejecutivo o supervisor tenga serias reservas, éste deberá extraer las consecuencias correspondientes...».

Por otra parte, la adopción de medidas tendentes a deshacer la situación de bloqueo por las posturas encontradas de los socios, tanto en acuerdos entre socios, como insertadas en la libertad de pactos reconocida, en principio, en la constitución de las sociedades de capital (cfr. art. 28 LSC), autoriza a que los socios paritarios puedan adoptar *ex ante* mecanismos preventivos. En este orden de cosas, en la previsión de eventuales situaciones de bloqueo, los socios pueden consensuar un plazo para negociar de buena fe, con la obligación de hacerlo de forma efectiva, e incluso sometidos a una responsabilidad por *culpa in contrahendo*, a fin de alcanzar un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas<sup>98</sup>. En este marco, el pacto puede incorporar la intervención de un mediador «swing-man», función que podría ser desarrollada por el administrador independiente<sup>99</sup>.

Finalmente, si tras todo el proceso de negociación no se alcanzase acuerdo alguno, en evitación de largos procesos judiciales, y ante la celeridad que normalmente requerirá la solución del bloqueo de los órganos sociales, especialmente de aquellos acuerdos que haya de adoptar la Junta general para salvaguardar la integridad del capital en relación con el patrimonio neto y para la conservación de la empresa, los socios pueden prever el sometimiento de la cuestión a arbitraje<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Sobre este particular y la exigencia, al menos, de una actuación negligente y de un nexo causal, por la violación de la confianza causante del daño en el otro precontratante, ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: *La culpa «in contrahendo»: (tratamiento en el derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Universidad del País Vasco, ed. Servicio Editorial, Bilbao, 1989, pp. 79 y ss, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El ámbito de responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, 1995, pp. 747-788, pp. 750-760.

<sup>99</sup> Téngase en cuenta que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de abril de 1989 (3408/1989) que, en referencia al Consejo de administración, excluyó que los estatutos sociales permitan recurrir, para solucionar la situación de bloqueo, a la designación de un tercero para que emita un voto de desempate. Por otra parte, tampoco pueden los estatutos atribuir un voto de calidad al presidente de la Junta general, según la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990 (RJ 8523/1990), como medio para resolver la situación de igualdad de votos a favor y votos en contra en la reunión de socios. Por otra parte, el reconocimiento de un voto de calidad, según señala el número 82 de la Comunicación de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01), no traduce el control conjunto en control exclusivo, cuando «únicamente puede ejercerse tras una serie de procedimientos de arbitraje y de tentativas de reconciliación o en un ámbito muy limitado o si el ejercicio del voto de calidad desencadena una opción de venta que implique una onerosa carga financiera o si la interdependencia mutua de las empresas matrices hace improbable el ejercicio del voto de calidad».

<sup>100</sup> Sobre este punto, ESTEBAN DE LA ROSA, F.: «Arbitraje y *joint venture*», RCEA, 1997, pp. 95-128. En general, acerca de la reciente tendencia a la admisibilidad del recurso al arbitraje en las sociedades de capital, en particular en la resolución de la impugnación de acuerdos sociales, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 y la Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1998, VICENT CHULIÀ, F.: «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», *Revista General de Derecho*, número 646-7, 1998, pp. 9355-9372; PICÓ I JUNOY, J., y VÁZQUEZ ALBERT, D.: «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales: nuevas tendencias y nuevos problemas», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 11, 1998, pp. 183-204; CARAZO LIÉBANA, M. J.: «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 229, 1998,

Dentro de la práctica internacional es frecuente el recurso al arbitraje de derecho por una cámara arbitral designada al efecto. No obstante, en defecto de declaración expresa y de conformidad con la aplicación analógica del artículo 1690 CC para el contrato de sociedad civil, el arbitraje por parte de tercero para resolución de la cuestión societaria se resolverá mediante un arbitraje de equidad<sup>101</sup>. Incluso dentro de este esquema, las partes pueden prever la facultad de un socio, ante situaciones de urgencia para la salvaguarda de la sociedad, de adoptar las medidas cautelares que permitan superar la situación de «necesidad» en la que se encuentre la sociedad, en todo caso, sometida al laudo arbitral resultante.

Como ha sido aludido, no obstante, fuera de los acuerdos entre sociedades para la constitución de la sociedad común, en las sociedades anónimas y limitadas con socios paritarios será moneda de uso frecuente la adopción de modelos estatutarios estándar y de una redacción de la escritura de constitución que únicamente comprenda las menciones obligatorias que exige la ley (cfr. art. 22 LSC). Empero, la particular posición de los socios en estas sociedades reclama la adopción de medidas preventivas para resolver eventuales situaciones de bloqueo «deadlock»<sup>102</sup>. Desde la práctica estadounidense se reconocen diferentes pactos entre socios dirigidos a dar una solución definitiva a estos enfrentamientos en la base social. Así, las cláusulas de acompañamiento o de arrastre («tag-along or drag-along clauses») pueden exigir que, en situaciones de bloqueo, los socios admitan que uno de ellos pueda encontrar a un tercero que asuma las participaciones de ambos, en conjunto, en la sociedad común<sup>103</sup>. Otros pactos pueden imponer la venta obligatoria («sellout») del socio que actuó en abuso de derecho o la opción contraria de compra («call option») a favor del consocio, especialmente cuando la controversia afecte a un área de actividad asignada, o cuando el administrador independiente, el mediador o el árbitro resuelva en contra de su preten-

---

pp. 1211-1222; GÓMEZ PORRÚA, J. M.: «18 de abril de 1998. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Sumisión a arbitraje», CCJC, núm. 48, 1998, pp. 1109-1132; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 11, 1998, pp. 335-362; BOTANA AGRA, M.: «Acerca de la sumisión a arbitraje de la impugnación de acuerdos de sociedades anónimas», *Der. Negs.*, núm. 100, 1999, pp. 9-20; NEILA NEILA, J. M.: «A vueltas sobre la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje en la impugnación de los acuerdos sociales», *La Ley*, núm. 3, 1999, pp. 2132-2136; y MUÑOZ PLANAS, J. M. y MUÑOZ PAREDES, J. M.: «La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238, 2000, pp. 1411-1478.

<sup>101</sup> Entre las causas de impugnación del laudo arbitral, la doctrina considera, junto a la falta de equidad, el incumplimiento de las instrucciones dadas por las partes. Véase VERDERA Y TUELLS, E.: «La solución de los conflictos: algunos aspectos del arbitraje», *Adquisición de sociedades no cotizadas*, coord. Acosta, R., Moreno-Luque, J. M. y Urquijo, J. L., ed. Deusto, 1994, Bilbao, pp. 311 y ss.

<sup>102</sup> DAINO, G.: «Tecniche di soluzione del deadlock: la disciplina contrattuale del disaccordo tra soci nelle joint ventures paritarie», *Diritto Commerciale Internazionale*, 1988, pp. 151 y ss.

<sup>103</sup> SÁEZ LACAVE, M. A., y BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: «Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad. A vueltas con los pactos de tag- y de drag-along», *Indret*, núm. 1, 2007, p. 1 y ss., pp. 8-37, y en *Revista de Derecho de Sociedades*, vol. 28, 2007, pp. 133-159.

sión el conflicto planteado. Junto a lo anterior y en evitación de la dilación en la resolución de la cuestión, también los socios pueden pactar cláusulas de «ruleta rusa». Según su contenido, el socio disconforme podrá fijar el precio de las participaciones o las acciones y el consocio, por su parte, habrá de decidir entre adquirirlas o vender las suyas, al mismo precio o con una determinada prima, según las reglas prefijadas en el acuerdo<sup>104</sup>.

## 2. Remedios legales: El abuso de derecho

### A) *La indemnización de los daños y perjuicios causados*

Como ha sido advertido, los socios paritarios, tanto en sus relaciones como en su actuación en los órganos sociales, particularmente en la Junta general, se sujetan a los principios generales de la corrección y la buena fe<sup>105</sup>. Por otra parte, el

---

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *ob. cit.*, p. 5.476. Respecto de estas cláusulas contractuales provenientes de los contratos de accionistas en la empresa o sociedad común o conjunta, MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, pp. 343-349 PAULEAU, C.: *ob. cit.*, pp. 207 y 601-640; y GALEOTE MUÑOZ, P.: *ob. cit.*, pp. 81-4. Acerca de la necesidad de redactar la referida cláusula con la suficiente claridad en cuanto a la fijación del precio, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de febrero de 1998 (núm. 209/1998, EDJ 1998/1122) ante una cláusula de un «contrato entre accionistas», con el siguiente dictado: «Si en los órganos de gobierno de “P., S. A.” y/o... se produjera un desacuerdo entre los representantes de “Business Press G.” y “Ediciones S., S. A.”, de tal naturaleza que ello afectara al normal desenvolvimiento de las actividades de la sociedad, cada una de las partes tendrá el derecho de ofrecer a la otra la totalidad de sus acciones para separarse de la sociedad, indicando el precio de las mismas, la forma de pago y el plazo en que deberá llevarse a efecto la compraventa. La parte que reciba dicha oferta, notificará su aceptación o rechazo de la misma. En este último caso, la parte que realizó la oferta quedará obligada de inmediato a comprar todas las acciones de la parte que recibió la oferta en los mismos términos y condiciones en que la oferta fue formulada y la parte que recibió la oferta quedará obligada a vender sus acciones en las mismas condiciones al oferente», y que dio lugar, debido al enfrentamiento de los socios paritarios, a que «“Business Press G.”, en uso de la facultad prevista en la cláusula 11, comunicó a “Ediciones S., S. A.” su decisión de ofertar la venta de las acciones de su propiedad en “I., S. A.” y en otra denominada “P., S. A.” por la cantidad de 10.000.000.- pesetas, precio adecuado atendiendo el informe de “A.”, sin embargo, “Ediciones S., S. A.” propuso una venta, también, en la increíble suma de 219.200.000.- pesetas, pese a la situación deficitaria de “I., S. A.” y de “P., S. A.”», y ante la pretensión de «“Business Press G.” decidió hacer uso, a su vez, de lo previsto en la citada estipulación al objeto de que fuera “Ediciones S., S. A.” la que adquiriera sus acciones, siempre y cuando que garantizara el pago del precio, considera que la referida cláusula 11 no prevé mecanismo alguno acerca del caso de inexistencia de acuerdo sobre el ofrecimiento de la venta o compra de las acciones para el supuesto en ella descrito, o para el caso de que la oferente, si la contraparte rechaza la oferta, sea la que deba adquirir las acciones. Sin embargo, la carencia del mecanismo expresado no tiene relevancia en el caso que nos ocupa ya que las realidades fácticas que fueron relacionadas en el primer fundamento de la presente, han quedado incólumes en casación, mereciendo ser destacadas, entre ellas, las relativas a la existencia de la discrepancia entre los socios y a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre la interpretación de la ya mencionada cláusula 11, con lo cual, la solución contemplada en la cláusula no tiene viabilidad alguna».

<sup>105</sup> Entre la doctrina de derecho comparado y en relación con la buena fe y la corrección, «good faith and fair dealing», STEELE, M. T.: «Freedom of contract and default contractual duties in

«interés social» emerge al Derecho de sociedades como la brújula del comportamiento debido de los socios que comparten la sociedad común. A la luz de los grupos de casos apuntados, en unas ocasiones mediante una conducta activa (vgr., exigencia de distribución de ganancias cuando exista un interés social preferente), en otras mediante una conducta pasiva u obstruccionista (vgr., abstención o negativa a un acuerdo necesario para la pervivencia de la sociedad) puede el socio actuar con extralimitación de sus facultades en el ejercicio de sus derechos. A todo ello se puede añadir el ejercicio abusivo de los derechos individuales de socio y de los derechos de la minoría, que constituyen una vertiente diferente del abuso del socio en situación de igualdad.

Con su conducta u omisión puede el socio paritario comprometer gravemente el interés social y el funcionamiento normal de los órganos sociales<sup>106</sup>. Desde esta perspectiva se ha de valorar la particular relación entre los socios y el desarrollo de los deberes recíprocos de colaboración en la empresa común. Así, toda conducta u omisión que se realice con manifiesta intención de procurar un beneficio personal al socio paritario y que, a su vez, sea susceptible de producir un daño a la sociedad, se ha de integrar en la doctrina del abuso de derecho. Ahora bien, el perjuicio al interés social no encuentra sanción específica dentro del derecho de sociedades fuera de la impugnación de acuerdos que lo lesionen y de la responsabilidad de los administradores sociales mediante las correspondientes acciones sociales de responsabilidad (cfr. arts. 204 y 238 LSC). Por ello, la necesidad de integrar estas conductas como una especialidad de la doctrina del «abuso de derecho» del artículo 7.2 del Código Civil, dentro de los grupos de casos apuntados, como expresiones paradigmáticas, del abuso de igualdad por el socio paritario<sup>107</sup>. Esta doctrina general de derecho extiende su aplicación al Derecho de sociedades, cuando, ante un conflicto entre los socios, se haya de anteponer el interés social a la conducta discrecional de cualquiera de ellos. Esta conducta, cuando se oponga no ya a la postura mantenida por el otro socio paritario, sino al interés social mismo, se ha de considerar un uso antisocial de sus derechos de socio. Así, los deberes de corrección, fidelidad y colaboración, manifestaciones de la *affectio societatis*, exigen que el socio no ejercite sus derechos (vgr., el de voto), al amparo

---

Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies», *American Business Law Journal*, núm. 46, 2009, pp. 221-242, p. 232, y ZÖLLNER, W.: «Treuepflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht», *ZHR*, núm. 162, 1998, pp. 235-248, p. 237.

<sup>106</sup> En la misma línea, si bien respecto del minoritario, BOIZARD, M.: «L'abus de minorité», *Revue sociétés*, 1988, pp. 365-377, p. 368.

<sup>107</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Art. 7», en *Comentario del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 57 y ss.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: «La prohibición del abuso de derecho como principio jurídico», en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 2 («Teoría y metodología del Derecho»), ed. Dykinson, 2008, pp. 1043-1064; y LÓPEZ ESCUDERO, M.: «Prohibición de abuso de derecho», en *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (comentario artículo por artículo)*, (dir. MANGAS MARTÍN y coord. GONZÁLEZ ALONSO), 2008, ed. Fundación BBVA, Bilbao, pp. 870-880.

espurio de una norma que formalmente se presente como legal, con un fin ilegítimo o con la intención de perjudicar al interés social.

En las situaciones de control paritario, el desvío del interés social aparece como la espoleta de la aplicación del abuso de la igualdad. En esta línea, cualquier comportamiento sistemático tendente a procurar una paralización de los órganos sociales y un anormal desarrollo del fin social debe ser traído a la esfera del abuso de derecho. Por ello se ha de acudir a la conducta activa de uno de los socios paritarios, tendente a procurar que los órganos sociales cumplan la función que tienen asignada en la sociedad y el correcto desenvolvimiento de la empresa que constituya el objeto social, para advertir una conducta obstruccionista del otro socio, que no se atenga a los deberes de fidelidad, corrección y colaboración antedichos. Y todo lo anterior se ha de poner en relación con los principios de conservación de la empresa y de integridad de su capital social y de su patrimonio, en tutela también de los acreedores sociales y de los trabajadores<sup>108</sup>. En este sentido, la conducta de bloqueo habrá de tener una incidencia relevante en las esferas orgánicas o funcionales de la sociedad, con el conocimiento del socio paritario de atender con ella a un interés extrasocial, personal o de tercero, en perjuicio de la integridad patrimonial de la sociedad. Sólo en estos casos, de particular trascendencia para el devenir de la sociedad, operarán las soluciones provenientes desde la doctrina del abuso de derecho por abuso de igualdad, siempre y cuando se advierta que el ejercicio del derecho se realiza con una extralimitación manifiesta o con una superación de sus límites normales, de forma evidente y grave<sup>109</sup>.

Entre las soluciones que dispensa la doctrina del abuso de derecho, con ponderación de las circunstancias concurrentes y del objeto sobre el cual recae el abuso, el artículo 7.2 CC, en primer lugar, reconoce el derecho del perjudicado a reclamar la indemnización del daño producido. La conducta del socio paritario que actúe contra el interés social exige la reparación del daño causado a la sociedad por su conducta dolosa o contraria a la buena fe. No obstante, en ocasiones, la relación con la administración puede determinar la necesidad de extender al otro socio la legitimación para actuar en nombre y provecho de la sociedad, por lo cual se ha de seguir por vía analógica la solución del artículo 239 LSC, que permite a la minoría accionar para reclamar la responsabilidad del administrador social en defecto de acuerdo por la Junta general. En esta misma línea, cuando el abuso no sea individual del socio de bloqueo, sino en ejercicio de un bloqueo

---

<sup>108</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *ob. cit.*, p. 239, advierte que, aun cuando los socios acuerden actuar de forma contraria al interés de la sociedad, la concurrencia en ella de otros intereses, como los de los acreedores y trabajadores, exige que el incumplimiento del deber de fidelidad hacia la sociedad haya de resolverse desde la perspectiva del abuso de derecho (nota 553).

<sup>109</sup> No ocurre así cuando la oposición del consocio se funde en defectos en la gestión y en la falta de información por el administrador afín al socio, tal y como acontece en la sentencia del Tribunal de la Casación comercial francesa de 8 de julio de 1997, con observaciones de LEPOUTRE, M.: *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 980.

conjunto por parte de un grupo de personas vinculadas o que actúen en concierto y de modo colusorio, el administrador o, en su defecto, el socio que actúe en defensa del interés social ha de poder reclamar de cualquiera de ellos el perjuicio causado a la sociedad. El principio de la solidaridad que reside en el ámbito mercantil y que se extiende a la exigencia de responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital y de los socios por deudas en las sociedades personalistas, debe *analogia iuris*, ser trasladado a los socios que concertadamente mantengan una posición paritaria conjunta de bloqueo en perjuicio de la sociedad<sup>110</sup>.

Por otra parte, en caso de producirse la disolución de la sociedad como consecuencia de la paralización de los órganos sociales y/o la imposibilidad manifiesta de alcanzar el fin social, como consecuencia de la postura manifiestamente antisocial del socio paritario y tras la reparación del daño producido, se ha de advertir la posibilidad de reactivar la sociedad (*vid.* art. 370 LSC). No obstante, cuando se haya producido el reparto de la cuota de liquidación entre los socios, la reparación se habrá de satisfacer al socio que cumplió con sus respectivos deberes en la sociedad, adoptando las medidas conducentes a tratar de evitar la situación de abuso y el perjuicio al interés social.

#### B) La nulidad y la designación de un tercero como medida correctora

La adopción de medidas de bloqueo abusivo no conjuga convenientemente con el régimen de la impugnación de acuerdos sociales que lesionen el interés social (art. 204.1 LSC). A diferencia de lo anterior, la conducta negativa a la adopción de un acuerdo necesario o útil para el interés social, basado en un interés extrasocial particular del socio que adopta tal postura, no encuentra acomodo en el régimen de impugnación aludido. A la luz del artículo 7.2 CC, además de la indemnización de daños y perjuicios, el juzgador puede adoptar cualesquiera otras medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, y entre ellas la nulidad de ejercicio del derecho<sup>111</sup>. Pero generalmente el abuso de igualdad no entraña una conducta positiva, sino más bien, al contrario, un voto

<sup>110</sup> *Vid.* la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 22 enero de 2008 (AC\2008\357) en el caso «Marketing Merchandaising 2000 S. L.» cuando en su Fundamento de Derecho Séptimo, si bien con referencia en la doctrina del «alzamiento del velo de la personalidad jurídica», y ante una sociedad participada por dos socios, padre e hijo, y señalada la responsabilidad del padre, como socio paritario, declara que «se puede penetrar en el sustrato real de la sociedad, comprobando la realidad material más allá de la formal, declarándose que el codemandado empleó el “paraguas” de la sociedad mercantil y de un administrador, para ocultar que realmente se trataba un negocio de la familia, encabezada por él mismo, lo que conduce a que, en función de los argumentos expuestos en los anteriores fundamentos, se deba declarar su responsabilidad por las deudas sociales, ya que fue él, junto con su hijo, los que con su conducta condujeron a la sociedad hacia la situación de endeudamiento actual».

<sup>111</sup> Favorable a su aplicación, aun cuando el voto sea negativo, MARTINES, M. P.: «L’abuso di minoranza nelle società di capitali», *Contr. e impr.*, 1997, pp. 1184-1211, p. 1210.

negativo para la adopción del acuerdo en la Junta general o, incluso, en determinados supuestos, un desinterés por la adopción del acuerdo, que lleva al socio de bloqueo a ausentarse de la reunión, a fin de evitar su aprobación<sup>112</sup>.

Al hilo de lo anterior, las soluciones se han de compatibilizar con la amplitud con la que del artículo 7.2 CC permite la adopción de las medidas judiciales o administrativas necesarias para impedir la persistencia del abuso<sup>113</sup>. En este marco, algunas jurisdicciones de Derecho comparado han optado por la remisión de la emisión del voto al régimen de las obligaciones de hacer de carácter no personalísimo y, de este modo, permiten la sustitución del ejercicio del derecho del socio por el de otra persona, que actuará como representante judicial del socio de bloqueo<sup>114</sup>. No obstante, no parece ésta una solución que compagine adecuadamente con la naturaleza del ejercicio del derecho de voto, como emisión de una declaración de voluntad por el socio, ni que resuelva convenientemente la situación de confrontación de los socios. En primer lugar, esta situación requiere de una solución dotada de la celeridad propia del tráfico mercantil. Por otro lado, la solución de propiciar un acuerdo concreto en la Junta general, de modo ejecutivo, no desata el nudo gordiano de la paralización de los órganos sociales y, en su caso, de la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social. Estas circunstancias, en última instancia, operan como causas de disolución de la sociedad, medida que desde el punto de vista de la política legislativa, en atención a los intereses concurrentes, no aparece como una solución satisfactoria ante una conducta pertinaz de bloqueo del socio que abuse de su posición jurídica.

### 3. Otras soluciones: la exclusión del socio o la compra obligatoria de su participación

Además de declarar la validez o nulidad del voto del socio paritario, corresponde al juzgador ponderar las circunstancias en que se encuentra el socio paritario en relación con la facultad de bloqueo atribuida por el principio mayoritario

---

<sup>112</sup> Por otra parte, el Tribunal de casación comercial francés, en sentencia de 31 de marzo de 2009 (FS-D, núm. 08-11.860) recoge un supuesto de abuso de igualdad ante la negativa de uno de los socios paritarios, sin causa justificada, a votar la fijación de una remuneración para el gerente de la sociedad.

<sup>113</sup> GOWER y DAVIES, P. L.: *ob. cit.*, pp. 702-4, en relación con el artículo 996.2 de la *Companies Act* inglesa de 2006.

<sup>114</sup> No obstante, como indica MONSALLIER-SAINTMLEUX, M. C.: *ob. cit.*, p. 1344, con referencia en la sentencia de la Casación francesa de 16 de diciembre de 2009, si bien referida a una «société civile immobilière», el principio de no interferencia en los asuntos sociales impide que el juez pueda dar instrucciones al mandatario *ad hoc* acerca del sentido de la función encomendada. Acerca del carácter excepcional de esta medida, LECOURT, B.: «La designation d'un administrateur provisoire est un mesure exceptionnelle, qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un dommage imminent», note sous Com., 25 janv. 2005, *Revue des sociétés*, 2005, pp. 828-839, pp. 835-9.

que rige en las sociedades de capital. A ello se añade la conducta contraria a la necesidad u oportunidad de adoptar medidas en tutela del interés social. Tal y como ha sido apuntado, la nulidad de un voto o la integración de la voluntad del socio paritario en caso de su ausencia en la Junta general constituye una medida *ad hoc* que no permite resolver situaciones sistemáticas de bloqueo que lleven a una paralización de los órganos sociales o a una imposibilidad de alcanzar el fin social<sup>115</sup>. De esta situación de isquemia societaria, desde la posición de socio paritario, resultará, en última instancia, la necrosis de la Junta general y con ella la disolución y posterior liquidación de la sociedad. A fin de evitar tal consecuencia, la doctrina del abuso de derecho permite al juez la adopción de las medidas judiciales o administrativas que estime oportunas para impedir la persistencia del abuso.

Según el actual sistema de sociedades de capital, el régimen de exclusión de los socios, en consideración a las causas tasadas en la ley, no permite que el socio que adopte una postura abusiva pueda ser excluido de la sociedad<sup>116</sup>. No obstante, nada impide que la condena por comportamiento en abuso de derecho en perjuicio del interés social sea incorporada a los estatutos como causa de exclusión<sup>117</sup>. De otra parte, la redacción de una cláusula estatutaria de este estilo habría de respetar el procedimiento y las garantías legales de exclusión de los socios<sup>118</sup>. En este

<sup>115</sup> Como indica POLO SÁNCHEZ, E.: «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles», *Butlletí del Tribunal Arbitral de Barcelona*, núm. 4, 1992, pp. 65-100, p. 90, antes que el recurso constante al arbitraje, la disolución de la sociedad se presenta como la mejor solución.

<sup>116</sup> No obstante, como reclama ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Conflictos infrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, pp. 1079-1142, p. 1081, la exclusión debiera ser perfilada como un derivado natural de las exigencias de la buena fe. Acerca de este particular régimen legal, LEÑA FERNÁNDEZ, R., y RUEDA PÉREZ, M. A.: *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, ed. Comares, Granada, 1997; BORNARDELL LENZANO, R., y CABANAS TREJO, R.: *Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Aranzadi, Navarra, 1998; FRAMÍÑAN SANTAS, F. J.: *La exclusión del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Comares, Granada, 2005; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y CAMPINS VARGAS, A.: «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en *Homenaje Sánchez Calero*, cit., vol. III, pp. 3151-3188; PÉREZ RODRÍGUEZ, A.: «La exclusión de socios: ¿Disolución parcial» de la sociedad o «salida forzosa» del socio?», *CDC*, núm. 44, 2005, pp. 11-51; y RECALDE CASTELLS, A.: «Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 6 de marzo de 1992», *La Ley*, 1993, pp. 304-316.

<sup>117</sup> Sobre el ámbito de aplicación del régimen legal, PERALES VISCASILLAS, M. P.: «Origen, evolución y tendencias actuales del *appraisal right* estadounidense (El derecho de separación y de exclusión del socio)», *AC*, núm. 2, 2000, pp. 763-811. FRAMÍÑAN SANTAS, F. J.: *ob. cit.*, p. 147, entiende que las razones estatutarias que justifiquen la exclusión no tienen que consistir específicamente en el incumplimiento de obligaciones societarias, sino que pueden extenderse a cualquier daño al interés de la sociedad.

<sup>118</sup> Resolución de la DGRN, de 30 de marzo de 1999 (EDD 1999/4139 RJ 2189), caso «Pizarrias B., S. L.»: «En efecto, si bien la jurisprudencia constitucional no niega en su interpretación del artículo 22 de la Constitución Española la potestad de autoorganización de las asociaciones

supuesto, además, la existencia en un conflicto de intereses, dentro de las especialidades de la sociedad de responsabilidad limitada, permitiría al socio paritario obtener la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo de exclusión en la Junta general (cfr. art. 190 en relación con el art. 199.b. LSC)<sup>119</sup>. En cualquier caso, la exclusión requerirá, al hilo de lo señalado, bien de la mediación de condena de indemnizar a la sociedad, que, como se ha indicado, se conforma como una de las acciones dimanantes del abuso de derecho, bien, ante la disconformidad del socio afectado, de resolución judicial firme que ratifique la existencia de una causa de exclusión<sup>120</sup>.

---

*que les permita determinar en los Estatutos las causas de expulsión de sus socios, no es posible, según jurisprudencia reiterada, que bajo ese manto normativo se establezca una auténtica jurisdicción privada, que imponga decisiones graves para los socios tales como la expulsión de la sociedad. Las facultades de autoorganización social no pueden suplantar el derecho a la tutela judicial efectiva ni obstaculizarlo con mecanismos complicados, por lo que, en el caso planteado, debe supeditarse a la autoridad judicial la decisión sobre la exclusión del socio, lo cual, por otra parte, es coherente con la atribución en exclusiva a Jueces y Tribunales de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 de la Constitución Española).».*

<sup>119</sup> MARTINES, M. P.: ob. cit., p. 1.186, distingue entre el «quórum constitutivo», en el que participan todos los socios en conflicto de interés con la sociedad, y el «quorum deliberativo», que se calcula sustrayendo del capital social las acciones en conflicto de intereses para romper el equilibrio en las sociedades de capital entre los socios paritarios.

<sup>120</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.ª), de 3 de febrero de 2009 (núm. 10/2009, JUR\2009\315360) en el caso «Petroteros Quintanar S. L. y Hermoza S. L.» en el que, según su fundamento de Derecho Segundo, «*el recurrente y su familia que poseen el 50 por cien de las participaciones de cada una de las dos empresas mencionadas solicitan la exclusión del partícipe que posee el otro 50 por cien de las participaciones de cada una de las dos empresas mencionadas, continuando la actividad de cada una de ellas, y ello, por la situación del bloqueo que sufren ambas empresas, dado el enfrentamiento que existe entre las dos familias que participan a partes iguales 50 por cien en cada una de dichas empresas*», considera que «*se pide la exclusión del otro partícipe que tiene idéntico porcentaje, aun cuando este socio haya incumplido sus obligaciones societarias, es decir haya incurrido en una causa de exclusión de las contempladas en el artículo 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tal pretensión es inviable, por una aplicación del artículo 99 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que regula el procedimiento de exclusión, porque es obvio que si el primer requisito es el acuerdo de la mayoría de la Junta General de partícipes, esta mayoría nunca se va a producir cuando de un enfrentamiento como ambas partes reconocen, existe*». No obstante, obvia tanto el régimen del conflicto de intereses del socio ante un supuesto de exclusión como la facultad reconocida en el apartado tercero del artículo 352 LSC, de cualquier socio que haya votado a favor de la exclusión de ejercitar la acción judicial de exclusión, tal y como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 30 de enero de 2004 (número 38/2004, AC\2004\706) en el caso «Biojerez, S. L.», en el que «*se ha de considerar que la sociedad que nos ocupa sólo se compone de dos socios cada uno con el 50 por cien del capital social, que el socio que se pretende excluir es el socio administrador por estar en causa legal de exclusión al ser socio administrador que ha incumplido las normas sobre competencia leal, resultando así acreditado en la sentencia que se recurre y a cuya decisión se ha aquietado el administrador, como consecuencia de tal circunstancia es evidente que por un lado concurre el requisito objetivo que determina el ejercicio de la acción y por otro que por el lógico enfrentamiento existente entre las dos partes es imposible celebrar un junta general, de hecho consta acreditado que el apelante en Junta general solicitó la exclusión del socio administrador si bien como no podía ser de otra manera aquél se opuso, por lo que resulta impensable y fuera de toda lógica que el administrador cuya exclusión se pretende acuerde en Junta el ejercicio de la acción de exclusión y aún menos que la ejecute en*

En atención al estado actual del derecho positivo de sociedades y ante esta situación paritaria en la que se produzca un bloqueo sistemático del normal funcionamiento de la sociedad, con elusión, por uno de los socios, de la *affectio societatis*, de *lege ferenda* debiera permitirse al consocio la promoción de la continuación de la sociedad. Ello puede lograrse por diferentes mecanismos. Uno,

---

*nombre de la sociedad, ello unido al hecho acreditado de que cada socio tiene un 50 por cien del capital social y por tanto de conformidad con el precepto comentado la exclusión del socio administrador requiere resolución judicial, así como que el socio está legitimado para ejercitar la acción en nombre de la sociedad si en el plazo de un mes no se ejercita la acción, en cuanto que consta que el socio administrador se opone a la exclusión, se considera que el socio está legitimado para ejercitar la acción que en todo caso requiere resolución judicial y que dada las circunstancias que concurren es inviable que la sociedad la pueda ejercitar y en cuanto que concurren los requisitos exigidos para que un socio pueda ejercitarla, nos parece que se ha de aplicar la Ley con menor rigorismo, en cuanto que no se produce ninguna indefensión ya que sólo afecta dicha interpretación a la forma, pues en todo caso es el tribunal quien deberá determinar si existe o no causa de exclusión y por otra parte la aplicación automática de la Ley produce el efecto no querido de hacer inviable por un mero formalismo el ejercicio de un derecho legítimo y reconocido de instar la acción de exclusión existiendo causa legal, cuando a mayor abundamiento el que la formalidad no se cumpla se debe única y exclusivamente a la propia inactividad de la parte a quien le perjudica el ejercicio de la acción, pero que como administrador es quien tiene en su poder de decisión actuar en nombre de la sociedad, celebrar la Junta y hacer que se cumplan las formalidades dichas, en consecuencia es parecer de esta sala que en el caso que nos ocupa y por las circunstancias citadas la parte apelante está legitimada para ejercitar la acción que procede admitir al quedar probado que el socio administrador está incurso en causa de exclusión de conformidad con lo establecido en el art. 98 de la LRS. L.», y en su Fundamento de Derecho Tercero, considera que «queda probado que la situación a la que se ha llegado, se ha debido de forma clara y evidente a la actitud adoptada por el administrador que además de no haber ejercido su función de tal, paralizándolo la actividad, pues consta que aún no se han aprobado las cuentas de los años anteriores como era su obligación convocar a Junta para su aprobación, ha realizado una actividad que le estaba prohibida en su condición de socio administrador como es realizar de forma paralela y a través de una sociedad familiar igual objeto social sin tener el consentimiento exigido pero además utilizando los medios de Bio Jerez como queda probado del testimonio del hijo que es el administrador de la sociedad familiar, en suma ha actuado con mala fe en el ejercicio de su condición de socio administrador perjudicando a la sociedad Bio Jerez de la que forma parte y ha sido el detonante de los enfrentamientos, la imposibilidad de reunirse en Juntas, acordar decisiones, etc. ..., si bien se comparte con el juzgador que es una situación anómala pues en este momento y por resoluciones judiciales la sociedad queda sin órganos, se ha de tener en cuenta que se trata de una situación coyuntural, que la misma ha sido provocada por el propio administrador que no ha actuado con la diligencia que le era exigible por el contrario ha propiciado la inactividad de la empresa y de ello se ha aprovechado, por lo que repugna al principio de la buena fe contractual, a la equidad así como al mantenimiento de una sociedad que la voluntad unilateral de una parte que además tenía el cargo de administrador y con intereses ajenos a los de la sociedad sino propios y exclusivos, consiga la disolución de una sociedad en la que aparentemente no existen otros problemas que los derivados del enfrentamiento que el mismo ha propiciado, por tanto aun admitiendo que la situación que se crea es anómala, dado que esta sentencia opta además por la exclusión del socio administrador, se considera que extinguido el obstáculo que supondría mantenerse como socio, no se aprecian que concurren otras circunstancias o causas legales que impliquen la disolución de la sociedad, que al menos y de lo que consta en autos puede subsistir con un único socio que lógicamente tendrá la condición de administrador, procediendo por tanto a la estimación del recurso por este motivo y la revocación de la sentencia al entender improcedente acordar la disolución de la sociedad».*

mediante la extensión de las causas de exclusión al socio que haya actuado de forma abusiva en el ejercicio de sus derechos de socio, dejando la vía expedita al socio fiel para adoptar las medidas convenientes para la salvaguarda de la sociedad de capital<sup>121</sup>. De igual modo que la remoción de la causa de disolución en el caso de la reactivación de la sociedad, la venta obligatoria de la participación del socio que haya actuado en abuso de derecho permitiría al socio continuar con la actividad económica en la forma de sociedad una vez desligado del consocio recalcitrante. En paralelo a la práctica convencional en el Derecho de sociedades, en particular en los casos de la sociedad conjunta o *joint-venture*, como solución al abuso de derecho se debería admitir la facultad del socio que resulte afectado y compelido por la conducta antisocial de su consocio, que lleva a la sociedad a una situación de bloqueo y que deriva en causa de disolución, a promover una «acción de reactivación» de la sociedad. El interés de la sociedad con una actividad económica eficiente en el mercado y del socio fiel así lo reclaman; como también otros intereses implicados en la sociedad, más allá del interés particular de uno de los socios, en particular de acreedores y trabajadores, y del mercado en general. Junto a esta posibilidad, la pretensión de una acción de venta obligatoria (*sellout* en la terminología anglosajona) aparece como un remedio añadido que permite superar esta situación de bloqueo en el normal funcionamiento de la sociedad<sup>122</sup>.

#### IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El conflicto entre socios paritarios en las sociedades de capital entraña una serie de peculiaridades que han de ser tomadas en consideración en la especial situación de la conformación de la voluntad social y del «control negativo» sobre la sociedad conjunta. Aunque el conflicto no suponga *ipso iure* una causa de disolución de la sociedad, cuando no afecte al órgano de administración, la ruptura del principio de fidelidad entre los socios y la ausencia de *affectio societatis* constituyen un motivo de bloqueo social. Esta situación de bloqueo, que se pro-

---

<sup>121</sup> El artículo 242 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués, en su apartado primero, permite la exclusión judicial del socio de la sociedad limitada («sociedade por quotas») que mediante un comportamiento desleal o gravemente perturbador del funcionamiento de la sociedad, le haya causado o le pueda causar perjuicios relevantes. En este punto, TRIUNFANTE, A. M.: *A Tutela das Minorias nas sociedades anónimas*, Coimbra, 2004, pp. 437 y ss., se muestra favorable a su extensión a las sociedades anónimas cerradas.

<sup>122</sup> La medida por la que el Tribunal imponga, a instancia de un socio, la compra de las participaciones sociales, siempre y cuando no se trate de una sociedad cotizada, así como la admisión de cualquier otra medida que permita resolver la controversia, es reconocida por RIPKEN, S. K., ob. cit., p. 114, en referencia a los Estados de Illinois, Montana, y Wyoming. También el artículo 996 (e) de la *Companies Act* inglesa de 2006, prevé la compra de las acciones de uno de los miembros de la sociedad por otros socios («provide for the purchase of the shares of any members of the company by other members»), que, como se apunta en GOWER y DAVIES P. L.: ob. cit., p. 702, es la medida más utilizada en la práctica procesal.

duce como consecuencia del enfrentamiento personal de los socios y que se traslada al ámbito de la sociedad, empaña su carácter capitalista.

Por tanto, cuando la causa de la disolución no obedezca a un normal devenir de la vida societaria, sino al bloqueo de decisiones relevantes y de forma sistemática por parte de uno de los consocios, el abuso del derecho, como regla general de nuestro Ordenamiento jurídico, permite integrar las sanciones que han de ser aplicadas a su conducta. Sobre todo, en las medianas y pequeñas sociedades, con independencia de la forma adoptada, resultará inusual que los socios prevean soluciones *ex ante*, dentro de la capacidad de autorregulación que les concede la Ley de sociedades de capital. Por otra parte y fuera de la tradicional indemnización de los daños y perjuicios causados por el socio que actúe de forma extrasocial, las sanciones de nulidad, e incluso la designación de un tercero, que sustituya al socio en la formación de la voluntad social, no evitan ulteriores conductas sistemáticas orientadas a bloquear el correcto funcionamiento de la organización. Por ello, en estos casos, la necesidad de atender a otras soluciones, con inspiración en las soluciones convencionales en los contratos de sociedad conjunta, *joint ventures*, para evitar la crisis de la entidad y de la empresa social; y así, dentro de las medidas que permitan evitar la persistencia del abuso, la exclusión del socio o la venta obligatoria de su participación social.



# EL CONTRATO DE AGENCIA Y LA COMISIÓN MERCANTIL

ELENA LEIÑENA MENDIZÁBAL

*Profesora de Derecho Mercantil  
Universidad del País Vasco*

## ABSTRACT

Tradicionalmente la actividad comercial desempeñada por los empresarios en el mercado ha exigido que éste se haya rodeado de múltiples colaboradores para alcanzar su finalidad económica. Ahora bien, esa colaboración ha tenido y tiene diversas vertientes.

En el ámbito económico de la distribución, objeto de nuestro interés, es habitual que el principal recurra a la organización de otros empresarios independientes para que éstos le ayuden a colocar sus bienes o servicios en el mercado (comisionistas, agentes, mediadores, concesionarios, etc.). No obstante, unos y otros cooperan con el empresario o principal de distinta forma.

El objeto de este estudio es analizar con cierta profundidad las características más relevantes de una de las relaciones de colaboración más paradigmáticas de la distribución comercial, la agencia, alineándolas con las de la comisión mercantil, figura históricamente destacada de cooperación entre comerciantes, cuyos rasgos jurídicos negociales hacen que no sea el instrumento jurídico más apropiado para el mercado de la distribución, sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de su acertada regulación a la agencia.

## SUMARIO: I.—EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN.

1. Cuestiones generales de la distribución y planteamiento de la cuestión. 2. Origen y función económica del contrato de agencia en la distribución. 3. La normativa del contrato de agencia: Entre el Derecho comunitario y el ordenamiento español. 4. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de agencia. 5. Características del contrato de agencia en relación a la comisión mercantil. *A) Independencia del agente. B) Actos de promoción o contratación objeto del contrato. C) Auxiliares del agente. D) Libertad de forma del contrato. E) Retribución del*

*agente. F) El pacto de garantía. G) El devengo de la comisión de agencia. H) El derecho de retención. I) Inexistencia de derecho de reembolso del agente. J) Derecho de indemnización de daños y perjuicios del agente.* 6. Contenido del contrato de agencia. *A) Obligaciones del agente.* a) Actuación leal y de buena fe del agente en defensa del interés del principal. b) Deber de cumplir con las instrucciones del principal. c) Deber de informar al principal. d) Obligación de recibir las reclamaciones de terceros. e) Obligación de llevar una contabilidad independiente. *B) Obligaciones del empresario principal.* a) Actuación de buena fe y con lealtad. b) Satisfacer la remuneración pactada. c) Otras obligaciones. 7. Extinción del contrato de agencia y consecuencias patrimoniales. *A) Causas de extinción del contrato de agencia. B) Consecuencias patrimoniales posteriores a la extinción del contrato.* a) La indemnización por clientela. b) La indemnización de daños y perjuicios.

II.—LA RELACIÓN DE AGENCIA Y COMISIÓN EN OTROS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL. 1. El contrato de mediación o el corretaje: Configuración jurídica del contrato de mediación. 2. El contrato de concesión comercial: Configuración jurídica del contrato de concesión. 3. La distribución autorizada o selectiva: Configuración jurídica de la distribución selectiva. 4. El contrato de franquicia: La configuración jurídica del contrato de franquicia.

## **I. EL CONTRATO DE AGENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN**

### **1. Cuestiones generales de la distribución y planteamiento de la cuestión**

La actividad comercial desempeñada por los empresarios en el mercado ha exigido tradicionalmente que éste se haya rodeado de colaboradores y haya recurrido a determinadas relaciones jurídicas para alcanzar su finalidad económica.

Ahora bien, esa colaboración ha tenido y tiene diversas vertientes. Es decir, sin perjuicio de la colaboración recibida por el empresario de los auxiliares dependientes, que han prestado y prestan sus servicios en el marco de una relación laboral, la actividad negocial del empresario y la distribución de los bienes y servicios en el mercado exige además de la asistencia de otras personas independientes. En el ámbito económico de la distribución, objeto de nuestro interés, es habitual que el principal recurra a la organización de otros empresarios para que éstos le ayuden a colocar sus bienes o servicios en el mercado. Este conjunto de empresarios independientes lo conforman los comisionistas, los agentes, los concesionarios, etc. Ahora bien, unos y otros cooperan con el empresario o principal de distinta forma.

Los comisionistas concluyen contratos en nombre del empresario o comerciante de forma esporádica, mientras que los agentes promocionan o contratan los bienes o productos del principal de forma estable. El *modus operandi* de la comisión, junto a otras características propias de la relación, hacen que esa institución no sea la más apropiada como instrumento jurídico de la distribución.

Los concesionarios colaboran igualmente con el empresario en la colocación de sus productos en el mercado. Ahora bien, el concesionario adquiere la titularidad de las mercancías para revenderlas y el agente no lo hace. Esto es, este último

promueve o contrata en nombre del principal sin hacerse con la propiedad de los bienes o productos a distribuir.

Las relaciones jurídicas o contractuales mencionadas, a pesar de integrar todas ellas un conjunto de instrumentos de colaboración para con el empresario, en la actualidad conforman igualmente el conjunto de contratos que la distribución requiere para que ésta sea eficiente. Así se está imponiendo en el lenguaje doctrinal y jurisprudencial la categoría de un «Derecho de la distribución comercial», aunque carezca de tipicidad legal<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta la breve reflexión realizada, el objeto de este estudio es analizar con cierta profundidad las características más relevantes de una de las relaciones de colaboración más paradigmáticas de la distribución comercial, la agencia, alineándolas con las de la comisión mercantil, figura históricamente destacada de cooperación entre comerciantes que ha alcanzado en la actualidad extrema importancia en sectores relevantes de la economía, como en la Banca o en el Mercado de Valores. En este sentido cabe destacar las órdenes o comisiones que los clientes emiten a los bancos en relación al servicio de caja o depósito administrado. Igualmente en el mercado organizado cuando el ordenante expide las órdenes bursátiles para la compra o venta de valores en Bolsa<sup>2</sup>.

La proximidad de la figura de la agencia con otras relaciones destacadas en la distribución comercial (mediación, concesión, distribución selectiva y franquicia) aconseja hacer una mención, siquiera breve, de las características afines y divergentes entre los diferentes contratos.

## 2. Origen y función económica del contrato de agencia en la distribución

No hay antecedentes del contrato de agencia ni en la Antigüedad ni en la Edad Media. En las fuentes medievales, tan sólo se encuentran vestigios del contrato de *mandatum*, utilizado por los comerciantes para los encargos de venta de mercancías que se hacían unos a otros.

Sólo a partir del desarrollo del comercio la figura adquiere las peculiaridades propias de la comisión mercantil<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, I, II, 16 ed., Tecnos, Madrid, 2009, II, 110-111.

<sup>2</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, 123.

<sup>3</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, 9.ª ed., Tecnos, 2001, 363; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, 51, 55, no descarta la posibilidad de que la agencia derive del desarrollo histórico de la *comenda*, hasta que se instala en los cauces institucionales del *mandatum* romano y de ahí la tesis de que derive de la comisión.

El desarrollo económico y comercial de los siglos posteriores pone de manifiesto, sin embargo, la insuficiencia de la figura del comisionista para estructurar los canales de distribución indispensables para su vertiginoso desarrollo<sup>4</sup>.

La alternativa de la comisión satisfacía una colaboración aislada y esporádica, pero no era una opción adecuada para las necesidades que la distribución en masa requería en ese momento de expansión. La comisión mercantil era una relación ocasional o puntual cuya finalidad era realizar un negocio concreto<sup>5</sup>.

De ahí que los fabricantes acudieran a otras formas estables de colaboración para alcanzar la distribución de sus productos en una zona determinada. Una de esas formas estables se manifestaba recurriendo a las relaciones de agencia, sin perjuicio de la distribución directa a través de representantes o la figura del distribuidor exclusivo o concesión.

De esta manera, en lugar de valerse de la relación de comisión que se fundamentaba en la ejecución de un acto u operación de comercio único, el contrato de agencia permitió ejecutar una serie de actos continuados relativos al tráfico y a la distribución de los productos de un determinado empresario<sup>6</sup>.

Optar por un agente supone además estipular una relación jurídica con un empresario independiente jurídica y económicamente, que se dedica profesionalmente a captar clientela para el principal titular de la actividad de la distribución en masa. Asimismo, cabe decir que una de las principales ventajas de esta opción es que el agente tiene una estructura propia en una zona que abarca las instalaciones, los salarios de sus auxiliares, las cuotas de Seguridad Social y otros elementos que permiten ahorrar al empresario representado. El coste de esa infraestructura lo soporta el agente y el principal únicamente remunera una cantidad del contrato promovido o concluido<sup>7</sup>.

Otra circunstancia que ha influido en la configuración de otro tipo de relación para atender a las necesidades de la distribución ha sido el elevado coste de las ganancias del comisionista. El premio de la comisión es el estipulado como pago

---

<sup>4</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, 41, señala que las nuevas formas de producción en masa derivaron en nuevas respuestas comerciales.

<sup>5</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (AAVV - Coord. APARICIO GONZÁLEZ, M. L.), I, II, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, II, 177-178, 181, señala, no obstante, que el carácter ocasional o puntual de la relación no es obstáculo para que el comisionista ejercite su profesión o actividad empresarial de forma continuada en el mercado.

<sup>6</sup> ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 177-178.

<sup>7</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, I, II, 16 ed., Tecnos, Madrid, 2009, II, 123.

a su gestión. Así, el premio se determina en función de los riesgos que soporta el comisionista y de la ocasionalidad del contrato de comisión<sup>8</sup>.

La cuantía normalmente asciende a un tanto por ciento del importe de la operación, sin perjuicio de la inclusión de sobreprimas o cantidades adicionales para premiar el buen fin de las operaciones<sup>9</sup>. Este último elemento permite suponer que el premio pueda estipularse no exclusivamente en función del riesgo o de la ocasionalidad del contrato, sino que pueda pactarse en función de las ganancias resultantes de la operación. Por tanto, la gestión del comisionista es costosa para el comitente y poco atractiva para la distribución de productos de manera estable y duradera.

En la relación de agencia, por el contrario, la remuneración del agente consiste en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de ambos sistemas. Aunque uno de los elementos de la remuneración consista en una comisión y ésta se fije siempre en función de una variable, bien la del número o bien la del valor de las operaciones promovidas, esa variable en ningún caso es la participación en las ganancias<sup>10</sup>. Se desprende de lo anterior que desde el punto de vista económico parece más razonable recurrir a la relación de agencia para distribuir los productos de forma duradera que a la de comisión.

Dejando de momento de lado estas dos cuestiones, estabilidad<sup>11</sup> y remuneración del servicio que más adelante trataremos, retomamos el tema del origen de la figura de la agencia.

Así, en el tránsito del siglo XIX al XX, a medida que el comercio se amplía a los mercados extranjeros y debido a la pérdida de control que supone la promoción de las ventas en zonas alejadas a las de producción, se impone la necesidad de recurrir a los servicios de personas cuya actividad principal es dar a conocer el producto a los comerciantes extranjeros o lejanos al centro de fabricación<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, 36.

<sup>9</sup> MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles*, 2006-07, F. Lefebvre, Madrid, 2006, 543.

<sup>10</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», *RDNeg.*, 1993, 30, 1 ss., 7, señala no obstante que en defecto de pacto acerca del premio en la comisión y de la remuneración en la agencia, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad o de la plaza donde se realice el mandato, en el caso de la comisión.

<sup>11</sup> MORATILLA GALÁN, I.: «Contrato de agencia. Contrato de comisión: mandato mercantil (STS 14 de mayo de 2001)», *RCDI*, 80, 684, 1977-1979, 1978.

<sup>12</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 36, señala que la profesión de agente como tal surgió del arraigo de esta figura a principios del siglo XX en Alemania, recogándose su regulación en los §§ 84-92 HGB.

Pronto reciben el nombre de viajeros de comercio. A partir de esta figura, con el tiempo, aparece un nuevo intermediario de comercio, el agente. La menor vinculación del agente con el fabricante o productor distancia a este nuevo intermediario de los antiguos viajeros de comercio. Otra diferencia entre los viajeros de comercio y los agentes hace referencia a sus retribuciones. En el primer caso, la remuneración puede tener orígenes diversos (una relación laboral de dependencia o a través de una comisión). En el segundo la remuneración del agente es habitualmente una comisión en función de los negocios promovidos. Una última diferencia, quizá la fundamental, guarda relación con el protagonismo que asumen los agentes en el campo de la distribución, y es que estos intermediarios, como ya hemos señalado, asumen los costes de la organización de la distribución<sup>13</sup>.

Poco a poco nuevas formas de gestión de negocios ajenos y colaboración de carácter estable y duradero comienzan a sustituir las colaboraciones esporádicas características de la comisión mercantil. Es el momento de la aparición de la agencia, la concesión y la franquicia.

Ahora bien, la anterior aseveración no es óbice para que en la praxis se den situaciones de colaboración permanente en la comisión mercantil y de colaboración esporádica en una zona determinada a través de un agente<sup>14</sup>. Esta forma de actuar tiene un tratamiento jurídico diferenciado de la actividad de los intermediarios en el marco de la comisión bursátil en relación a la comisión ordinaria<sup>15</sup>.

La agencia y la comisión mercantil, ambos contratos de colaboración entre empresarios y de identidad sustancial, presentan, sin embargo, una serie de características que los individualizan. Las diferencias entre uno y otro justifican el distinto uso de ambas figuras<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, 36.

<sup>14</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 46-47.

<sup>15</sup> QUINTÁNS ÉIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», RDBB, 65, 20, 10-11, 16 y 42, señala que la calificación doctrinal de esta actividad de gestión en el mercado organizado es pacífica. Se considera que es un contrato de comisión mercantil.

El denominado contrato de comisión bursátil es el que se perfecciona entre un inversor (el cliente que se desprende de los valores —comisión de venta— o bien el que los adquiere —comisión de compra—) y la Sociedad o Agencia de Valores y Bolsa (arts. 62 a 76 bis LMV).

En cualquier caso, en la negociación bursátil es posible actuar por medio de representantes voluntarios en la negociación o apoderados, sin que ello suponga un tratamiento jurídico distinto, ni derive en la desprotección de los intereses de los inversores ni de los del mercado en general.

<sup>16</sup> Como hemos explicado, el carácter permanente de la colaboración entre las partes, agente y principal, y el elevado coste de la comisión mercantil explican que ésta no sea la figura preferida para la distribución comercial y que se opte por la agencia.

Otro ámbito en el que la agencia tiene un amplio desarrollo es el mercado financiero. En aquellas ocasiones en las que las entidades financieras quieren ampliar la red de comercialización de sus productos recurren a la figura del colaborador o agente (art. 65 bis LMV). De esta manera las mencionadas entidades pueden desarrollar las actividades de promoción a un coste más reducido que el que supondría la actividad de abrir nuevas sucursales y oficinas de representación<sup>17</sup>.

Con todo, la distribución comercial es el sector en el que la agencia se impone como institución básica. Esto no quiere decir, sin embargo, que la distribución comercial sólo se encauce a través de la agencia.

La distribución y comercialización de los bienes, servicios y mercancías de un productor o fabricante cabe hacerse a través de otras alternativas jurídicas. Entre ellas destacan: la creación de empresas filiales comercializadoras y los distribuidores (concesión mercantil)<sup>18</sup>. La opción de una u otra figura dependerá de las cuantías económicas que conforman la distribución. El fundamento de la elección de una relación jurídica sobre otra, así, por ejemplo, de la concesión en lugar de la agencia, es una cuestión de eficiencia. Para el empresario fabricante o productor en ese momento es la solución más eficiente.

Se considera que los agentes son comerciantes establecidos habitual y permanentemente; que desempeñan la actividad con independencia; que son titulares de una delegación estable de facultades conferidas por un único o por varios principales; que intervienen en la preparación o conclusión de contratos,

---

<sup>17</sup> El desarrollo del Derecho laboral moderno ha influido en la evolución del tratamiento jurídico de los «representantes» del empresario en general. En los albores del siglo xx y algo más tarde el Derecho del Trabajo no regulaba la relación entre los empresarios o comerciantes y sus auxiliares. De ahí que la relación de estos últimos sujetos, la mayoría representantes del principal, encontrasen su acomodo en el Código de Comercio (Título III – Sección Segunda: «De otras formas del mandato mercantil. Factores, dependientes y mancebos»), y quedasen sometidos al Derecho mercantil, que satisfacía, entre otras carencias, la indemnización al auxiliar o dependiente en caso de quebranto sufrido en el desempeño de su actividad (art. 298 CCom), así como el derecho a recibir el sueldo de un mes si el dependiente se despide debido a una causa justa (art. 302 CCom).

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, 99, califica de modalidad moderna de auxiliares dependientes a los representantes y viajantes los auxiliares dependientes, que desembocan en la figura de los representantes sometidos al Derecho del trabajo. Los agentes, por el contrario, son los representantes sometidos al Derecho privado (mercantil).

<sup>18</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 60-61, señala igualmente que el agente está sometido a la legislación mercantil, mientras que el representante de comercio será el trabajador sujeto a la normativa que regula la relación laboral de carácter especial, que interviene en las operaciones de comercio.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, 117; MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles*, 547.

y que son remunerados por una comisión. Es decir, los agentes actúan por cuenta ajena<sup>19</sup>.

Los distribuidores, por el contrario, actúan por cuenta propia y compran para revender o adquieren servicios para volverlos a ofrecer. Esta característica conforma todas las modalidades de contratos de distribución. En el contrato de concesión comercial o distribución en exclusiva, en la distribución autorizada o selectiva y en el contrato de franquicia el distribuidor siempre actúa por cuenta propia<sup>20</sup>.

En este sentido y atendiendo a la legislación *antitrust* observamos otra diferencia entre la agencia y los contratos de distribución. Y es que la legislación *antitrust* excluye inicialmente de su ámbito de aplicación los pactos de carácter restrictivo de la competencia, celebrados entre el agente y el principal, ello sin perjuicio de que una situación determinada quede afectada por la disciplina del Derecho de Defensa de la Competencia. Los pactos restrictivos de la competencia celebrados entre el concesionario y el concedente, por el contrario, quedan sujetos, salvo excepciones, a la disciplina *antitrust*, como más adelante veremos<sup>21</sup>.

Volviendo a la agencia, que es la figura que en este momento nos ocupa, decíamos que un elemento distintivo de la misma es la actuación por cuenta ajena. Así, el agente siempre contrata con otro empresario independiente por cuenta de quien desarrolla una determinada actividad, adquiriendo la condición de intermediario. De esta manera y a pesar de que el agente actúa de forma independiente y con plena autonomía jurídica, el objeto de su actividad profesional es obtener una clientela para un empresario principal, a través de la promoción o conclusión de contratos en nombre o interés del mismo<sup>22</sup>.

Es decir, media en la actividad comercializadora del principal y desde esta perspectiva es igualmente un colaborador del mismo.

El carácter colaborador de la figura se fundamenta en el ahorro que supone para el empresario principal no tener que cargar con todos los costes que suponen

<sup>19</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 99.

<sup>20</sup> VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Bosch, Barcelona, 1990-1991, 178; COLLART DUTILLEUL, F., y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 4e édition, Dalloz, París, 1998, 787-788; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 50.

<sup>21</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 54-56.

<sup>22</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 46-47, señala que el comisionista estipula un acto u operación de comercio por cuenta del representado tanto en nombre propio como en nombre ajeno (mediante poder de representación), mientras que el agente lleva a cabo la promoción o conclusión de los mencionados actos u operaciones de comercio siempre en nombre del empresario. En caso de que se contrate requerirá de poder de representación.

la creación y el mantenimiento de una red propia de distribución en una zona. El principal evita de esta manera los gastos de adquisición o arrendamiento de instalaciones, mantenimiento de locales, salarios, seguridad social y publicidad<sup>23</sup>.

A pesar de que la adopción de esta forma de distribución impide que el principal reciba los beneficios directos que un agente de prestigio genera en una zona determinada, esta figura constituye una de las formas más adecuadas para un fabricante o productor que quiera introducirse en un mercado nuevo concreto. El esfuerzo en términos económicos que le supondría hacer frente a la promoción del producto o servicio por cuenta propia sería más elevado que lo que deja de ganar a través de los beneficios directos que genera un agente de prestigio en la zona<sup>24</sup>. El principal interesado en la distribución busca un agente que conozca el mercado al que se dirige. Ese conocimiento que tiene el agente del mercado de una zona es el valor añadido que le reporta al principal. Éste no puede acceder a esa información por sus propios medios. La remuneración de la relación de agencia equivale, en definitiva, al precio de esa información que le proporciona el intermediario al fabricante o productor.

Otras cuestiones difíciles de predecir para el principal sin la ayuda de estos profesionales son los gustos y las preferencias de la potencial clientela de una zona determinada. La directa incidencia de estos temas en la comercialización de los productos justifica la conveniencia de acudir a este tipo contractual<sup>25</sup>.

Atendiendo a la perspectiva colaboracional de la actuación del agente, éste adquiere asimismo la cualidad de auxiliar del empresario principal. La sistemática de los contratos de empresa asume esta función y sitúa al contrato de agencia en el ámbito de los contratos de colaboración entre empresarios, junto con los de comisión mercantil, mediación, concesión y franquicia<sup>26</sup>.

Ahora bien, el carácter colaborador del contrato de agencia deviene en esencia del conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la fiducia del manda-

---

<sup>23</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 123-1124.

<sup>24</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

<sup>25</sup> FERRARA, F.: «Contratti di agencia camuffati», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, II, Tecnos, Madrid, 1971, 269-283, 281.

COLLART DUTILLEUL, F., y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 796, señala que el distribuidor que explota una marca dispone de una clientela propia. Esta reflexión es importante porque supone que el distribuidor es considerado como titular de una clientela y se puede beneficiar de la legislación de *les fonds de commerce*.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 123-124.

<sup>26</sup> GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, seconda edizione, CEDAM, Padova, 1993, 109, califica a la agencia de «rapporto di collaborazione»; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 436.

to que lo conforma, al igual que en otras figuras, como la comisión mercantil. La fiducia de la relación es una de las razones de la aplicación subsidiaria de las normas de la comisión mercantil y del mandato a la agencia, como más adelante veremos<sup>27</sup>.

Esta cuestión, no obstante, requiere en este momento de una breve reflexión. En sus primeros tiempos, la función colaboracional del agente, de igual modo que sucede con el comisionista en la comisión mercantil, se fundamentaba en la confianza que generaban las cualidades personales y profesionales del agente (*intuitu personae*)<sup>28</sup>. Con el tiempo, sin embargo, este planteamiento ha evolucionado. Hoy en día la elección del agente se apoya más en la confianza que transmite su organización (*intuitu instrumenti*) que en las cualidades personales del propio agente, sin perjuicio de que en ocasiones las cualidades del agente conformen la razón de su contratación. La idea de la elección del agente en relación a su estructura organizativa se desprende del tratamiento que da la propia norma al agente, a quien no exige que sea él mismo quien realice la actividad encomendada por cuanto permite que se efectúe por sí mismo o por medio de sus dependientes (art. 5 Ley Contrato de Agencia —en adelante, LCA—). De ahí que en la agencia, al igual que en la comisión mercantil, la elección del agente en la actualidad atienda más a criterios organizativos que a las cualidades personales<sup>29</sup>. El perfeccionamiento del contrato de agencia confiere a las partes contratantes el estatus jurídico de empresario. Lo cual no significa que, al margen de esta relación contractual, el principal sea necesariamente un empresario. Cuestión distinta es la naturaleza de la actividad que desarrolla. Incluso siendo empresario puede ocurrir que estipule contratos de naturaleza civil (ventas de consumo, ventas de inversión, contratos de fichaje deportivo, etc.)<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 403-404.

<sup>28</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 3; COLLART DUTILLEUL, F., y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 789; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», RDM, 230, 1998, 1505 ss., señala que la confianza aflora en particular en la peculiar intransmisibilidad de la agencia *inter vivos* y *mortis causa*.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 412, incide en la relevancia del principio *intuitu personae* en la relación entre el principal y el agente (arts. 9 y 10 LCA), así queda de manifiesto en el momento extintivo con la denuncia cuando una de las partes haya perdido la confianza en la otra (art. 25 LCA).

<sup>29</sup> Al igual que en la agencia, en la comisión mercantil el *intuitu instrumenti* está cada vez más presente. En la actualidad es habitual que el comisionista sea una persona jurídica y a la hora de su elección se atienda más a la confianza que desprende su organización que a sus características personales.

En este sentido, QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 237.

<sup>30</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 29, 99, 109 y 118 recuerda que la figura de los agentes de futbolistas o los que venden obras de arte se regulan por las normas del mandato civil (art. 1709 ss.).

Para finalizar la introducción conviene llamar la atención acerca del incorrecto uso del término agente en situaciones de intermediación ajenas a la agencia. Nos referimos a su utilización en el ámbito de las agencias de transporte, de viajes o de intermediarios de los mercados secundarios de valores, supuestos en los que la utilización del término agente no significa la existencia de un contrato de agencia<sup>31</sup>. Sólo se trata de una comisión. Las entidades que acabamos de mencionar no son agentes, sino comisionistas.

La misma situación cabe predicar en relación a los agentes de la propiedad inmobiliaria, que son mediadores o corredores. Excepcionalmente los agentes de las entidades de crédito y los agentes colaboradores de las Empresas de Servicios de Inversión que actúan en el mercado organizado (art. 65 bis LMV) pueden actuar como agentes sobre la base de las previsiones de la Ley del Contrato de Agencia<sup>32</sup>.

### **3. La normativa del contrato de agencia: Entre el Derecho comunitario y el ordenamiento español**

Diseñado el ámbito en el que se empieza a utilizar la nueva figura de la agencia en el tránsito del siglo XIX al XX, en las primeras décadas del siglo XX se dictan las primeras normas sobre la materia: el Real Decreto de 8 de enero de 1926 y el Reglamento del Cuerpo de Agentes Comerciales (Decreto de 7 de noviembre de 1931 —de colegiación obligatoria— y el Real Decreto 3595/1977, de 30 de diciembre —Estatuto General de los Colegios de Agentes Comerciales—). Estas primeras normas se promulgan con la intención de controlar las nuevas actividades de intermediación mediante el deber de colegiación y la atribución de potestades administrativas delegadas a las corporaciones profesionales<sup>33</sup>.

Más adelante se determina la naturaleza de las relaciones que vinculan a los agentes con sus principales. También se fijaron las diferencias sustanciales entre los agentes libres o corredores y los agentes afectos o agentes sin más.

---

<sup>31</sup> A excepción de la agencia de publicidad, que es susceptible de incluirse en la amplia concepción legal que tiene la LCA.

<sup>32</sup> VALENZUELA GARACH, F.: «El agente comercial: Algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil», *La Ley*, 1989, 4, 1144 ss., 1151; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley Sobre contrato de Agencia)», *RDM*, 230, 1998, 1505 ss., 1522-1523; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 29, 99, 109 y 118; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 299-301.

<sup>33</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 88-96; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 36, 96-97.

A partir de esta diferenciación el debate doctrinal ha girado principalmente en torno a la concreción de los agentes sometidos al Derecho privado y el de los amparados en el Derecho del Trabajo<sup>34</sup>.

La entrada en vigor de la Ley 12/1992 de Agencia, de 27 de mayo (en adelante LCA), marca una nueva etapa en la determinación del régimen jurídico del contrato de agencia.

Detrás de la promulgación de la Ley se encuentra el Derecho comunitario. El texto del año 92 se limita a trasponer la Directiva CEE núm. 86/653, de 18 de diciembre, relativa a la coordinación de la regulación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes al Derecho interno<sup>35</sup>.

La integración de la normativa europea en materia de agencia en el Derecho español, a través de una Ley especial, ha sido objeto de algunas críticas.

La descodificación del régimen jurídico de la agencia se ha criticado por entender que esta materia debía haberse incorporado al Código de Comercio. El argumento esgrimido es el carácter supletorio de la comisión respecto de la agencia. Sus defensores hubieran preferido la inserción del régimen jurídico de la agencia en el Código de Comercio a continuación de los artículos referidos a la comisión mercantil.

Más allá de esta crítica lo relevante es que la LCA cubrió una importante laguna en el Derecho español. Incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el contenido de la Directiva 86/653, referida a los agentes dedicados a la compraventa de mercancías y también reguló la actividad de otros agentes. Su objeto es por tanto amplio y afecta a cualquier acto u operación de comercio que se dé por cuenta ajena, salvo lo dispuesto en la legislación especial<sup>36</sup>.

Razones prácticas y funcionales nos llevan a valorar positivamente la norma española<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 96-97.

<sup>35</sup> VALENZUELA GARACH, F., «El agente comercial: Algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil», *La Ley*, 1989, 4, 1144 ss. 1149, destaca los dos pilares básicos de la Directiva 86/653: la coordinación de las dispares normativas entre los Estados miembros y la seguridad de las operaciones comerciales en el espacio europeo fundamentada en la protección de las condiciones de competencia y ejercicio de la profesión del agente.

<sup>36</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 14.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 435; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., *Curso*, II, 179, señala que la LCA tiene carácter supletorio respecto a determinadas normas especiales que regulan el estatus de los agentes comerciales, los seguros privados (Ley 26/2006, de Mediación de Seguros Privados), la publicidad (Ley 34/1988, General de Publicidad), las agencias de viajes y la actividad de los agentes bancarios.

<sup>37</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», *RDNeg.*, 1993, 30, 1 ss., 14; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 435; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 179-180.

La Ley, además de dotar de autonomía y sustantividad propia a este contrato, resuelve otro tema pendiente. El referido a la aplicación de la normativa de la comisión mercantil por parte de la praxis judicial.

Hasta entonces el contrato de agencia no disfruta de una normativa propia, se le aplica por extensión la normativa del contrato de comisión mercantil (arts. 244 ss. CCom) y del mandato (art. 1709 ss. CC) recurriendo a la *analogia legis* (arts. 1 CC y 2 CCom)<sup>38</sup>. Asimismo, los preceptos 2 y 50 CCom disponen del recurso a los usos o al Derecho civil<sup>39</sup>.

A partir del 92 el contrato de agencia cuenta con una normativa propia y la regulación de la comisión se aplica sólo como derecho supletorio<sup>40</sup>.

La Directiva europea, tomando como punto de partida principal el modelo jurídico alemán de agencia, consigue armonizar las tendencias del resto de países miembros. La norma consigue homogeneizar el estatus de los agentes comerciales independientes asegurando su protección<sup>41</sup>. Regula el derecho de los agentes comerciales en aspectos fundamentales, como son: el carácter independiente del agente; la concreción del término «promover» en lugar de negociar; la cuestión de la actuación por cuenta ajena que se rige por los principios de la representación; la duración o estabilidad que se exige en la relación y el carácter retribuido del contrato en ausencia de estipulación expresa<sup>42</sup>.

Cabe resaltar el esfuerzo realizado por el legislador europeo para unificar una materia que ofrecía importantes diferencias en las distintas legislaciones nacionales.

La Unión Europea era consciente de las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre representación comercial que afectaban sensiblemente a las con-

---

<sup>38</sup> LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión de RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: Ariel, Barcelona 1994, 377-378.

LEE, R. W.: *Elements of Roman Law*, fourth edition, Sweet & Maxwell Limited, London, (1956) 1987, 336, señala que en el Derecho anglosajón el concepto de *agency* no se corresponde con el de mandato. La agencia implica una relación contractual entre un principal y un tercero establecida a través de un intermediario llamado agente. Mientras que el mandato es esencialmente un contrato de empleo o de trabajo con derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. No obstante, es un contrato que juega un importante papel en el desarrollo de otras figuras del Derecho, como es en la agencia.

<sup>39</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 85.

<sup>40</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 179-180.

En la actualidad se está dando un distanciamiento entre ambas figuras. En este sentido, la STS 19-9-1989 [RJ 1989\6322], que, fundamentándose en la relación estable entre los litigantes, calificó el negocio como de venta continuada y no de comisiones aisladas con liquidación individualizada.

<sup>41</sup> MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles* 2006-07, 548.

<sup>42</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 40.

diciones de competencia y al ejercicio de la profesión en el entorno europeo, así como al nivel de protección de los agentes comerciales. Además las diferencias existentes entre las legislaciones de los países miembros perjudicaban la estipulación de contratos de representación comercial entre un comerciante y un agente comercial establecidos en Estados miembros diferentes. Por ello dio prioridad a la relación entre el agente comercial y el principal estableciendo las competencias básicas de la profesión de agente y en particular lo relativo a la indemnización tras la terminación del contrato entre el principal y el agente comercial<sup>43</sup>.

Así pues, una de las razones de la promulgación de la Directiva fue la de impulsar los intercambios de mercancías en condiciones análogas de concurrencia económica entre los Estados miembros. Esta pretensión derivó indefectiblemente en la aproximación de las legislaciones. En este sentido cabe afirmar que hoy en día en la Unión Europea hay un régimen uniforme en materia de agencia comercial, si bien se admite una cierta flexibilidad normativa en la regulación de determinadas materias en los ordenamientos jurídicos de cada Estado<sup>44</sup> y además mantienen competencias sobre la interpretación de algunos preceptos de la norma europea<sup>45</sup>.

Este criterio es el que sigue el propio Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas (TSJCE) cuando resuelve que es competencia de cada Estado miembro solventar los litigios acerca de los contratos de agencia internacionales, que se arbitrarán conforme a los criterios de conexión propios de los Estados<sup>46</sup>. A pesar de la armonización europea, los Derechos nacionales en mate-

<sup>43</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995, 38-39, señala que dos son las materias a las que se dedica el grueso de la normativa comunitaria: la remuneración del agente y la extinción del contrato.

<sup>44</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 203-204.

<sup>45</sup> HABERSACK, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: «La sentencia “Kontogeorgas” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sus repercusiones sobre el derecho de agencia español y alemán», RDM, 1997, 1852, señalan que en este sentido resolvió el TSJCE en la sentencia «Kontogeorgas» sobre la determinación del acreedor de los actos u operaciones concluidos durante la duración del contrato de agencia: la determinación del acreedor en el sentido del art. 7.2 de la Directiva (derecho a la comisión) será competencia de cada Estado miembro. VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 882.

<sup>46</sup> RUEDA VALDIVIA, R.: «El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable», RDNeg., 86, 1997, 17-40, 21 y 27, señala que los Estados conscientes de las situaciones perjudiciales para los agentes, han dictado normas de carácter imperativo en el ámbito de los contratos internacionales de agencia comercial, ajenas a la *lex contractus*. El régimen jurídico de los contratos internacionales de agencia comercial se prevé en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación, y en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Con respecto al ámbito de aplicación del Convenio de La Haya, cabe decir que abarca a los distintos supuestos de representación voluntaria conocidos tanto del *Civil law* como del *Common law*. Incluye además los casos de representación económica y jurídica, esto es, la representación directa y la indirecta. Esta última distinción conceptual de los países de *Civil law* es desconocida en los países de *Common law*, pero abarca a las situaciones de *undisclosed agency* (agente encubierto).

ria de agencia siguen presentando ciertas diferencias. Unos países contemplan un régimen jurídico básico, es el caso de Inglaterra, y otros prevén un estatuto mejor definido que permite una mayor protección del agente. Esta es la situación de España y Francia<sup>47</sup>.

El Derecho alemán, como hemos anticipado, fue el principal inspirador de la armonización europea en materia de agencia. No en vano Alemania fue el Estado pionero en regular la agencia comercial en los parágrafos 84-92 del HBG (1897). Posteriores reformas introdujeron una regulación más ambiciosa del agente denominado *Handelsvertreter*. Esta regulación conformó el núcleo duro de la regulación de la agencia alemana, que no resultó afectado con la trasposición de la Directiva al Derecho alemán por la Ley de 23 de octubre de 1989.

La naturaleza jurídica del contrato de agencia en el Derecho germano es la de un contrato de servicios (*Dienstvertrag*), cuyo objeto es una gestión de negocios ajenos (*Geschäftsbesorgung*) en interés del principal (*Unternehmer*)<sup>48</sup>.

Los caracteres que resaltan en la figura alemana del contrato de agencia se traspasaron imponiéndose en el Derecho comunitario: el desempeño de una actividad por un empresario agente independiente (*Selbständigkeit*); la actuación del agente por cuenta de otro empresario; la realización del agente de una actividad de promoción de negocios jurídicos por cuenta del principal, y la permanencia o estabilidad del encargo asumido por el agente<sup>49</sup>.

Entre las diversas clases de agencia del Derecho alemán<sup>50</sup>, interesa destacar una de ellas, el *Kommissionsagent*. Figura suficientemente desarrollada en la práctica de los negocios, aunque desconocida formalmente en el HGB (*Kommissionsagenten* o *Agenturkommissionsäre*).

---

QUINTÁNS EIRAS, M. R.; «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de agencia», RDNeg., 65, 20, 1997, 84-85, 89 ss. destaca que la búsqueda de soluciones para los contratos de agencia en el ámbito internacional ha sido objeto de ímprobos esfuerzos en el seno de UNIDROIT, subrayando en concreto la creación de un Contrato Modelo de Agencia Comercial publicado en la Cámara de Comercio Internacional en 1991.

<sup>47</sup> MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles*, 2006-2007, 548.

<sup>48</sup> HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuch handluch, München, 1992, 17; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 268-269; CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 24. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, 250-251.

<sup>49</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 268-269; CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 257.

<sup>50</sup> La más común es la de promoción (*Vermittlungsvertreter*). En segundo lugar se halla la agencia de contratación (*Abschlussvertreter*). En tercer lugar, la agencia desarrollada por un único empresario (*Einfirmenvertreter*). En cuarto, la agencia desarrollada como actividad accesoria de otra principal (*Handelsvertreter im Nebenberuf*). Y finalmente, la subagencia (*Untervertretung*), en la que se vinculan contractualmente el agente y el subagente.

En esta figura confluyen, por una parte, las relaciones internas entre el *Kommissionsagent* y el principal, en las cuales el primero ocupa una posición asimilable a la del agente con su principal, y por la otra, las relaciones con terceros, en las cuales aparece únicamente el *Kommissionsagent*, quedando el principal en la sombra. La identidad entre el agente y el *Kommissionsagent* comporta que se le apliquen por analogía las normas del contrato de agencia<sup>51</sup>.

En el Derecho italiano, la figura del intermediario comercial se recoge originariamente en los artículos 1742 a 1753 del *Codice civile*. Posteriormente esta regulación ha sido objeto de numerosas reformas. La más significativa la que introdujo la Directiva europea por Decreto Legislativo de 10 de septiembre de 1991. La peculiaridad del Derecho italiano se apoya en la introducción de principios inspirados en el contrato de trabajo que coadyuvan a reforzar de forma más eficaz la protección de la parte más débil del agente<sup>52</sup>.

La relación de agencia abarca tanto la contratación como el desempeño de la actividad de *promozione* con los terceros en nombre y por cuenta del principal. En los casos de contratación, el principal otorga al agente su representación<sup>53</sup>.

El Derecho francés sigue la línea iniciada por la legislación alemana e italiana, configurando como nueva modalidad de intermediación mercantil el *agent commercial*. El régimen jurídico de esta figura se regula en la *Loi du 25 juin 1991*, la cual tipifica las relaciones entre los agentes comerciales y sus mandantes. El artículo primero de esta Ley define al agente comercial como el mandatario que, a título de profesión independiente y sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios, se halla encargado de manera permanente a negociar y, eventualmente, a concluir contratos de venta, compra, arrendamiento o prestación de servicios, en nombre y por cuenta de productores, industriales, comerciantes o de otros agentes comerciales<sup>54</sup>.

La Directiva comunitaria también se ha incorporado al *Common law*. El artículo 1.3 de la Directiva facilitó esta trasposición, salvando las diferencias existentes entre la agencia continental y la *agency* anglosajona<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 272; CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 279.

<sup>52</sup> FERRARA, F.: «Contratti di agencia camuffati», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, II, Tecnos, Madrid, 1971, 269-283, 276; BORTOLOTTI, F.: «La nuova legislazione sul contratto di agencia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre, 1991», *Contratto e impresa*, 1993, 95-134, 117, señala que la remuneración variable constituye una característica esencial del contrato de agencia. La remuneración fija, por el contrario, supone enmarcar el contrato en una relación laboral de carácter subordinado. En este sentido también GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, seconda edizione, CEDAM, Padova, 1993, 113.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 308-310.

<sup>53</sup> GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 109; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 308-312.

<sup>54</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 342-345.

<sup>55</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 220.

El Derecho comunitario tenía que permitir hacer compatible el concepto continental de agencia y el instituto anglosajón de la *agency* porque, pese a la cercanía de la fonética de las palabras agente/agencia y *agent/agency*, son términos que hacen referencia a realidades distintas en el Derecho continental y anglosajón, respectivamente.

El concepto de *agency* se enmarca en un sector más amplio del *Law of contracts*, que abarca una amplia diversidad de situaciones. De ahí la dificultad de alcanzar una definición de *agency*<sup>56</sup>.

Una de las definiciones de la *agency* que mejor se puede ajustar al Derecho continental es la que considera a la *agency* una relación entre dos personas cuando a una de ellas (*agent*) se le considera jurídicamente autorizada para representar a la otra (*principal*), de tal modo que pueda afectar la esfera jurídica del principal frente a terceros ajenos a la relación, mediante la conclusión de contratos o la disposición de su propiedad<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 38-39.

REYNOLDS, F. M. B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 16 ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1996, 1 ss., señala que la dicotomía entre representación directa e indirecta habitual de los ordenamientos jurídicos de *Civil law* no encajaba en el sistema británico de *Common law*. Sistema en el que la relación de *agency* se despliega a través de la representación directa. Sin embargo, se superó la mencionada dualidad a través de la figura del *commission agent* o *commission merchant* que desarrolla la actividad sin revelar quién es el principal.

Asimismo GARCÍA-PITA y LASTRES, J. L.: «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Civitas, Madrid, 1996, 2816-2868, 2825, nota 20, señala que en el Derecho inglés no existe regulación separada de los contratos civiles y mercantiles. Sin embargo, la doctrina distingue entre el contrato *agency*, que en apariencia tiene poderes de representación directa y la *commission merchant* propia de los ámbitos mercantiles (*comercial spheres*). Mediante esta última figura se constituye una representación —*agent*— para que actúe por cuenta y en representación de un principal. Ahora bien, entendido que el agente actúa en nombre propio, de forma que no crea ninguna relación jurídica entre principal y tercero. Esta figura sería la comisión mercantil propia de los países de *Civil law*. Pero en lo que tiene de relación contractual de principal y representante o mandatario se califica como *agency*.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 367-368, equipara los contratos de agencia continental a los pactos de colaboración o agencia (*agency agreements*) y si bien es cierto que el *law of agency* es uno de los cuerpos legales que regulan esos acuerdos, no es menos cierto que esa rama del *Common law* abarca otro gran número de esferas de intereses extrañas por completo a la agencia continental.

<sup>57</sup> FRIDMAN, G. H.: *Law of Agency*, 6.<sup>a</sup> ed., Londres, 1990, 9, 11, 16, señala que el poder del agente en el Derecho inglés se identifica con la autoridad de que está imbuido para poder actuar en nombre del representado. Califica asimismo la relación de agencia como una relación de poder-lealtad.

REYNOLDS, F. M. B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 16 ed., Sweet & Maxwell, London, 1996, 1 ss., señala que la relación entre el agente y el principal en el *Common law* es de naturaleza fiduciaria. Las obligaciones fiduciarias no son necesariamente contractuales aunque pueden serlo, sino que surgen de la equidad en las manifestaciones de confianza. Consecuentemente esas obligaciones de carácter fiduciario no son exclusivas de la agencia.

Esta definición es cercana a la relativa homogeneidad conceptual de la *agency* que estableció el *Restatement of Agency* en EEUU de 1933. Esta norma configuró a la *agency* como una relación fiduciaria que se deriva de la manifestación de voluntad realizada por una persona (*principal*) a otra (*agente*), en el sentido de que ésta actuara por cuenta de aquélla y bajo su control, con la conformidad del agente de actuar de dicha manera [§ 1 (1)]<sup>58</sup>.

A pesar de que de estas definiciones se desprende que la *agency* se aproxima más al concepto de representación en el Derecho continental que al de contrato de agencia<sup>59</sup>, la normativa británica de adaptación de la Directiva 86/653 acogió finalmente la denominación de *comercial agent*, superando así las diferencias<sup>60</sup> de su Derecho con la finalidad de tutelar al grupo de personas encargadas de for-

<sup>58</sup> REUSCHLEIN, H. G.; GREGORY, W. A.: *The Law of Agency and Partnership*, 2.ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, 2, 11-12, 125 ss.

En el Derecho norteamericano el agente es un fiduciario cuya actividad es fundamentalmente beneficiar a otro. La mayoría de los negocios en el tráfico se realizan a través de fiduciarios. De ello deriva que haya numerosas clases de fiduciarios.

La principal obligación de un fiduciario es renunciar a su interés personal a cambio de la compensación que recibe por realizar una determinada actividad. Por ello su principal obligación fiduciaria es desvelar al principal toda la información relevante de la operación que para él desempeña.

El significado del término fiduciario es amplio: «to any person who occupies a position of peculiar confidence towards another». «It refers to integrity and fidelity.»

La *agency* en el Derecho norteamericano conforma una serie de obligaciones comunes al instituto de la representación en el Derecho continental. Así, el agente tiene una obligación de lealtad que le impide ejercitar una doble relación de agencia (con dos principales), salvo que el principal admita la misma. Igualmente el agente no puede entrar en el negocio con un interés propio a menos que lo autorice el principal.

La obligación de obediencia exige en la *agency* que el agente siga las instrucciones de su principal. El ordenamiento americano distingue además entre instrucciones y limitaciones. Es decir, entre los límites o la extensión del poder y las instrucciones o el cómo se ha de usar ese poder. Es decir, las instrucciones preestablecen la forma en que no ha de utilizar el agente ese poder.

En cualquier caso, al igual que en el Derecho continental, cuando el agente no respeta las instrucciones del principal, el acto para que sea válido ha de ser ratificado por este último.

Por tanto, del conjunto de obligaciones fiduciarias del agente se desprende que, en caso de conflicto de intereses entre el principal y el agente, los intereses del principal tienen preferencia sobre los del agente, salvo que el interés de éste coincida con un interés superior imbuido de carácter público.

<sup>59</sup> Para THEUX, A.: *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, 94, el acto de representación une directa y exclusivamente al tercero y al representado.

La relación de agencia en la Unión Europea se aproximaría más al *broker, sales representative o independent contractor* del *Common law*. Categorías que, según pueda el agente actuar o no en nombre del empresario, se incluirán dentro de la *agency* en el sistema de la *Common law*. MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 368-369, entiende que la representación en el Derecho continental incluye algunas relaciones que no caben en el régimen de la *agency*.

<sup>60</sup> GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil. Obligaciones y contratos mercantiles*, III, 1, RDM, Madrid, 1964, 536, nota 7, señala que en realidad la confusión o imprecisión en esta cuestión entre ambos sistemas obedece fundamentalmente a que en la doctrina anglosajona no separan claramente la representación y el mandato y la representación directa e indirecta.

ma estable de vender mercancías por cuenta de otra persona, independientemente del nombre que reciban<sup>61</sup>.

No obstante cierta resistencia en Inglaterra a la trasposición, finalmente se impuso el régimen de la agencia fundamentado en el Derecho alemán; la importancia de la protección dispensada al agente en el Derecho comunitario ha hecho posible la adopción del sistema en el Derecho inglés<sup>62</sup>.

Téngase en cuenta que uno de los rasgos característicos de la Directiva es precisamente garantizar la igualdad en las condiciones de actuación y la protección del agente como parte más débil de las relaciones de agencia del espacio europeo. En este sentido, distintas previsiones de la Directiva tutelan y favorecen la actividad del agente. Entre ellas cabe destacar las compensaciones que recibe en el momento de la extinción contractual<sup>63</sup>.

De otra parte, la Directiva no incorporó el criterio de adecuar el grado de imperatividad de la norma a la importancia y fortaleza económica del agente, previsto en el Proyecto de Directiva Comunitaria de 17 de diciembre de 1976. El Proyecto preveía el supuesto de que el agente fuese una persona jurídica de cierto tamaño con una posición más fuerte que la habitual de un agente persona física. En estos supuestos disponía la derogación de algunos preceptos del Proyecto en los casos en que superase un determinado importe de capital del agente persona jurídica, manteniéndose la imperatividad de la norma para el caso de agentes de menos potencial económico<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> REYNOLDS, F. M. B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 688 ss., resalta que la obligación principal entre el agente y el principal en el Derecho británico es la de velar por los intereses del principal obedientemente y de buena fe. Esta obligación se concreta en otras como es en esforzarse en concluir las transacciones diligentemente, comunicar al principal toda la información relevante y cumplir las instrucciones que el principal razonablemente imparta.

FRIDMAN, G. H.: *Law of Agency*, 156, destaca la obligación fiduciaria como la principal en la *agency* inglesa, 156-157; MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995, 39-40; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 372-375.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 42-43; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 239.

<sup>63</sup> Una cuestión no coincidente entre el régimen jurídico de la agencia y la comisión bursátil es la referida al sujeto objeto de la tutela del ordenamiento. En el caso de la comisión bursátil, la norma protege al inversor, ordenante del encargo, tratándosele como la parte más débil, mientras que en la relación de agencia, la Ley otorga una tutela más amplia al agente intermediario que al principal ordenante.

En este sentido, QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», 62-64.

PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, 29, 99, 109 y 118, señala asimismo, como ya hemos anticipado, que los agentes que actúan en las relaciones contractuales entre los miembros del mercado y sus ordenantes, siempre que reúnan las notas características de la agencia, se considerarán agentes a efectos de aplicación de la LCA.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», ADC, 1993, 765 ss., 770; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de

El carácter marcadamente imperativo de la norma europea se trasladó a la Ley que la incorporó al ordenamiento interno español. Aun así, la norma admite naturalmente los pactos entre las partes, los cuales son además de cierta entidad. Estos pactos delimitan los más diversos aspectos de la relación. Se refieren en concreto a las condiciones, alcance de la actuación del agente, pactos de exclusiva, garantías, retribución en función de los contratos promovidos y conservación de clientela o pactos que incorporan la posibilidad de asistencia técnica o económica del principal al agente, así como los que se refieren a la duración y régimen de extinción del contrato<sup>65</sup>.

Por ello cabe concluir que la naturaleza imperativa de la Ley del Contrato de agencia no conculca el principio del ordenamiento según el cual lo más útil para el interés general es dejar libertad a las partes contratantes (art. 1255 CC)<sup>66</sup>.

Desde un sector de la doctrina, no obstante, se ha criticado el carácter íntegramente imperativo de la Ley interna en relación a la Directiva cuyo carácter ha sido calificado de semiimperativo. La crítica cuestiona la rigidez de la Ley estatal respecto a la validez del pacto que mejore la posición del agente<sup>67</sup>.

Otra cuestión objeto de discusión ha sido plantear como fundamento del carácter imperativo de la norma de la agencia la natural relación desigual entre las partes. El ordenamiento jurídico tutelaría así a la parte más débil económicamente, el agente, a través de las normas imperativas, restableciendo el equilibrio entre las prestaciones contractuales que corresponden a los particulares.

En nuestra opinión, sin embargo, la naturaleza imperativa de la LCA coincide con el carácter imperativo de las disposiciones de la Ley del Mercado de

---

Contrato de Agencia», RDBB, 65, 20, 1997, 62-64, señala que en la agencia se considera al empresario principal la parte económicamente más fuerte.

Sin embargo, hay reservas al respecto, particularmente cuando el agente tenga una dimensión económica muy superior a la del empresario principal. En este supuesto se aconseja actuar con cautela al aplicar los preceptos de la LCA que contengan normas protectoras para el agente, puesto que de ello derivará un claro desequilibrio entre los intereses de ambas partes en detrimento del empresario principal.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», ADC, 1993, 765 ss., 770; SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, II, 29 ed. (2.ª en Aranzadi), Thomson-Aranzadi, 2006, 219-221.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 770; RUEDA VALDIVIA, R.: «El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable», RDNeg., 86, 1997, 17-40, 24, señala que el derecho de preaviso, las indemnizaciones por daños y perjuicios y las disposiciones sobre limitación contractual de la competencia son ejemplos de ese carácter internacionalmente imperativo de la Ley.

De acuerdo PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 77, 90; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

<sup>67</sup> VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción*, 882.

Valores<sup>68</sup> no intenta corregir el desequilibrio de intereses entre la parte más fuerte y más débil de la relación. Lo que persiguen ambas normas es la transparencia y el buen funcionamiento del mercado. En el caso de la agencia garantizando la eficiencia en la distribución de los bienes y productos, y en el mercado organizado a través de la seguridad y transparencia de las operaciones bursátiles.

Además considerar al agente o al ordenante de la comisión bursátil la parte más débil de la relación no es exacto. Dependerá de quién sea el agente o el ordenante. Piénsese en una agencia de gran tamaño con una extensa red de distribución que configura un canal con el que contratan empresarios productores con una cifra de negocios mucho menor. En este supuesto el agente no es la parte más débil y mucho menos requiere de tutela especial alguna.

#### 4. Concepto y naturaleza jurídica del contrato de agencia

La relación jurídica de agencia se define como el contrato por el cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (art. 1 LCA)<sup>69</sup>.

El concepto jurídico de la agencia coincide sustancialmente con el concepto jurídico de la comisión mercantil. Los autores han procurado deslindar ambas figuras sobre la base de tres elementos. Sin embargo, estas circunstancias resultan insuficientes en más de una ocasión.

El primer elemento utilizado para separar la agencia y la comisión es el referido a la duración de la relación contractual.

La comisión mercantil permite una colaboración aislada y esporádica entre las partes, mientras que la agencia supone una colaboración estable o duradera. No obstante, a efectos jurídicos, la naturaleza esporádica o duradera de la relación no siempre es fácil de determinar. En la agencia y en la comisión mercantil pueden surgir relaciones de difícil calificación como esporádicas o duraderas. Muestra de ello es el supuesto de venta de un lote de mil artículos de una vez o en varios

---

<sup>68</sup> VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción*, 922-923, señala que a pesar del carácter imperativo de las normas que conforman la LMV, el Derecho del Mercado de Valores es Derecho privado.

<sup>69</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 410, valora positivamente que no se haya incorporado a la Ley una duración mínima del contrato, evitando así introducir un criterio de rigidez al sistema. MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 394; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

pasos. ¿Cómo conceptualizar estas operaciones? ¿Estamos ante un supuesto de agencia o por el contenido deberíamos hablar de una comisión?<sup>70</sup>.

La estabilidad o permanencia ha servido también para diferenciar el contrato de agencia de otro contrato, aún atípico jurídicamente, la mediación o corretaje. Un criterio igualmente dudoso porque la mediación puede ser de cierta duración y sin embargo no ser una relación de agencia. Un ejemplo ilustrativo de lo que decimos es la mediación en la venta de todos los pisos de un inmueble o la compraventa de determinados valores a instancia de un ordenante inversor<sup>71</sup>.

Ambas relaciones, a pesar de que a simple vista parecen de naturaleza estable, en realidad no lo son. La relación jurídica que se establece entre los agentes inmobiliarios y el vendedor de un inmueble ha sido calificada por reiterada jurisprudencia de mediación<sup>72</sup>. El agente intermediario aproxima a las partes interesadas en la operación, pero son ellas las que concluyen el contrato.

No obstante, la venta de un piso también puede tener naturaleza de mandato<sup>73</sup>. Piénsese en el supuesto de un particular que encarga a otro la venta de un piso o pisos de un inmueble. En este supuesto el mandatario ejecuta la operación de venta o ventas en representación de aquél. Aunque venda los pisos en varios actos continuados, otorgando este proceder a la relación un carácter estable, la relación se califica de serie de mandatos sucesivos.

Si el objeto del mandato es una compraventa de valores en un mercado organizado, el contrato es una comisión bursátil. Aunque dichas órdenes se emitan de forma consecutiva en el tiempo, el ordenamiento jurídico considera que son un cúmulo de diferentes comisiones. Así lo prevé la Ley al excluir de la normativa de la agencia todas aquellas operaciones sujetas a la Ley del Mercado de Valores (art. 3.2 LCA)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> HOPT, K. J., *Handelsvertreterrecht*, 18; MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 394.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 776-777.

<sup>72</sup> SSTS 26-3-1991 [RJ 1991\2447]; 23-9-1991 [RJ 1991\6843]; 21-5-1992 [RJ 1992\4272]. En las tres resoluciones el alto Tribunal califica de mediación la actividad desarrollada por el agente de la Propiedad Inmobiliaria. Intermediario que no interviene directamente en la conclusión de la compraventa final, salvo apoderamiento y representación expresa. Su función es predominantemente pregestoria y cesa una vez que pone en relación a las partes.

Los agentes inmobiliarios no son agentes en el sentido de la LCA, sino que son mediadores. Es decir, la relación contractual en la que se enmarca esta actividad es la del contrato de mediación o corretaje. Ahora bien, estos agentes no tienen exclusividad en la mediación inmobiliaria. Ésta es una actividad esencialmente libre.

<sup>73</sup> En este sentido, la STS 25-1-1989 [AC 1989\122] califica de civil el encargo de venta de un inmueble. En este caso el mandatario no se atuvo a las instrucciones del mandato, excediéndose en el precio fijado para la venta.

<sup>74</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», RDBB, 65, 20, 1997, 5.

Por tanto, y retornando a la relación de agencia, la determinación del carácter estable u ocasional de la relación deberá concretarse en más de una ocasión a partir del contexto en el que se realiza el encargo. Desde esta perspectiva, la estabilidad de la relación comercial está conectada con el tipo de actividad objeto de la agencia. Esto es, promover y concluir una serie de actos u operaciones de comercio en nombre de un empresario principal<sup>75</sup>.

La conexión entre la duración del contrato y el tipo de actividad del negocio nos permite diferenciar entre la agencia, la comisión y el corretaje. En base a este planteamiento, y en el anterior supuesto de una compraventa continuada de valores en Bolsa, a pesar de que la relación pueda presentar una cierta continuidad temporal, no se halla relacionada con el tipo de actividad objeto de la agencia. De ahí que la mencionada compraventa sea calificada de comisión bursátil<sup>76</sup>.

El segundo elemento que se ha intentado utilizar para diferenciar la agencia de la comisión ordinaria es el contenido del encargo a realizar. En la comisión mercantil el encargo a realizar por el comisionista es específico, mientras que en la agencia es genérico.

Esto es, el objeto de la actividad del agente es más amplio que el del comisionista. Entre el abanico de actividades que puede llevar a cabo el agente en nombre del empresario principal se incluyen las más diversas figuras: el «leasing», el contrato de suministro, de transporte, de seguros o la comercialización de un paquete turístico<sup>77</sup>.

Las cláusulas contractuales delimitan los actos u operaciones que debe promover o concluir el agente para el empresario. Así, el tipo y el volumen de negocios a ocuparse por el agente; la limitación de la actuación a un tipo de operacio-

---

<sup>75</sup> FERRARA, F.: «Contratti di agenzia camuffati», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, 282, señala que en Alemania doctrina y jurisprudencia defienden la existencia de figuras mixtas de agente de comercio y comisionista (*Kommissionsagenten o Agenturkommissionär*), a las cuales se les aplica por analogía las normas del contrato de agencia.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», 5, menciona que en ocasiones el carácter duradero de la comisión hace que surja una figura híbrida formada por elementos del contrato de agencia y del de comisión mercantil. Añade la posibilidad futura de que esa relación adquiera naturaleza de contrato atípico si su uso se difunde.

<sup>76</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», 52-55.

<sup>77</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 29, 99, 109, 118 y 156-157, advierte, no obstante, que una compraventa no es mercantil si no reúne los requisitos del art. 325 CCom: «será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas...».

Asimismo, el objeto del acto u operación de comercio a desarrollar, el agente puede ser cualquier bien mueble, un servicio u otros bienes con valor de mercado, como valores o un bien inmaterial, y no mercancías exclusivamente.

nes por su naturaleza; los productos y la zona geográfica limitada; el modo de pago; o la cadena de distribución comercial. Al margen de lo contenido en las cláusulas, en un momento posterior el agente podría encargarse de nuevos actos y operaciones de comercio del principal, si desde el principio hubiera asumido el último argumento esgrimido para distinguir la comisión y la agencia<sup>78</sup>.

Pero *a posteriori*, ¿el agente podría encargarse de nuevos actos y operaciones de comercio introducidos por el principal? Para unos autores, esta posibilidad es factible si desde el principio el agente asume el encargo de ocuparse de todos los negocios del empresario, con lo cual las cláusulas tendrían carácter orientativo. Para otros, en cambio, sólo podría ocuparse de los nuevos actos u operaciones que fueran afines al ámbito negocial que se estipuló en su momento<sup>79</sup>.

Y, finalmente, el último argumento esgrimido para distinguir la comisión y la agencia se fundamenta en la facultad de representación<sup>80</sup>. Los artículos 1, 5 y 6 LCA prevén que el agente promueva y celebre contratos en nombre y por cuenta del principal con facultades de representación<sup>81</sup>, pero nada dicen de la posibilidad de que pueda hacerlo *nomine proprio* (arts. 245-246 CCom)<sup>82</sup>; de manera que la facultad de representación no nos sirve para distinguir la agencia y la comisión una vez que cabría la posibilidad de un agente actuando por medio de la represen-

<sup>78</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 418; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 160-161.

<sup>79</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 418; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 160-161.

<sup>80</sup> A esta cuestión hace referencia HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, 21, señalando que este problema no se plantea en el Derecho alemán. El texto legal recoge exclusivamente la actuación en nombre propio del comisionista (§ 383).

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 111-112 y 419-420 y PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 31, 36 y 46.

<sup>81</sup> LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994, 57, 110, 113, señala que el agente aparece investido de un poder de representación de intensidad variable y de carácter «voluntario» (acto de voluntad del representado), cuya finalidad es aumentar las facultades «operativas» del agente, sin llegar a convertirse en un elemento esencial del contrato.

RIITNER, F.: *Wettbewerbs-und Kartellrecht*, 6. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, 254, señala que en el caso de la agencia, cuando el agente realiza una actividad de promoción, no existe un segundo contrato entre el agente y el tercero, sino que se estipula un único contrato entre el principal y el tercero (*Erstvertrag*).

<sup>82</sup> El precepto 6 LCA dispone que el agente puede concluir actos en nombre del empresario sólo cuando tenga atribuida esta facultad. Parece que la previsión normativa («por cuenta y en nombre ajenos») permite únicamente la actuación a través de la representación directa. Sin embargo, en nuestra opinión, la conclusión del contrato a través de la representación mediata es posible.

En este sentido, SÁNCHEZ SOLÉ, S.: «Comentario a la Ley sobre el Contrato de Agencia», *Praxis Mercantil*, apéndice 13, Boletín de Información de 15 de junio de 1992, Barcelona, 1992, 83, entiende que en el art. 1 LCA no prevé una prohibición implícita de la actuación en nombre propio y por cuenta del empresario. En ausencia de disposición específica al respecto se aplica el art. 246 CCom.

tación indirecta, de igual modo que sucede en la comisión mercantil, en la bursátil y en la mayoría de los contratos de gestión de negocios ajenos.

Los autores no aclaran debidamente esta cuestión<sup>83</sup>, únicamente señalan que el actuar representativo del agente se rige por los principios generales en materia de representación. Entienden que cuando el agente se ocupe de la promoción de actos de comercio carecerá de poder, aunque ciertas propiedades del instituto representativo intervendrán en la ejecución de la agencia<sup>84</sup>.

### Naturaleza jurídica del contrato de agencia

La naturaleza jurídica del contrato de agencia se configura como un *tertium genus* entre un contrato de resultado y uno de actividad<sup>85</sup>, sin perjuicio de los autores que entienden que cabe contemplar la configuración del contrato como de adhesión. Esto supone someterse a la disciplina del control de las condiciones generales de contratación, pero en aspectos y en situaciones muy concretas<sup>86</sup>. Por

---

Por ello entendemos que habría sido más acertado utilizar exclusivamente la expresión «por cuenta de otro», dando cabida en la legitimación representativa a la actuación en nombre propio y ajeno (con poder de representación) en lugar de hacer referencia única y expresa a la representación directa.

De acuerdo: QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», 20, 51; *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 307; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 180; RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de interés en el Derecho Privado español*, 404.

<sup>83</sup> Salvo RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de interés en el Derecho Privado español*, 404, para quien el actuar representativo abarca indubitadamente a la representación *nomine proprio*. De acuerdo de forma tangencial QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 307.

<sup>84</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 111-112, 419-420; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; y MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 31, 36, 46.

<sup>85</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 2; HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: «Contratos de cooperación y distribución», en *Contratación Internacional* (Coord. ESPLUGES MOTA, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, 748 ss.; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley Sobre contrato de Agencia)», RDM, 230, 1998, 1505 ss., 1511-1512.

PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 77, opina que es más acertado trasladar la discusión al carácter de las obligaciones del contrato. Así, si el interés del acreedor se incluye en la prestación del deudor, el contrato se calificará de resultado. Por el contrario, si el interés perseguido por el acreedor no se incluye en la prestación del deudor, la actividad del agente se calificará de actividad.

<sup>86</sup> POLO SÁNCHEZ, E.: *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1990, 34-35, destaca la nueva perspectiva de las condiciones generales de los contratos, que atienden más a la igualdad de las partes en el contrato y a la protección de los intereses del contratante débil que a la teórica libertad contractual.

PALAU RAMÍREZ en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 82-83, señala que la incorporación de las condiciones generales de contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) al contrato de agencia se explica desde la perspectiva que supone tratar a la agencia como instrumento de racionalización para establecer una relación uniforme entre las partes del contrato.

definición, el contrato de agencia no tiene la naturaleza de un contrato de adhesión, es excepcional que lo sea.

El contrato de agencia en nuestro Derecho es un contrato de naturaleza mercantil. Así lo recoge expresamente la Ley. Sin embargo, la calificación de mercantil del contrato no se incluyó en la Directiva porque para entonces se había realizado la unificación del Derecho de obligaciones (civiles y mercantiles) en algunos de los Estados miembros<sup>87</sup>.

Para la LCA el contrato es mercantil desde el punto de vista objetivo y subjetivo. Desde la perspectiva subjetiva, es un contrato a celebrar entre dos empresarios (personas físicas o jurídicas), el empresario principal y el empresario agente. Ambos se dedican profesionalmente a la intermediación. En el caso del agente se exige además que sea independiente, es decir, que no medie relación de dependencia laboral alguna con el empresario principal, al contrario de lo que ocurre con los representantes y los viajantes de comercio dependientes<sup>88</sup>.

Desde la perspectiva objetiva, el agente promociona o concluye actos de comercio, como más adelante veremos, y lo hace por cuenta de otro, un principal. De ahí que se enmarque en el ámbito de los negocios de gestión ajena.

Asimismo, el objeto del contrato es la actividad de promoción del agente. En principio el agente no queda obligado a la obtención de un resultado.

## **5. Características del contrato de agencia en relación a la comisión mercantil**

En este párrafo acometemos el estudio de las características definitorias del contrato. El análisis se focaliza preferentemente en la distinción entre la agencia

---

Esto ha llevado a que la L 7/1998 se utilice en los contratos de agencia de seguros. Sector en el que el empresario realiza un número de contratos de agencia elevado. De ahí que resulte eficiente estipular una regulación uniforme para todos. Además permite someter a todos los agentes a un mismo calendario en relación al suministro de información o a la realización de los pagos o cobros a realizar por el agente, etc.

En este caso se ha de tener en cuenta la normativa sobre las condiciones generales de la contratación, cuya finalidad es mantener el equilibrio entre las partes, impidiendo que la voluntad unilateral del empresario se imponga a la del agente.

<sup>87</sup> Italia (1942). Portugal promulga el Código Civil unificado en materia de obligaciones el 25 de noviembre de 1966.

VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción*, 882, 890.

<sup>88</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 43; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

y la comisión mercantil, así como en el examen de las características más relevantes de la agencia.

Interesa conocer además los límites que la estructura jurídica de la relación de agencia impone a la actuación de las partes durante y después de la extinción contractual, y para poder delimitar con mayor precisión las diferencias con respecto a la comisión.

#### A) *Independencia del agente*

Atendiendo a la naturaleza de la actividad del agente, éste es un intermediario independiente que actúa siempre por cuenta del empresario principal<sup>89</sup>. Esto no significa, como tendremos ocasión de ver más adelante, que la actividad desempeñada sea exclusiva<sup>90</sup>. Al contrario, el agente puede actuar en nombre de varios empresarios a la vez (art. 7 LCA)<sup>91</sup>.

El agente siempre actúa según su propio criterio y con la autonomía propia de la profesión. En este sentido cabe recordar que esa misma autonomía en la ejecución del negocio jurídico la tiene también el comisionista de la comisión mercantil<sup>92</sup>. Lo habitual es que el comisionista se dedique profesionalmente al negocio de la comisión (art. 244 CCom)<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 5; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 132; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

<sup>90</sup> En contraste con la idea de independencia, el art. 2.2 LCA presume que existe relación de dependencia cuando el intermediario mediador no puede organizar el negocio o la actividad según sus propios criterios.

<sup>91</sup> Inciden en la independencia de la organización del agente: HOPT, Klaus J.: *Handelsvertreterrecht*, 18, 26; BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», RDNeg., 2.

<sup>92</sup> La idea de la independencia de criterio y la autonomía para la realización del negocio o del encargo se observa también en el mandato. Si acudimos a la regulación del mandato, el mandatario nunca ha sido un *nuntius*, sino que además de representar a su mandante tiene legitimidad para actuar según su capacidad y entendimiento al ejecutar el encargo. Es decir, aporta cualificación y decide al realizar el negocio jurídico.

En este sentido, ENNECCERUS, L.: en anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J.: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 1966, 593-594, 617; PALÁ BERDEJO, F.: «Naturaleza jurídica de la comisión», RDP, XXXV, 1985, 906-907.

<sup>93</sup> Este precepto dispone que una de las partes o ambas han de ser comerciantes, pero la interpretación correcta es que independientemente de que el comitente lo sea o no, el comisionista está obligado a serlo (arts. 245 y 246 CCom).

En este sentido, GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil. Obligaciones y contratos mercantiles*, III, 1, RDM, Madrid, 1964, 460; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio*, II, Bosch, Barcelona, 1990-1991, 296; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124.

Por tanto, la obligación del agente de seguir las instrucciones del principal debe conjugarse con la independencia empresarial del agente en relación a su organización empresarial y a sus criterios de decisión (art. 2.2 LCA)<sup>94</sup>.

A pesar de la independencia del agente como elemento consustancial de la relación, hay autores que han criticado el escaso margen de independencia del agente calificándolo de «auténtico representante del principal en el sentido fáctico del término»<sup>95</sup>.

### B) *Actos de promoción o contratación objeto del contrato*

Desde el punto de vista del objeto del contrato, la colaboración que presta un agente es más amplia que la que presta un comisionista. El agente no sólo actúa en la gestión de intereses ajenos, sino que participa también en una labor de distribución comercial. En realidad, es un eslabón más de la cadena de distribución.

De otro lado, la mediación o promoción, junto con la conclusión de contratos, también forma parte del objeto del contrato. Por el contrario, la comisión mercantil no se extiende a los actos de promoción o mediación. Estos actos son objeto de otro contrato, en concreto, el de mediación o corretaje<sup>96</sup>.

El objeto del contrato nos permite distinguir dos tipos de agencia: la agencia de promoción y la agencia de contratación. En la primera, el contrato lo concluye el principal, mientras que en la segunda, es el agente, en nombre del principal y a través de un poder de representación, quien celebra el contrato (arts. 6 y 9 LCA)<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, 28, señala que en el ordenamiento jurídico alemán las instrucciones pueden provenir inicialmente de las exigencias de la clientela de zona.

En sentido semejante en el Derecho italiano, GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, 110, 199, para quien además las instrucciones del principal (art. 1746 *Codice*) están en estrecha relación con el deber de proporcionar por parte del principal la información y la documentación necesaria para ejecutar el contrato (art. 1748 *Codice*).

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, 3053-3074, 3071; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 465.

<sup>95</sup> ORTEGA PRIETO, E.: *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Deusto, Bilbao, 1995, 130. COLLART DUTILLEUL, F., y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 4e édition, Dalloz, París, 1998, señalan que en los contratos de distribución, a pesar de la independencia del intermediario, determinadas circunstancias suponen la incorporación de estrictas cláusulas en los contratos que derivan en que se pueda tratar la actividad desarrollada por el intermediario como la de un empresario con «indépendance juridique et dépendance économique».

<sup>96</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», 20, 58.

<sup>97</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 520-521.

En el caso en que el agente contrate en nombre y por cuenta del representado o empresario principal, se deberán cumplir los principios que resultan de la relación representativa de las partes y las normas generales de la representación (art. 1709 CC ss.)<sup>98</sup>, además de tenerse en cuenta las obligaciones y deberes surgidos del contrato de agencia. El Código Civil sólo dedica un artículo a la representación (art. 1259 CC), de ahí que hayan de seguirse las normas del mandato<sup>99</sup>.

Asimismo, a pesar de que el agente de promoción no llegue a concluir el contrato, se le dotará de una serie de facultades representativas inderogables e imprescindibles para poder llevar a cabo la relación de agencia. Esta cuestión está íntimamente relacionada con la protección mínima que ha de dispensarse al tercero que asume un riesgo cuando entabla relaciones jurídico-económicas con un principal a través de un agente.

Las facultades de representación mencionadas se refieren, por una parte, a la posibilidad que tiene el agente de declarar que promueve negocios por cuenta de otro, y por otra, a la eventualidad de aceptar una serie de efectos mínimos de los poderes representativos otorgados, como es la exigencia del acto de entrega<sup>100</sup>.

Por su parte, el contrato de agencia de contratación exige al agente la prueba de estar facultado para contratar en nombre del principal mediante un poder representativo<sup>101</sup>.

Decíamos más arriba que los problemas que surjan en la relación contractual se resolverán a través de las reglas generales de la representación. Bajo esta circunstancia se entiende que el instituto de la representación puede afectar de diversas formas a la relación de agencia. Así, puede ocurrir que el contrato se celebre por un representante sin poder (*falsus procurator*) o puede ocurrir que el agente celebre el contrato extralimitándose en sus límites («exceso de poder»). Igualmente puede concluirlo con abuso. Es decir, el agente puede utilizar el poder con una finalidad diferente<sup>102</sup>.

En el caso de que el agente representante actúe extralimitándose, el negocio no vincula al principal. Se entiende que el agente no tiene poder, es decir, es un

---

<sup>98</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 413-414; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, II, 220-221; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

<sup>99</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 31, 36 y 46; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 319.

<sup>100</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 521-522.

<sup>101</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 3, señala que la atribución de poder la efectúa el empresario y puede ser expresa, tácita, verbal o escrita.

<sup>102</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 523-528.

*falsus procurator*. Ahora bien, si el principal ratifica lo actuado por el agente responderá de todo ello ante tercero (art. 1259 CC), quedando a salvo las acciones derivadas de la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica (art. 1727.2 CC). Según esta teoría, la responsabilidad de lo actuado por el representante se extiende a los casos en que el principal ha contribuido a crear la apariencia de la representación (representación aparente)<sup>103</sup>.

El contrato de agencia alemán tipifica en los §§ 84-92 HGB el poder de representación que se otorga al agente para llevar a cabo la actividad por cuenta ajena. No obstante, el régimen aplicable se completa con las reglas generales sobre representación mercantil (§§ 54-55 HGB).

En el Derecho alemán, los poderes típicos representativos de un agente de contratación (*Abschlussvertreter*) se configuran como un supuesto de apoderamiento mercantil (*Handlungsvollmacht*) (§§ 54-55 HGB), esencialmente distinto del privativo de un apoderado general (*Prokurist*) (§ 48 ss. HGB). Por regla, el ordenamiento jurídico alemán otorga a todo tipo de agente, sea de promoción o de contratación, una serie de poderes representativos mínimos en pro de la tutela del tráfico<sup>104</sup>.

### C) Auxiliares del agente

El agente, al igual que el comisionista, es un empresario titular de una organización. Y de ahí que necesite de colaboradores que le ayuden en la ejecución de los actos de promoción o contratación objeto de su actividad o empresa. Ahora bien, la responsabilidad del encargo recae sobre él. De esta manera, si alguno de los auxiliares dependientes, vinculados a él a través de una relación laboral común (secretarios, telefonistas, etc.) o especial (representantes de comercio) comete alguna irregularidad, el responsable es el agente. Se le imputa cualquier irregularidad o ilícito de sus auxiliares dependientes, por *analogía legis* con la comisión mercantil (art. 261 CCom)<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 523, 528 y 529.

<sup>104</sup> HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, 23, señala que el poder de representación mercantil en el Derecho alemán (*Handlungsvollmacht*) puede ser general y especial.

Además, si un agente no autorizado concluye negocios en nombre de su empresario principal con un tercero desconociendo éste la falta de autorización, se entiende que el empresario ratifica dicho contrato en el caso de no manifestar su oposición inmediatamente después de que le haya sido notificada su celebración (§ 54 HGB).

El precepto mencionado se aplica asimismo a los supuestos en que el agente se haya extralimitado en la ejecución del negocio.

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, 3053-3074, 3062; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 274.

<sup>105</sup> THEUX, A.: *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, 103 ; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ

Cuestión distinta es la actuación del agente por medio de subagentes. La Ley de Agencia de 1992 siguió las pautas del Código de Comercio al condicionar esta forma de actuar a la autorización expresa del principal (art. 262 CCom). En este sentido, el agente responde de la gestión del subagente única y exclusivamente cuando haya intervenido en su elección (art. 262 CCom)<sup>106</sup>.

#### D) Libertad de forma del contrato

El principio de libertad de forma del contrato de agencia rige la figura<sup>107</sup>, salvo las excepciones que exigen la forma escrita para otorgar validez al pacto. Como sucede en el pacto de garantía, en el pacto de limitación de la competencia, en el pacto de exclusiva y en los casos en los que el agente se halle en una posición más onerosa que la ordinaria<sup>108</sup>.

Retomando el ámbito de la forma del apoderamiento en el contrato de agencia, de manera similar a la comisión mercantil y al mandato, el principio que se aplica es el de libertad de forma (art. 1278 CC y 51 CCom). Esto no implica que la representación se haya de presumir, sólo significa que el poder puede otorgarse verbalmente o por *facta concludentia*<sup>109</sup>.

#### E) Retribución del agente

La retribución del agente, elemento esencial del contrato de agencia, es variable. Y a pesar de que se le denomina comisión (art. 1 LCA), el término no se corresponde con la figura de la comisión mercantil<sup>110</sup>. Si el contrato no dispone

---

SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 151.

<sup>106</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 152-153, señala que esta situación hay que diferenciarla de la *subagencia*, mediante la cual el agente empresario contrata agentes para que promuevan los actos y operaciones de comercio bajo su coordinación, estableciéndose una red de agentes vinculados al empresario agente, pero bajo sus instrucciones y responsabilidad.

Supuesto distinto al contemplado del nombramiento del agente sustituto ex art. 261 CCom.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 781, señala que sigue la caracterización general de los contratos del ordenamiento jurídico dotados de libertad de forma (arts. 1278 CC y 51 CCom). La práctica ha secundado esta libertad de forma, puesto que la mayoría de los litigios que han llegado al Tribunal Supremo eran contratos verbales de agencia.

<sup>108</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 437-438.

<sup>109</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1519-1520; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 150.

<sup>110</sup> LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho Mercantil, Mercantil Español. Obligaciones comerciales*, III, Bosch, Barcelona, 1959, 301; GARRIGUES, J.: *Tratado, Obligaciones y contratos mercantiles*, III, 1, RDM, Madrid, 1964, 477; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio*, 301; *Introducción*,

nada acerca de la remuneración, ésta se determina en función de los usos de comercio del lugar donde el agente desarrolle la actividad. En ausencia de usos se determina una remuneración razonable en relación a la operación desarrollada (art. 11.1 LCA)<sup>111</sup>.

Las normas que regulan la retribución del agente son de carácter imperativo y de dos tipos. Por una parte, las que compensan los actos u operaciones concluidos por el agente (art. 12.1.a LCA). Y por otra, las que corresponden con el derecho a percibir la comisión, aunque el agente no haya intervenido personalmente en la operación. Las últimas exigen que el cliente con el que se realice la operación haya sido captado previamente por el agente para un acto u operación semejante (negocios de continuación) (art. 12.1.b LCA)<sup>112</sup>.

Asimismo, el artículo 12.2 LCA reconoce el derecho a percibir la comisión del agente cuando se le hubiere concedido la exclusiva para una zona o grupo de personas concreto y se concluyan actos u operaciones sin su intervención en esa zona o con ese grupo de personas. Este derecho a la comisión del agente se extiende más allá de la extinción del contrato de agencia (art. 13)<sup>113</sup>.

#### F) *El pacto de garantía*

El conjunto de comisiones mencionadas se denominan ordinarias, pero hay otro tipo de comisión, la de garantía, que se pacta cuando se pretende que el agente asuma el riesgo de todo o parte de la operación. La estipulación de la garantía ha de constar por escrito como contrapunto a la libertad de forma del contrato (art. 19 LCA)<sup>114</sup>.

Así lo recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 5-5-1998<sup>115</sup>. El Tribunal resuelve la apelación interpuesta por el Sr. C. S. contra *Karpan, SA*

---

879; ANGULO RODRÍGUEZ, L., en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Derecho mercantil* (Coords.: ANGULO RODRÍGUEZ, L.; GÓMEZ CALERO, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), II, 10 ed., Ariel, Barcelona, 2005, 267-268; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, II, 222-223.

<sup>111</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 44, señala que a pesar de que la Directiva comunitaria (arts. 6-12) no hace referencia a la actividad remunerada del agente, excluye de este ámbito a los agentes cuya actividad no lo esté. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

<sup>112</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 125-126.

<sup>113</sup> MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Pamplona, 2000, 92; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 126.

<sup>114</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: 366; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 271; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 126.

<sup>115</sup> [AC 1998\5747].

solicitando que se declarase nula la cláusula tercera del contrato de agencia, al no contener la comisión de garantía a percibir por el demandante.

En este caso, el Tribunal desestima la apelación porque entiende que la intención de las partes de vincular la asunción del riesgo a la comisión a percibir está recogida expresamente en la cláusula quinta, a la cual remite la cláusula tercera del contrato.

En el contrato de agencia, el pacto de garantía es similar a la garantía de la comisión mercantil. Inicialmente el comisionista no responde por el incumplimiento de un tercero al ejecutar el encargo. Ahora bien, si el comisionista percibe además de la comisión ordinaria la de garantía correrán por su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador (art. 272 CCom)<sup>116</sup>.

El pacto de garantía en la agencia tiene la naturaleza de un afianzamiento mercantil que se yuxtapone a la comisión ampliando el sistema normal de responsabilidad del comisionista<sup>117</sup>.

La naturaleza dispositiva del pacto de garantía de la agencia y de la comisión ordinaria se diferencia, sin embargo, de la garantía *ex lege* que se exige al intermediario en la comisión bursátil (art. 41 LMV). La entidad miembro del mercado organizado responde siempre ante el cliente ordenante del buen fin de la operación, esto es, de la entrega de los valores o del pago del precio. El miembro del mercado asume la obligación de garantía frente al comitente, sea éste el cliente

---

<sup>116</sup> El *star del credere* en un contrato de mediación colaboración supone el pago de una plus-comisión por parte del comitente al comisionista, el cual equivale a la expresión: «garantizo la ejecución del contrato».

En este sentido, GARRIGUES, J.: *Tratado*, 305; ROVIRA MOLA: Voz «Comisión mercantil», *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, IV, Barcelona, 1981, 444 ss., 450; PEINADO GRACIA, J. I.: *El contrato de comisión: cooperación y conflicto: la comisión de garantía*, Civitas, Madrid, 1996, 102; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, II, 206-207, 221-222.

<sup>117</sup> GARRIGUES, J.: *Tratado*, 499; VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio*, 307; MONTEAGUDO, M.: *La remuneración del agente*, Civitas, Madrid, 1997, 255; RIPERT, G., y ROBLOT, R.: *Traité de droit commercial*, 17e edition, LGDJ, Paris, 1998, 470.

MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 300, 363, señala que lo más adecuado es reconducir la naturaleza de dicha cláusula, al igual que en la comisión mercantil, al instituto de la fianza, ya que así podrán ser aplicables las especialidades de la ley civil —fianza solidaria (art. 1731 y 1751 CC) en relación al art. 349 ss. CCom.

De esta manera se entiende que el agente asume una obligación accesoria y subordinada respecto a la propia del tercero —obligación principal—. La accesoriedad implica que el agente se sitúa en el mismo lugar que el tercero contratante, y que tiene su misma responsabilidad en caso de incumplimiento del contrato. En consecuencia, si el tercero no responde por haberse producido un caso fortuito, tampoco responderá el agente.

inversor o la entidad financiera que se haya encargado de transmitir la orden del cliente<sup>118</sup>.

G) *El devengo de la comisión de agencia*

Al igual que en otros contratos de colaboración, en el contrato de agencia el devengo de la comisión en beneficio del agente surge a resultas de la conclusión del acto u operación de comercio. En la agencia supone además la conclusión del acto u operación de comercio entre el empresario y un tercero, durante o con posterioridad a la extinción del contrato de agencia<sup>119</sup>.

Por tanto, la obligación de retribuir del empresario no tiene eficacia inmediata. Es decir, no se produce en el momento de su constitución, sino en el momento del devengo. Así, hasta que no se de uno de los tres criterios alternativos que enumera el artículo 14 LCA y configura el devengo, la obligación no vence. El mencionado precepto establece que el momento del devengo es el momento de la ejecución del acto u operación de comercio por parte del empresario; el momento en que éste hubiere debido ejecutarlos; o bien, el momento de ejecución total o parcial por parte del tercero<sup>120</sup>.

Del texto legal se desprende que, con independencia de que el empresario o el tercero ejecuten el encargo total o parcialmente, o del incumplimiento del empresario o del tercero, el derecho del agente no resulta perjudicado. Ya que en este caso el devengo de la comisión se produce en el momento en el que el empresario hubiera debido ejecutar el acto u operación<sup>121</sup>. En la comisión mercantil, por el contrario, el devengo sólo se produce si se ejecuta efectivamente el encargo, independientemente del resultado positivo o negativo del negocio realizado<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> CORTÉS, L. J., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 439-441; ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2005, 780; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, II, 314-315.

<sup>119</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 249.

<sup>120</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 250.

<sup>121</sup> MONTEAGUDO, M.: *La remuneración del agente*, 255, califica al devengo de término inicial que determina el mero aplazamiento en el ejercicio del cobro.

MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 244-246, señala que la Directiva adoptó el sistema de devengo de tradición alemana. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 126.

<sup>122</sup> GARRIGUES, J.: *Tratado*, 479-480, señala que la doctrina francesa no lo entiende así, sino que la comisión se debe desde la estipulación del contrato de realización. El § 396 HGB, por el contrario, condiciona el nacimiento del derecho a la comisión a la efectiva ejecución del contrato con el tercero.

Esto significa que el sistema de remuneración en el contrato de agencia ha buscado garantizar la retribución del agente. Se aspira a que el agente no resulte perjudicado por el incumplimiento del empresario o del tercero.

Así, si el agente no ejecuta la operación, el empresario está eximido de pagar la comisión. Pero si el agente cumple con lo estipulado en el contrato de agencia, el empresario debe cumplir con la comisión aunque no obtenga el beneficio esperado tras la actuación del agente<sup>123</sup>. Todo ello sin perjuicio de que el empresario logre probar que el acto u operación no se ha cumplido por causas no imputables a él, y el agente se vea obligado a devolver los anticipos o comisiones que hubiera percibido a cuenta (desdevengo)<sup>124</sup>.

#### H) *El derecho de retención*

El derecho de retención y preferencia del agente, conforme al cual el comisionista puede retener las mercancías propiedad del empresario, no se contempla en la LCA, aunque sí en otros ordenamientos del entorno<sup>125</sup>.

Esto no deja de sorprender si se tiene en cuenta que el Derecho español reconoce este privilegio a otros sujetos que también se ocupan de la gestión del interés ajeno. Este es el sentido del artículo 1730 CC para el mandatario y del artículo 276 CCom para la comisión ordinaria (*privilegio del comisionista*)<sup>126</sup>.

Una resolución en ese sentido es la que recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13-7-1995<sup>127</sup>. El Tribunal de apelación estima en el Fundamento de Derecho Segundo que la mercantil *Regional Andaluza, SL*, no es poseedora material e inmediata de aparatos y material industrial de ajena pertenencia en calidad de depositaria, sino de agente de la empresa interdictante. De ahí que carezca de derecho de retención sobre dichos bienes.

No obstante, resuelve que *Maquinaria Industrial Hostelera, SL*, no reúne la condición para ejercitar una acción interdictal para poseer como facultad dominical, ya que el *ius possessionis* lo tiene la demandada (*Regional Andaluza, SL*) en

---

<sup>123</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 253.

<sup>124</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 126-127.

<sup>125</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 308, señala que en estos ordenamientos se dispone de dos medidas excepcionales. Por una parte, el derecho de retención sobre los efectos objeto del negocio promovido por el agente, y por otro, el *ius distrahendi* sobre esos mismos efectos para satisfacer el importe de los créditos adeudados.

<sup>126</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 309-311.

<sup>127</sup> [AC 1995\1331].

calidad de agente. Posesión en la que no ha mediado lesión alguna porque recibió la maquinaria de la propia actora.

El privilegio del comisionista, al que no hace referencia la LCA, consiste en que este intermediario dispone de diversos instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del comitente (art. 276 CCom). En concreto, la afectación real de los bienes recibidos en consignación por el comisionista al pago del premio (comisión) y gastos debidos por las diversas operaciones pendientes de liquidación; el derecho de retención sobre las cosas para forzar al pago, y la preferencia sobre el precio de las mercaderías, que surtirá efecto en el momento efectivo de la comisión. Es decir, cuando las mercancías hayan sido vendidas por el comisionista en supuestos de comisión de venta<sup>128</sup>.

En el ámbito de la agencia, el silencio del legislador no es óbice para admitir que el agente puede materializar el privilegio del comisionista reteniendo las mercancías propiedad del empresario. Si bien las diferencias existentes entre el contrato de agencia y las relaciones de mandato y comisión exigen determinar en concreto el ámbito de aplicación y los efectos de estas medidas<sup>129</sup>, la remisión general del artículo 50 CCom a la aplicación de las normas del Código de Comercio en todo lo relativo a requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes en los contratos mercantiles fundamenta la aplicación analógica del privilegio del comisionista a la agencia<sup>130</sup>.

Retomando la cuestión que nos ocupa, cabe decir que los efectos prácticos del derecho de retención serán distintos en el contrato de agencia y en la comisión mercantil. En la comisión, el comisionista tiene la posesión de las mercancías, lo que le permite retenerlas mientras que el agente, que habitualmente únicamente tiene en su haber muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos<sup>131</sup>,

<sup>128</sup> LEIÑENA, E., e IRAKULIS, N.: *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2007, 121, señalan que la finalidad del derecho de prenda del art. 1730 CC es la retención de la posesión, no el *ius distrahendi*, sin perjuicio de que el mandatario pueda vender los bienes retenidos si el mandante no le abona la comisión.

Califican de acierto la precisión del precepto civil respecto al contenido del derecho de retención («podrá retener en prenda»), así como la duración de la garantía de lo debido («hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso»).

<sup>129</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 310.

<sup>130</sup> En cualquier caso, la preferencia del cobro del comisionista sobre los demás acreedores, resultante de la ejecución del derecho de prenda sobre las mercancías propiedad del principal, requiere que el crédito se garantice con prenda constituida en documento, sobre los bienes o derechos pignoralizados que estén en posesión del acreedor, en este caso del comisionista (art. 90.1.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

En este sentido, BELTRÁN, E., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 1032.

<sup>131</sup> Finalizada la relación de agencia, sin embargo, la retención de estos documentos adquiere relevancia para obligar al empresario a satisfacer la indemnización por clientela, o la indemnización de daños y perjuicios.

sólo puede ejercer el derecho de retención si ha asumido obligaciones de servicios accesorios que conlleven la posesión de efectos pertenecientes al empresario<sup>132</sup>.

Esta situación se da cuando un agente asume obligaciones de depósito o de transporte de mercancías propiedad del empresario. En este caso, el agente puede retener las mencionadas mercancías mientras el principal no le satisfaga los créditos que le adeude. Cabe decir igualmente que el derecho de retención afecta a las mercancías en poder del agente independientemente de su vinculación o no con las operaciones que originaron la deuda. Ahora bien, este proceder tiene una limitación. Sólo afectará a las partidas consignadas y destinadas al empresario. No afectará a las mercancías depositadas en los almacenes del agente cuyo destino sea el cliente. Por tanto, como hemos anticipado, sólo quedarán afectas al derecho de retención las mercancías en poder del agente que sean propiedad del empresario<sup>133</sup>.

No cabe la misma interpretación acerca del derecho de retención que pueda ejercer el agente en el caso de sumas que, perteneciendo al empresario, se hallen en su poder para gestionar los cobros y los pagos de las operaciones que ha de concluir por cuenta de aquél. La razón es que ni el artículo 1730 CC («cosas objeto del mandato»), ni el artículo 276 CCom («efectos que se remitiesen en consignación»), abarcan el concepto de las sumas dinerarias en poder del agente, sino que hacen referencia a mercancías<sup>134</sup>.

A nuestro juicio, cabe concluir, por tanto, que el privilegio del comisionista sobre el precio de las mercancías en operaciones de venta, equivalente al reconocido en el artículo 276 CCom, sí es aplicable al agente por analogía. Esto supone que el agente ha sido facultado para concluir la venta en nombre y por cuenta del empresario, así como para gestionar el importe de los cobros por cuenta del empresario. De esta manera, el agente puede compensar el precio obtenido en ejecución de las operaciones de venta por cuenta del empresario con el importe de los créditos insatisfechos de aquél. Le corresponde el precio con preferencia sobre los demás acreedores. Este planteamiento no significa que se puedan compensar con carácter general los créditos adeudados por el empresario con las cantidades recibidas por la gestión de los cobros del empresario que le ha sido asignada junto con la de promoción. En modo alguno puede interpretarse este artículo en el sentido de la compensación de deudas del

---

<sup>132</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 310-311.

<sup>133</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 311.

<sup>134</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 312.

artículo 1195 CC<sup>135</sup>, en este último caso tampoco le da cobertura jurídica el precepto 276 CCom<sup>136</sup>.

### *I) Inexistencia de derecho de reembolso del agente*

Otra de las particularidades de la agencia como contrato de colaboración guarda relación con el derecho de reembolso del agente, a diferencia de otros colaboradores<sup>137</sup>. Al agente no le corresponde el reembolso de los gastos derivados del ejercicio de su actividad independiente (art. 18 LCA)<sup>138</sup>.

El carácter estable de la relación que vincula al agente y al principal y la existencia de una organización empresarial propia del agente explica que no haya de recibir el reembolso de los gastos del empresario en contraposición a la obligación de hacerlo en el resto de los contratos de gestión<sup>139</sup>.

No obstante, en determinados supuestos en que la actividad del agente origina gastos ajenos a su actividad profesional, éstos se compensan aplicando los preceptos de la comisión mercantil (arts. 254 a 259 CCom)<sup>140</sup>.

En cualquier caso, atendiendo a la naturaleza del precepto legal que dispone sobre esta cuestión (art. 18 LCA), las partes pueden pactar que el agente perciba una compensación total o parcial por los gastos generados en el ejercicio de su actividad profesional. Asimismo, no hay obstáculo alguno para dar validez al pacto por el que se prevea el reembolso de los gastos surgidos por los encargos específicos en la remuneración total.

La indemnización de daños y perjuicios de naturaleza claramente compensatoria del sistema alemán (art. 29 LCA), incorporada al ordenamiento interno a

---

<sup>135</sup> Para que proceda la compensación, las dos partes han de ser recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio.

<sup>136</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 312- 313.

<sup>137</sup> El mandante o comitente sí pueden reclamar los gastos en que incurra el mandatario (arts. 1728 CC y 278 CCom).

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 797, señala que esta norma que excluye el abono de gastos ordinarios es especial del ordenamiento español, puesto que la Directiva (art. 17.3) no contiene previsión expresa alguna al respecto; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 480.

<sup>139</sup> En el mandato, el mandatario no ha de ser necesariamente un sujeto dedicado profesionalmente a la gestión de negocios ajenos, con lo cual se justifica que los gastos correspondan al mandante.

En cuanto al comisionista, éste se ocupa exclusivamente de operaciones concretas del comitente sin establecer vínculo duradero con el empresario. Esto justifica el reembolso de los gastos derivados de la actividad.

<sup>140</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 347, 348 y 351.

través de la Directiva (art. 17.3), no tiene la naturaleza de derecho al reembolso de gastos (art. 18 LCA)<sup>141</sup>.

### *1) Derecho de indemnización de daños y perjuicios del agente*

El derecho a la indemnización de daños y perjuicios que ostenta el agente tras la extinción de la relación contractual se prevé en el artículo 29 LCA.

El derecho se corresponde con encargos específicos, ajenos a la actividad de promoción, siempre que el agente hubiera asumido la ejecución de prestaciones accesorias y la extinción anticipada de la agencia no le permitiera una amortización con cargo a las retribuciones satisfechas por el empresario<sup>142</sup>.

## **6. Contenido del contrato de agencia**

El elemento subjetivo del contrato de agencia lo conforman el empresario principal y el agente. Ambos tienen estatus de empresarios. Son profesionales que se dedican respectivamente a la fabricación y a la distribución de bienes, mercancías y productos para el mercado.

En este párrafo analizamos el conjunto de obligaciones que han de cumplir los sujetos de la relación de agencia. El contenido de las obligaciones de las partes del contrato, agente y empresario principal, se tipifica en los artículos 9 y 10 LCA.

El régimen jurídico de las obligaciones del agente y del principal se complementa con las disposiciones generales de los artículos 50 a 63 CCom y las normas de la comisión mercantil y del mandato en tanto que conforman la legislación subsidiaria de la LCA.

---

<sup>141</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 354.

<sup>142</sup> MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 356-358. En este sentido, MORILLAS JARILLO, M. J.: «Tribunal Supremo, contrato de agencia y contrato de distribución», RDNeg, 19, 212, 2008, 75-81, 76. La autora señala, siguiendo la interpretación del alto Tribunal, que la indemnización de daños y perjuicios contemplada en el art. 29 LCA, se refiere a los daños y perjuicios causados al agente, en el caso de extinción anticipada del contrato, cuando esta extinción anticipada del contrato «no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato».

En el francés, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios es de carácter marcadamente resarcitorio.

A) *Obligaciones del agente*

Las obligaciones principales del agente son: actuar lealmente y de buena fe en defensa del interés del principal; actuar diligentemente; informar al principal; recibir las reclamaciones de terceros y llevar una contabilidad independiente. Veamos su contenido.

a) Actuación leal y de buena fe del agente en defensa del interés del principal

La obligación esencial o prestación característica del agente es la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena. La actividad de promoción abarca todas aquellas cuya finalidad común sea conseguir clientes que contraten con el empresario<sup>143</sup>.

De esta obligación deriva otra que cabría definir como un principio general de actuación de cualquier mediador o intermediario en la gestión ajena y en las relaciones de colaboración. Nos estamos refiriendo a la obligación del agente de actuar lealmente y de buena fe velando por los intereses del empresario (art. 9.1 LCA)<sup>144</sup>.

Obligación que para algunos autores lleva implícito el deber de actuar diligentemente.

El requisito de la diligencia conlleva que el agente actúe como un ordenado comerciante en el desarrollo de todos los actos que se le hayan encargado, siguiendo las instrucciones del empresario o principal (art. 9.2.a y c LCA)<sup>145</sup>.

Ahora bien, hay autores que diferencian las obligaciones de actuar lealmente y de buena fe y el deber de diligencia<sup>146</sup>. La primera pauta de comportamiento la

---

<sup>143</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», RDM, 230, 1998, 1505 ss., 1518-1519.

<sup>144</sup> VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 884, califica de reiterativa la incorporación del principio general expresada ya en los artículos 1258 CC y 57 CCom.

<sup>145</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000, 163, señala que a nivel cuantitativo el agente intenta conseguir el mayor número de contratos idóneos posibles.

<sup>146</sup> MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Pamplona, 2000, 97; QUINTÁS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, 341, 349-350, señala que para evaluar la obligación de diligencia se tiene en cuenta cómo se comportan los agentes del mismo ramo de actividad (agentes de seguros, de joyas, de coches, etc.) en circunstancias análogas.

En este sentido, BALDI, R.: *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, edit. A. Giuffrè, Milano, (1997) 2001, 164, señala que la diligencia profesional supera el grado de

vinculan con los aspectos éticos del comportamiento y la diligencia con la eficiencia económica que valora la actuación en términos de racionalización de costes y beneficios<sup>147</sup>.

La obligación del agente de actuar leal y de buena fe se transforma en un ideal de conducta y a su vez en fuente de obligaciones<sup>148</sup>. Las partes de la relación de agencia deben respetar, además de las estipulaciones realizadas en el contrato y las obligaciones que la LCA determina (el listado no es *numerus clausus*), todas las que la buena fe impone<sup>149</sup>.

La obligación de defensa de los intereses del principal (art. 9.1 LCA) se interpreta de igual modo como un principio taxativo de parcialidad a favor de la empresa que ha contratado sus servicios. Proporciona un modelo ideal de conducta fundamentado en la buena fe (art. 1258 CC) que sirve para configurar el modelo de comportamiento entre las partes<sup>150</sup>.

---

diligencia media propia del padre de familia y se identifica con la diligencia media propia de la actividad profesional (art. 1176 *Codice*).

<sup>147</sup> GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, III, Civitas, Madrid, 1996, 2816-2868, 2856, 2857.

<sup>148</sup> Díez-PICAZO, L.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, 9 ss., 9, 13, diferencia, por una parte, entre la buena fe como concepto técnico-jurídico que se inserta en numerosas normas jurídicas con la finalidad de delimitar el supuesto de hecho. En este sentido, la norma que regula el comportamiento en la actuación del agente.

Y por otra, el «principio de buena fe» que configura una norma jurídica completa y se eleva con categoría de principio general del Derecho. Este último conforma asimismo el estándar o modelo ideal de conducta social.

BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», *RDNeg.*, 1993, 30, 1 ss., 2 y 4, señala que la lealtad exigida al agente ha de entenderse en su sentido más genuino, como cumplimiento de lo que imponen las leyes de la fidelidad, las del honor y hombría de bien.

La buena fe en la ejecución de los contratos mercantiles (art. 57 CCom) significa actuar con honradez, sin engaños, sin reticencia, y haciendo honor a la confianza depositada por parte del empresario fiado.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, 413.

MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 112, define la doble perspectiva de esta obligación general que la Ley impone al agente. Por una parte, la realización de actos que benefician al empresario, y por otra, la de no realizar acto alguno que le perjudique.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 293-295.

<sup>149</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 2 y 4.

PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», *RDM*, 230, 1998, 1505 ss., 1509; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 131; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 192; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 298.

<sup>150</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 444.

El principio de la lealtad y la buena fe de la actuación del agente se manifiestan en la obligación de defensa de los intereses del principal y en el deber de comunicarle los intereses personales que tenga en la gestión (art. 9 LCA). Este deber implica la imposición al agente de la obligación de no competir con el principal mientras dure el contrato<sup>151</sup>. Ello significa que no puede desarrollar una actividad profesional por cuenta ajena con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquéllos cuya contratación se hubiera obligado a promover (art. 7 LCA)<sup>152</sup>.

La obligación de abstenerse de actuar si el negocio contradice el interés del empresario no implica que el agente carezca de interés propio en el negocio. Tampoco que el agente tenga obligación de desvelar los intereses personales en el encargo<sup>153</sup>.

El ordenamiento jurídico sólo exige que, en caso de conflicto, el agente obtenga la autorización del empresario principal para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad relacionada con bienes o servicios de igual o análoga naturaleza a los de cuya contratación se hubiera comprometido a promover (art. 7 LCA)<sup>154</sup>. *A sensu contrario*, si no existe cláusula de exclusiva, el agente puede actuar por cuenta de varios empresarios siempre y cuando no sean competidores<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 306, señala que no exclusivamente en el ámbito de la competencia. Esta pauta de conducta está presente en el resto de las obligaciones concretas del agente.

<sup>152</sup> HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuch handluch, München, 1992, 40.

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, 3053-3074, 3068, señala que en los supuestos en que se ponga en riesgo el deber de colaboración asumido por el agente en interés del empresario, la aplicación del precepto evitará el nacimiento de un conflicto de interés.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 132 y 451, señala que una de las obligaciones indirectas del agente es no aceptar gestionar el interés de un competidor del principal. Es decir, el principio taxativo de parcialidad se ordena a favor de la empresa que ha contratado los servicios del agente.

Es este sentido, RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, 405. CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, 256, 259.

<sup>153</sup> LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994, 120; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1532; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 304.

<sup>154</sup> VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», 3068, advierte no obstante que el hecho de que el agente pueda ejercer una actividad concurrencial no le exime de responsabilidad por actos de competencia desleal.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 405.

<sup>155</sup> MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 90, 93-94, señala que cuando el agente actúe en exclusividad, no podrá desempeñar

Las obligaciones exigibles a las partes en el contrato de agencia que configuran el principio de la buena fe en el sector se complementa con el principio de la buena fe incorporado por la sustancial reforma de Ley de Competencia Desleal (LCD). La novedosa concepción jurídica de la buena fe en el mercado permite atender a otra perspectiva del principio de la buena fe en relación al estándar o modelo ideal de conducta social que se plantea en un determinado sector para todos los operadores que actúan en él. La mencionada perspectiva ha sido introducida al ordenamiento a través de la cláusula general del art. 4 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, de 10 de enero: «Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Esta última siempre se presume.

La amplitud de esta cláusula abarca no exclusivamente un estándar de conducta profesional<sup>156</sup>, sino el principio universalmente reconocido y legalmente consagrado del «modelo social», que en el sector de la competencia significa responder a los principios de la libre competencia, la tutela del consumidor o usuario y la eficiencia en la competencia, evitando los abusos del derecho de libertad de empresa. De esta formulación cabe interpretar que los intereses protegidos no son únicamente los de los competidores o profesionales directamente dañados, sino también los generales del mercado que abarcan los de los consumidores y usuarios. De ahí que una determinada práctica de un operador, aun siendo habitual en el sector, no por ello será conforme a la buena fe que ha de imperar en el mercado en relación al modelo social<sup>157</sup>.

---

ninguna actividad para otros empresarios, a pesar de que éstos no realicen actividades en concurrencia con el empresario principal.

Por tanto, si no existe pacto de exclusiva, el agente goza de entera libertad para ejercer por cuenta de otros empresarios e incluso por su propia cuenta. Ahora bien, cada vez que contrate con uno nuevo requerirá del consentimiento del primer empresario cuando se trate de bienes concurrentes.

De esta forma se impide que la actividad desarrollada por el agente pueda perjudicar la cuota de mercado de un empresario principal con el que había contratado con anterioridad. Este proceder es coherente además con el principio de actuación leal y de buena fe que se impone al agente cuando actúa en nombre propio, ya sea directamente o a través de otros agentes, o bien cuando lo hace por cuenta de tercero o terceros (art. 9 LCA).

La Ley no exige que el consentimiento sea expreso, es suficiente que sea tácito, derivado del hecho de conocer que está actuando para otras empresas sin mostrar oportuna oposición por parte del principal. En este sentido, la SAP Bizkaia 17-12-1997 [AC 1997\2397].

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 405-406.

<sup>156</sup> «Corrección profesional»; «buenos usos mercantiles» o «usos honestos en materia comercial o industrial».

<sup>157</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, I, 197-198, señala que existe un claro componente de interés público que pone de manifiesto la relación entre el sector del consumo y el Derecho de Defensa de la Competencia.

En este sentido en las relaciones con consumidores y usuarios, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar

Trasladando esta concepción a la relación de agencia, la buena fe exigida a las partes en el contrato implicará que el comportamiento profesional de ambas sea conforme a los parámetros exigidos por el modelo social en relación a la protección de los intereses de los operadores, los usuarios y la eficiencia del mercado.

Por tanto, todos los que concurren en el mercado con sus bienes o servicios han de tener una conducta que no conculque «la buena fe objetiva», concepto que exige que todos los competidores respeten una conducta diligente y leal, apoyada en los criterios de la conciencia social media, análoga al deber de conducta del «buen padre de familia» del Derecho civil y al del «ordenado comerciante» o «representante leal» del Derecho mercantil<sup>158</sup>.

Cabe decir asimismo que el ilícito concurrencial, además de abarcar las conductas culposas (antiguamente la intencionalidad se reputaba un elemento necesario), se extiende a todos aquellos comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe. Esto es, basta que una conducta sea contraria «objetivamente» a la buena fe para calificar el acto de desleal<sup>159</sup>.

Si trasladamos el criterio de la buena fe objetiva al ámbito del Mercado de Valores, su cumplimiento implica no realizar ninguna conducta desleal que conculque el «modelo social» en este sector. Ello exige que todos los operadores actúen con transparencia y seguridad en el trasvase de la información que afecta a los mercados. De ahí se deduce que si el intermediario bursátil no opera con transparencia o comercia con la información privilegiada, su conducta es desleal.

En el ámbito de la agencia cabe aplicar idéntico criterio. Tanto el agente como el principal deben atenerse a ese estándar medio de actuación en el sector que

---

de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores (art. 4 LCD, incorporado por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de trasposición de la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales de 2005).

De esta manera, la cláusula general fundamenta una prohibición general de distintas variedades de actos desleales que pueden surgir en el tráfico económico en las relaciones entre empresarios y entre éstos y los consumidores y usuarios, siguiendo las pautas del Derecho europeo de la competencia desleal. Así, para la valoración de la conducta cuyo destinatario sea el consumidor, se tomará en cuenta el consumidor medio y únicamente sean susceptibles de tomar en consideración aquellas prácticas que distorsionen o puedan distorsionar de forma significativa el comportamiento del consumidor, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad. Estas últimas prácticas se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo (art. 4.3 LCD).

<sup>158</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, I, 192-193.

<sup>159</sup> ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (AAVV – Coord. APARICIO GONZÁLEZ, M. L.), I, II, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, I, 377, VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción*, 676.

supone la búsqueda de la eficiencia y la integración en la distribución. Desde esta perspectiva, la lealtad del agente le forzará a comunicar al principal cualquier actuación que pueda generar conflicto de interés. Así, por ejemplo, en el supuesto de una autoentrada por cuenta propia o en el caso de una actuación por cuenta de otros principales. Ahora bien, la buena fe objetiva también afecta al principal. En este caso, si esa forma de actuar responde a unos criterios de eficiencia económica que deriven en una mayor integración y racionalidad en la distribución, el principal no puede negarse a otorgar la autorización.

El régimen jurídico español, superando los límites jurídicos impuestos en otros contratos de gestión de intereses ajenos, permite al agente actuar por cuenta propia y reconoce su propio interés, otorgándole la vía de la autorización para concurrir con el principal. Y ello a pesar de que la normativa de la agencia antepone el interés del principal al del agente cuando ambos intereses entran en conflicto.

Los Derechos germánico (§§ 84-92 HGB) e italiano (art. 1742 *Codice*) han incorporado de forma similar la defensa del interés del principal.

En el Derecho alemán, la obligación de defensa de los intereses del principal conforma el eje de la relación contractual. Abarca, por tanto, la comunicación de toda la información necesaria al empresario vinculada a la gestión encomendada y la obligación de secreto<sup>160</sup>.

No así la doctrina y el Derecho francés, que lo configuran como *un mandat d'intérêt común*<sup>161</sup>.

Previsión que no elimina la obligación de lealtad e información como fundamentos de la actuación del agente (art. 4 *Loi 25 juin 1991*). Agente que se configura en el Derecho francés como agente estatutario una vez que se exige su inscripción en el Registro creado al efecto<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 272; CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 256-257, señala que deriva de la naturaleza de la gestión ajena del contrato y del carácter de servicio que se desprende del contrato.

<sup>161</sup> En el texto francés de la Directiva se utiliza el término *le mandant* para designar al principal, y es considerada una relación en interés común. De ahí que el mandato de agencia se pueda denunciar *ad nutum* por ambas partes.

COLLART DUTILLEUL, F., y DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 4e édition, Dalloz, París, 1998, 791-792, señalan que el interés común se ha entendido de diversas formas. Para unos se asimila como un criterio de aplicación de la obligación de información, para otros se manifiesta en el compromiso de un aprovisionamiento o suministro en exclusiva de los bienes y servicios. Sin embargo, es opinión general de la doctrina que la buena fe refuerza esa concepción que se manifiesta en la obligación de indemnizar a las partes en el caso de que se rescinda el contrato sin justa causa.

<sup>162</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 352-354.

En todo caso, el fundamento del interés común que preside la relación jurídica entre el principal y el agente en el Derecho francés no evita cierto desequilibrio de intereses en la relación. Esto queda de manifiesto en la obligación de no concurrir que se exige al agente terminadas las relaciones de colaboración (art. 14 *Loi du 25 juin 1991*).

Retomando la cuestión de la defensa de los intereses del principal nos fijamos en la naturaleza de la obligación del agente de revelar los conflictos de interés con el principal, absteniéndose de contratar en ese caso. Esta obligación tiene amparo en la legislación especial (art. 9.1 LCA), pero también en el Derecho común. Los preceptos 1459.2 CC y el artículo 267 CCom inciden con fuerza en la relación de agencia<sup>163</sup>.

De la legislación común deriva la obligación del agente de rehusar negocios que puedan suponer un perjuicio para el empresario; por ejemplo, la aceptación de comisiones de terceros y también la obligación de revelar la situación al empresario (art. 1720 CC). Este deber emana a su vez de la observancia de las Leyes y Reglamentos a respetar en la ejecución del encargo (art. 259 CCom)<sup>164</sup>.

De otro lado, la obligación a que nos estamos refiriendo exige, en el supuesto de varios principales, que el agente cumpla lealmente y de buena fe con todos los empresarios por cuya cuenta actúa lícitamente, defendiendo sus respectivos intereses y cumpliendo con un reparto razonable de sus esfuerzos profesionales<sup>165</sup>.

Por último, el principio general de lealtad y buena fe exigirá en todo momento que si el agente no puede cumplir el encargo asumido lo comunique de inmediato al principal (art. 9.2.a LCA). De lo contrario asumirá el coste de la indemnización que corresponda<sup>166</sup>.

Cabe concluir que la Ley especial no prohíbe que el agente realice actividades concurrentes con las del principal, ya que éstas pueden ser concurrentes, pero no desleales. Ahora bien, corresponde al principal consentirla u oponerse en el marco del deber de la lealtad y el principio de buena fe objetiva.

#### b) Deber de cumplir con las instrucciones del principal

Las instrucciones cumplen en general en todos los contratos de gestión la función de concretar y perfilar el encargo genérico dado por el principal al gestor,

<sup>163</sup> RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 405-406.

<sup>164</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 132 y 451; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 168-169.

<sup>165</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 445; ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: II, 182-183.

<sup>166</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 452-453.

evitando de alguna forma que se haya de renegociar o reelaborar ese mismo contrato de continuo. Se definen como actos unilaterales de eficacia declarativa, esencialmente revocables por el mandante y que suponen un límite al encargo principal. Las instrucciones afectan a las partes en general y al agente en particular porque tienen incidencia en su independencia profesional<sup>167</sup>.

Parece que el legislador decimonónico fue algo más riguroso en el caso de las instrucciones de la comisión mercantil. El Código de Comercio (art. 256 CCom) prohíbe con carácter absoluto que el comisionista pueda proceder contra disposición expresa del comitente aun cuando el atenerse a la misma pueda producir perjuicios al comitente.

A nuestro juicio, esta disposición ha de ser interpretada en un determinado sentido. Entendemos que la diligencia que ha de dirigir la actuación del comisionista en defensa del interés del comitente ha de ser interpretada en función de la forma en que se ejecuta el encargo. Si el comisionista actúa por cuenta y en nombre ajeno, el deber de diligencia le exige adoptar las instrucciones impartidas por el comitente en la realización del encargo. En el supuesto de un resultado negativo, la responsabilidad recaería en el comitente.

El comisionista también ha de seguir las instrucciones del comitente cuando el encargo se realice en nombre propio, pero por cuenta ajena (*nomine proprio*). Sin embargo, es habitual que en este supuesto las instrucciones del comitente sean más laxas y el mandatario ejecute el encargo según sus propios criterios y pericia profesional. Este proceder facilita la contravención del artículo 256 CCom y este precepto permitiría al comitente exigir la responsabilidad del comisionista en caso de que el resultado del encargo fuera desfavorable. En este caso, el comisionista, para quedar exento de responsabilidad, tiene que probar que ha actuado con la diligencia profesional debida.

Si el encargo, y en especial las instrucciones, han sido dados por un comitente inexperto no es coherente admitir como parámetro de diligencia del comisionista el cumplimiento de unas instrucciones ineficaces. Es razonable que el comisionista se aparte de las mismas conforme al criterio de cuidado de un buen

---

<sup>167</sup> GARRIDO, J. M.: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995, 64; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1535; FLAQUER, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 61; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 193, 195.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001, 368, 388, 390, relaciona la naturaleza independiente de la actividad profesional del agente con el interés económico propio del agente en su empresa. De esta manera, las instrucciones del principal tendrán como límite mínimo el núcleo esencial de la libertad de empresa del agente (arts. 38 y 53 CE).

comerciante y profesional, sin perjuicio de la comunicación inmediata de la actuación al comitente<sup>168</sup>. A nuestro juicio, la facultad para exigir responsabilidad al comisionista en caso de resultado desfavorable del encargo dependerá de esa comunicación y de la respuesta expresa o tácita del comitente.

En el ámbito de la agencia, las instrucciones han de ser respetadas, sin que esto implique restringir la independencia del agente<sup>169</sup>. Téngase en cuenta que las instrucciones, en sentido estricto, sólo se refieren al encargo y no a su forma profesional de realización. Son distintas, por tanto, de las instrucciones que el principal pudiera formular acerca de otros extremos. Esto no significa que diferenciarlas sea sencillo.

No obstante, cabe precisar que las instrucciones del principal que afectan a la forma profesional de realización del encargo son aquellas relacionadas con la organización de la distribución del agente, menoscabando su independencia. Estas instrucciones intentan uniformar los sistemas de distribución de la red incluso desde el punto de vista administrativo (con sistemas informáticos y programas). Imponen también las visitas a determinados clientes, excluyendo a otros, en la comercialización de los productos de lujo, e intensifican incluso de manera exagerada el número de visitas en época de crisis en las ventas.

Un elemento que puede ayudar a que la actuación del agente pueda ser considerada independiente es la expresión «instrucciones razonables» del precepto 9.2.c LCA. Es decir, el agente debe atender las instrucciones y pautas razonables del encargo ignorando el resto<sup>170</sup>.

Así las cosas, teniendo en cuenta que en el contrato de agencia el agente realiza la promoción de un producto o servicio según sus conocimientos técnicos y

---

<sup>168</sup> GARRIDO, J. M.: *Las instrucciones*, 96, 149; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, Reus, 2009, 169.

<sup>169</sup> BALDI, R.: *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, edit. A. Giuffrè, Milano, (1997) 2001, 160, señala que la obligación de cumplir con las instrucciones del principal es una manifestación de la existencia de una relación de colaboración entre las partes. El único límite al cumplimiento de las instrucciones es el de la autonomía profesional del agente.

<sup>170</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley Sobre contrato de Agencia)», 1535-1536; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 183.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 370-372, 390, señala que, independientemente de la obligación de no seguir las instrucciones contrarias a la Ley que le dé el empresario, tampoco seguirá las instrucciones que no se ajusten a la naturaleza del contrato (instrucciones no razonables).

Las instrucciones razonables son las que afectan a los aspectos técnicos del producto que necesita conocer el agente para llevar a cabo una distribución eficiente. Es frecuente que se impartan a través de cursos de formación. De ahí que en ocasiones este tipo de instrucciones se hallen en la frontera entre la obligación del principal de proporcionar al agente la información necesaria con objeto de ejecutar el contrato de agencia (art. 10.2.b LCA) y su derecho a impartir instrucciones.

comerciales (*lex arti*), es habitual que el principal apenas imparta instrucciones sobre este tipo de cuestiones y se remita a especificar otro tipo de aspectos como los precios, condiciones comerciales de las operaciones, concesión de descuentos y aplazamientos de pagos u otros incentivos y tipo de clientes a los que desea dirigirse o considerados preferentes<sup>171</sup>.

De esta concepción se desprende que el cumplimiento de las instrucciones no siempre libera al agente de su responsabilidad, al contrario de lo que ocurre en la comisión mercantil (art. 254 CCom). Es decir, la pericia profesional adquiere gran relevancia y el agente puede separarse de las mencionadas instrucciones aun cuando el principal no conozca el cambio de circunstancias que han sobrevenido, pero quepa esperar que de conocerlas actuaría de esa determinada manera<sup>172</sup>. Es más, si no lo hace puede incurrir en responsabilidad. Se encuentra forzado profesionalmente a ello, porque si actúa siguiendo las supuestamente equivocadas instrucciones del principal no queda exonerado de responsabilidad y responderá<sup>173</sup>.

En el ámbito de las instrucciones, la regulación de la agencia se aleja de la estricta regulación de las instrucciones en la comisión (art. 256 CCom), en la que lo no previsto expresamente por el comitente el comisionista está obligado a consultarle<sup>174</sup>. En la relación de agencia esta circunstancia no supone que el agente haya de solicitar urgentemente las instrucciones al principal. Puede actuar según el criterio de diligencia del ordenado comerciante o empresario (art. 255.1 CCom)<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 372-373. CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 257-258, señala que las instrucciones del principal pueden ser precisas respecto a determinados aspectos comerciales, pero no lo serán en el ámbito que afecta a la independencia profesional del agente. De lo contrario llevaría a una confusión con los contratos de trabajo.

<sup>172</sup> Solución similar a la adoptada por la doctrina alemana, que aplica la norma del mandato (§ 665 BGB), considerando autorizado al agente para separarse de las instrucciones del principal cuando las circunstancias permitan suponer que el mandante aprobaría la desviación. En este sentido, HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, 39; CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 257.

<sup>173</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1539-1540; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 196-197; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 183.

<sup>174</sup> GARRIGUES, J.: *Tratado*, 549; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley Sobre contrato de Agencia)», 1535-1536.

<sup>175</sup> VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», 3053-3074, 8058, 3059.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Edersa, Madrid, 2000, 314, señala que la actividad del agente no puede considerarse sometida a los estrictos términos a los que está sujeto el comisionista (art. 255 CCom). De ello se desprende que en lo no previsto expresamente por el empresario no ha de interpretarse que esté obligado a consultarle.

A nuestro juicio, con esta disposición, el legislador ha dado un paso más en el reconocimiento profesional de los intermediarios en general y del agente en particular en la gestión de negocios ajena. No obstante, llama la atención que se aplique el precepto 258 CCom cuando el agente adquiera o contrate a precios o condiciones más onerosas, ya que en definitiva le imputa la responsabilidad de la mala resolución del negocio independientemente de la dificultad del mismo<sup>176</sup>.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo dicho en los párrafos precedentes, el incumplimiento de las instrucciones sin motivo justificado puede ser causa de resolución del contrato en el marco delimitado por la agencia. Es decir, cuando el agente se niega a seguir las instrucciones que no son abusivas, ni traspasan el ámbito del contrato o de la ley<sup>177</sup>.

### c) Deber de informar al principal

La obligación del agente de comunicar al empresario toda la información relevante para los actos u operaciones encargados, en especial los relativos a la solvencia de los terceros con quienes ha de contratar, se prevé en el artículo 9.2.b LCA.

El deber de información del agente abarca dos niveles. Por una parte, el general, que conlleva la obligación del agente de poner a disposición del empresario toda la información necesaria para la buena gestión. Y, en segundo lugar, la obligación de informar acerca de la solvencia de los terceros<sup>178</sup>.

Este doble nivel coincide con la obligación de información del comisionista mercantil (art. 260 CCom), que comprende igualmente dos tipos de información. Una de carácter general relativa al buen éxito de la operación, que puede a su vez suponer recibir nuevas instrucciones o revocar el encargo. Y otra relativa a los contratos celebrados que configuren el objeto de la comisión. En cualquier caso, la información será relevante en función de los criterios que fundamentan la ejecución del contrato.

La obligación de informar del agente es, en nuestra opinión, más amplia que la del comisionista. Y ello a pesar del rigor del Código de Comercio en el trata-

---

<sup>176</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1539-1540; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 196-197.

<sup>177</sup> LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, 296; QUINTÁS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 397.

<sup>178</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 2 y 5; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 465; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

miento de esta obligación en la comisión mercantil y de la postura de la doctrina española, que consideran la obligación de informar del comisionista como parte de la estructura fundamental del contrato de comisión<sup>179</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la obligación de información del agente es más amplia porque conlleva la obligación de dar a conocer la identidad del tercero y también su estado de solvencia<sup>180</sup>.

El contrapunto de la obligación de informar es la obligación de confidencialidad que pesa sobre el agente acerca de aspectos que puedan perjudicar al empresario principal. Desde esta perspectiva, la normativa de la agencia guarda relación con otras normas que disciplinan las conductas competitivas en el mercado. Cabe destacar la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que en su artículo 13 recoge la prohibición de violación de secretos<sup>181</sup>.

Esta prohibición comprende las divulgaciones que puedan dañar la imagen del principal y reportarle un daño económico, extendiéndose tanto al período contractual como al pre y poscontractual<sup>182</sup>. Es decir, la obligación abarca: los secretos industriales o comerciales del principal (*know how*); la confidencialidad de la identidad de proveedores; el éxito comercial de los diversos productos, proyectos y estrategias; e incluso las listas de clientes. Igualmente desplegará sus

<sup>179</sup> LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho Mercantil Español. Obligaciones comerciales*, III, Bosch, Barcelona, 1959, 292; ROVIRA MOLA, A.: voz «Comisión mercantil», *Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX*, IV, Barcelona, 1981, 444 ss., 499; GARRIDO, J. M.: *Las instrucciones*, 105-107; URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 28 ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, 627; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125; VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción*, 883-884.

<sup>180</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 133; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 197; PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1539-1541; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 123-124.

<sup>181</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 133; DE LA CUESTA RUTE, J. M., y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Contratos Mercantiles*, I, Bosch, Barcelona, 2001, 306; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 407-409.

<sup>182</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 205; MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 306.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 412-413, señala que el legislador español no recoge esta obligación expresamente, al contrario que otros ordenamientos del entorno, pero entiende que se puede defender la obligación de secreto con posterioridad a la terminación del contrato en los supuestos de inclusión en el contrato de un pacto de prohibición de competencia poscontractual (art. 20 LCA) y cuando la violación del secreto sea susceptible de ser calificada como un acto de competencia desleal (art. 13 LCD).

El § 90 HGB y el art. 8 *Decret-Lei* portugués 178/86, de 3 de julio, modificado por *Decreto-Lei* 118/93, de 13 de abril, imponen expresamente la obligación de secreto poscontractual del agente.

efectos durante la vigencia del contrato y después de la extinción del mismo. El carácter confidencial de la relación abarca, en determinados casos, la identidad y los datos personales del empresario<sup>183</sup>.

El deber de silencio del agente no guarda relación con la forma en que la información ha llegado a su conocimiento, incluso es irrelevante si ha accedido a ella de manera lícita o ilícita. El rigor de esta obligación se manifiesta especialmente en relación con la lista de clientes, que el agente tiene prohibido revelar, aunque la creación haya sido consecuencia de su propia iniciativa<sup>184</sup>. Ahora bien, si el agente poseía las listas de clientes en el momento de iniciar la relación de agencia, sí podrá divulgar éstas o utilizarlas para otros fines una vez haya finalizado el contrato. Es coherente con la finalidad de esta obligación que cuando se haya de fijar la extensión temporal y el objeto de la obligación de guardar silencio del agente, se tenga en consideración tanto el interés del empresario en que no se revelen sus secretos como el del agente en utilizar sus experiencias y conocimientos en provecho propio<sup>185</sup>.

#### d) Obligación de recibir las reclamaciones de terceros

Del estatus de intermediario del agente derivan asimismo varias obligaciones de carácter técnico, entre las que cabe mencionar la posibilidad que tiene el agente de recibir, en nombre del empresario, las reclamaciones de terceros relativas a los vicios o defectos en los bienes vendidos o a los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas por el agente<sup>186</sup>.

En este orden de cosas, se le exigirá igualmente al agente la obligación de conservar, utilizar de forma adecuada y restituir los instrumentos recibidos para el ejercicio de la agencia, así como la de utilizar lealmente los signos distintivos del principal (arts. 10.1 LCA y art. 266 CCom)<sup>187</sup>.

<sup>183</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 451; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 102; QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Las obligaciones fundamentales del agente*, 402-405; ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 184.

<sup>184</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 205, destaca el rigor de esta prohibición impidiendo revelar la lista de clientes aunque la creación haya sido resultado de su propia iniciativa.

Éste es el sentido del comentario a la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 28-1-1993, *NJW* 1993, 1786-1787. En la resolución se destaca la obligación del agente de preservar los nombres, direcciones, números de teléfono y residencia de los clientes como un secreto comercial.

<sup>185</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1549-1552; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 134.

<sup>186</sup> BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», 5, señala que esta obligación se ha tomado de ordenamientos distintos del comunitario (§ 55 HGB y art. 1745 *Codice*); BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

<sup>187</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 135, 451.

e) Obligación de llevar una contabilidad independiente

En aquellas situaciones en que el agente actúe para varios empresarios además del deber de llevar una contabilidad, tiene otro que exige llevar una contabilidad separada respecto de las operaciones relativas a cada uno de ellos (art. 9.2.e LCA)<sup>188</sup>.

Esta obligación, expresamente recogida en la Ley, facilita la rendición de cuentas del agente y coadyuva a garantizar una actuación leal y conforme a la buena fe (art. 10.1 LCA). Por tanto, es razonable la aplicación analógica del precepto 263 CCom a la agencia, excluyendo las características no conformes a esta relación. Entre otras, la anticipación de fondos, que sí que se da en la comisión mercantil y la rendición de cuentas a realizar tras la finalización de cada contrato, salvo que así lo hayan acordado las partes. En cualquier caso pueden atenderse los plazos establecidos en la propia normativa de la agencia para otros supuestos (art. 16 LCA)<sup>189</sup>.

El conjunto de obligaciones del agente que se ha expuesto contribuye a perfilar el marco normativo de actuación del agente, marco que exige que el empresario principal atienda igualmente a las obligaciones derivadas de la relación de agencia con objeto de que la mencionada relación alcance la colaboración requerida para obtener el resultado previsto.

B) *Obligaciones del empresario principal*

Las obligaciones principales del empresario principal son: actuar lealmente y de buena fe; satisfacer la remuneración pactada y otras de carácter fundamentalmente técnico.

a) Actuación de buena fe y con lealtad

La primera y fundamental obligación del empresario principal, de modo similar a lo visto con el agente, es actuar de buena fe y con lealtad en sus relaciones profesionales con el intermediario. Este deber no deja de ser expresión del deber general del empresario que colabora con un profesional, el agente, para conseguir mejorar su prestación y la promoción y conclusión de actos jurídicos (art. 10.1 LCA y art. 57 CCom)<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles* 2006-2007, 551; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

<sup>189</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley sobre contrato de Agencia)», 1544-1545.

<sup>190</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 209-210; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

Desde esta perspectiva no sería aceptable que el empresario impusiera a un agente distintas condiciones o más difíciles de cumplir que a otros. Tampoco sería de recibo que relegara o apartara al agente de manera progresiva de la actividad, obstaculizando la entrega de documentación necesaria para el desarrollo de la misma. De igual modo sería reprochable que el empresario ofreciera precios más bajos que los que ofrece el agente. Todas estas actuaciones deben reputarse manifestación de la mala fe del empresario que conculca el principio de lealtad que ha de observar el empresario respecto del agente<sup>191</sup>.

La STS 4-7-2006<sup>192</sup> nos proporciona un testimonio del incumplimiento del deber de lealtad que vincula al empresario con el agente. En concreto, el asunto se refiere a un supuesto en el que el principal apartó al agente de manera progresiva de la actividad. En esta ocasión el TS confirmó la sentencia de apelación que condenaba a *Deutsche Seereederei GMBH (DSR)* a indemnizar a la sociedad *Martico, SL*, por la deslealtad con que había actuado «al apartar de modo definitivo y progresivo a ésta (*Martico, SL*) de las diversas líneas de la *DSR*».

Ambas sociedades tenían una relación contractual de agencia marítima en la que *DSR* era el principal y *Martico, SL*, el agente. El Tribunal de apelación fundamentó la resolución en la mala fe contractual de la sociedad concedente de la que había derivado una pérdida de mercado de la sociedad agente y su consiguiente desprestigio comercial. En la resolución, el alto Tribunal argumentó sobre la base de la buena fe a exigir en el ejercicio de todos los derechos prevista en los artículos: 7.1 CC<sup>193</sup>; 57 CCom<sup>194</sup>; § 242 BGB<sup>195</sup>; 1:201 de los Principios de Derecho europeo de contratos<sup>196</sup>; 1.7 de los Principios Unidroit<sup>197</sup> y 4.1 Directiva 86/653/CE<sup>198</sup>.

<sup>191</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 468; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 209-210; MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 104.

<sup>192</sup> [RJ 2006\6080]. El alto Tribunal rechazó el recurso de casación presentado por *Deutsche Seereederei GMBH (DSR)* contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia de 26-4-1999.

<sup>193</sup> Art. 7.1 CC: «Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe».

<sup>194</sup> Art. 57 CCom: «Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se derivan del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

<sup>195</sup> § 242 BGB: «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern».

<sup>196</sup> *Principles of European Contract Law*, Comisión de Derecho europeo de los contratos (Presidente: Profesor Ole Lando), Kluwer Law International, La Haya, 2000.

El principio de la buena fe contractual del art. 1:201 prevé que cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin que puedan excluir o limitar este deber.

<sup>197</sup> Art. 1.7: «Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional».

<sup>198</sup> El art. 4.1 Directiva 86/653/CE recoge que en sus relaciones con el agente comercial el empresario deberá actuar de forma leal y de buena fe.

b) Satisfacer la remuneración pactada

El empresario está obligado a satisfacer al agente la remuneración pactada cuando éste ejecute el acto u operación promovida (art. 10.2.c LCA). La obligación se fundamenta en la naturaleza sinalagmática y onerosa de este negocio jurídico<sup>199</sup>.

El artículo 11 LCA prevé tres maneras de remunerar la agencia: la comisión; mediante entrega de una cantidad fija; o una remuneración mixta, a caballo entre la comisión y el pago de una cantidad fija.

La comisión implica la estipulación de un porcentaje sobre el volumen o valor de las operaciones que hubieren sido promovidas (art. 12 a 19 LCA en relación al art. 277 CCom). Si se trata de una cantidad fija, el sistema adopta elementos de la retribución salarial de los representantes de comercio. Y en tercer lugar, si se opta por un sistema remuneratorio mixto, se combina una retribución fija con el pago de comisiones<sup>200</sup>.

En defecto de pacto retributivo se recurre a los usos de comercio (art. 2 CCom en relación al art. 277.2 CCom), y en defecto de usos, es el juez quien determinará la remuneración razonable que le corresponde recibir al agente. Este sistema de cuantificación es totalmente nuevo en el ordenamiento jurídico español, y su inclusión vino auspiciado por la previsión expresa del artículo 6 de la Directiva 86/653<sup>201</sup>.

Más arriba decíamos que los gastos realizados por el agente no le son reembolsables porque se estima que corresponden a la organización que él oferta en su actividad profesional (art. 18 LCA)<sup>202</sup>.

c) Otras obligaciones

Finalmente queremos apuntar otras dos obligaciones del principal. De un lado el deber de poner a disposición del agente, con la antelación suficiente, la documentación, el material (muestrarios, catálogos y tarifas) y la información que pueda necesitar para llevar a cabo su gestión (arts. 10.2. a y b LCA)<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 137, 477 y 478; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 125-126.

<sup>200</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», ADC, 1993, 765 ss. 791-792.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 792.

<sup>202</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 797; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 480.

<sup>203</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 137, 469; ADC, 1993, 765 ss.; PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.: MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 210.

Y de otro el deber de comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación en aquellas circunstancias en que el agente sólo se dedique a promover operaciones y carezca de poder de representación para contratar en nombre del principal (art. 10.3. LCA)<sup>204</sup>.

## 7. Extinción del contrato de agencia y consecuencias patrimoniales

En la relación de agencia ciertas cláusulas eficaces adquieren especial relevancia tras la extinción contractual.

El primer grupo de ellas hace referencia a la valoración de la labor realizada por el agente, así cabe mencionar la lista de la clientela conseguida. Ésta condicionará las indemnizaciones previstas y derivadas de la extinción contractual (arts. 23 a 31 LCA).

El segundo grupo se refiere a las estipulaciones que pueden incluir una limitación o restricción de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato, lo cual afectará a futuros y potenciales conflictos de intereses entre las partes (arts. 20 y 21 LCA).

La circunstancia que implica la eficacia de estas cláusulas, más allá de la extinción contractual, justifica la atención que prestamos a las causas de extinción de la relación de agencia. A continuación examinamos la indemnización por clientela y la de daños y perjuicios.

### A) Causas de extinción del contrato de agencia

En el contrato de agencia, además de las causas generales de extinción de los contratos, existen otras íntimamente relacionadas con la propia naturaleza de la relación (arts. 24 a 27 LCA y arts. 15 y 16 Directiva CEE 86/653). Entre otras cabe citar: el transcurso del tiempo del contrato; la denuncia con preaviso o sin preaviso; el fallecimiento del empresario (agente o del principal); la declaración de concurso y el acuerdo entre las partes.

La primera de las causas de extinción de la agencia es el transcurso del tiempo del contrato en función de su duración. El contrato de agencia puede tener una duración determinada o indefinida. Si nada se prevé al respecto se entiende que se ha pactado por tiempo indefinido (art. 23 LCA). Ahora bien, tratándose de un contrato de duración determinada, si a su vencimiento sigue ejecutándose, adquirirá *ex lege* la condición de contrato indefinido (art. 24.2 LCA)<sup>205</sup>.

<sup>204</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 125-126.

<sup>205</sup> PALAU RAMÍREZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 213, señala que el empresario no tiene en principio

El contrato de agencia puede extinguirse en segundo lugar por la denuncia con o sin preaviso del contrato.

En el régimen comunitario y en el ordenamiento jurídico español, incluso antes de que se promulgase la LCA, la jurisprudencia no consideraba aplicable a la relación de agencia la revocación *ad nutum* del comitente en la comisión mercantil (art. 279). Para denegar la revocación se tienen en cuenta ciertas circunstancias de la relación jurídica. Entre ellas cabe mencionar la creación de una organización por parte del agente, la formación de una clientela o el incremento del volumen del negocio. Todas ellas coadyuvan a no aceptar una revocación en cualquier momento del encargo por propia voluntad del principal<sup>206</sup>.

El carácter estable del contrato de agencia apoya, de igual modo, el rechazo de una revocación *ad nutum* del principal. El agente necesita tiempo para desarrollar su actividad y acceder a nuevos clientes. De ahí que una revocación inesperada e injustificada del encargo por parte del empresario podría perjudicarle enormemente. Ahora bien, tal como prevé la Ley, ello no impide que se pueda denunciar el contrato cuando éste sea de carácter indefinido. Es una opción coherente con la finalidad de evitar que cualquiera de las partes quede indefinidamente sometida a la voluntad de la otra<sup>207</sup>.

En un contrato de agencia de duración determinada no cabe admitir en principio una facultad de denuncia o desistimiento unilateral del negocio, mientras que en una relación de agencia de duración indeterminada, ambas partes tienen la facultad de denunciarla o de desistir unilateralmente de ella<sup>208</sup>.

---

obligación de informar al agente sobre la finalización del contrato. Pero en el caso de que éste sea de duración determinada y se haya prorrogado en más de una ocasión, surgirá la obligación de preaviso para la resolución del contrato.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 128-129.

<sup>206</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», RDM, 1994, 210, 1243 ss., 1251.

VALENZUELA GARACH, F.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», RDNeg., 37, 1993, 1 ss., 4, señala que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de no considerar aplicable sin más la posibilidad de revocación *ad nutum* del contrato de comisión y se confirma un cierto distanciamiento entre las dos instituciones de comisión y agencia.

VALENZUELA GARACH, F.: «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, 3805 ss., 3815, señala que incluso en la época previa a la promulgación de la LCA, la jurisprudencia no aplicaba sin más la revocación *ad nutum* del contrato de agencia.

<sup>207</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1254.

<sup>208</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1254, señala que la denuncia del contrato por cualquiera de las partes como causa de extinción del contrato de agencia viene precedida de un preaviso por escrito en ciertos casos, mientras que en otros no será necesario.

En general, se admite la denuncia de las relaciones jurídicas de duración indeterminada, fundamentada en que nos hallamos ante una relación de confianza de duración ilimitada. En estas circunstancias ambas partes tienen una facultad de receso o desistimiento de la relación obligatoria.

Cabe la extinción del contrato de agencia indefinido por denuncia unilateral *ad nutum*, sin que concurra justa causa. Ahora bien, siempre han de respetarse los plazos establecidos por la Ley para el preaviso. Un mes por cada año de duración del contrato, hasta un máximo de seis meses, o los plazos superiores que en su caso hayan pactado las partes (art. 25 LCA)<sup>209</sup>.

Sin embargo, cuando una de las partes incumpla las obligaciones legales o contractuales o sea insolvente, no estaremos ante un supuesto de desistimiento unilateral, sino ante una rescisión contractual del contrato sin preaviso alguno (art. 26 LCA)<sup>210</sup>.

Los incumplimientos más frecuentes que afectan al agente son el del deber básico de promover actos y operaciones de forma diligente no alcanzando los mínimos; la violación del deber de dedicación exclusiva; los casos de infracciones a los deberes básicos de lealtad, diligencia y buena fe, y el incumpli-

---

Ello no quiere decir que sea aplicable en relación al contrato de agencia el principio de la revocación *ad nutum* inherente a la comisión mercantil.

MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 140-141.

<sup>209</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 801; VALENZUELA GARACH, F.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo» RDNeg., 37, 1993, 1 ss., 4; MONTEAGUDO, M.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 395; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 128, señala que la norma del art. 25 LCA es considerada de enorme importancia porque es una de las pocas normas legales que admiten la posibilidad de desistir unilateralmente el contrato en las relaciones contractuales duraderas.

En la STS 22-3-1988 [RJ 1998\2224] el alto Tribunal desestimó el recurso de casación interpuesto por *Solac, SA*, entendiendo que no existía infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a que en las relaciones contractuales con pacto de exclusiva sin plazo de duración no procede indemnización alguna.

El alto Tribunal concluyó en el FJ número 4 que si bien la resolución unilateral del contrato de agencia en exclusiva no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo tampoco puede excluirse la consecuencia indemnizatoria. Así, la indemnización procede no sólo en los supuestos en que se pacte un preaviso y no se respete el pacto, sino también en aquellos casos en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente. La doctrina científica sostiene en estos casos la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser compensado al agente.

En el caso que nos ocupa esta doctrina había sido correctamente aplicada por el Tribunal de apelación, ya que el derecho de indemnización por clientela reclamado por *Representaciones Alfredo Antón, SL*, se fundamentaba en el aprovechamiento de la clientela captada por el agente y que *Solac, SA*, seguía disfrutando tras la rescisión unilateral del contrato.

El Tribunal, refiriéndose a las soluciones adoptadas por Tribunales de su entorno respecto a la resolución *ad nutum* prevista en determinados contratos de duración indeterminada, concluye diciendo que la denuncia unilateral no es un incumplimiento del contrato, sino una facultad para resolver el contrato. Resuelve asimismo que el derecho a indemnización surgirá únicamente cuando la denuncia se haya hecho de mala fe o con abuso del Derecho.

<sup>210</sup> VILA FORENSA, P.: *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Bosch, 2004, 336; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, II, 128-129.

miento injustificado de las instrucciones claras y razonables impartidas por el empresario<sup>211</sup>.

La situación de extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido o indeterminado sin necesidad de preaviso se resolvió en la STS 25-10-2006<sup>212</sup>. En este caso el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de apelación, admitió que el contrato de agencia se hubiera extinguido sin preaviso dado el incumplimiento de la parte recurrente.

En consecuencia, el alto Tribunal rechazó el recurso de casación interpuesto por *Automoción Leo, SL*, contra la sentencia de apelación que resolvió a favor de *Norba Motor, SA*, y *Fiat Auto España, SA*.

*Automoción Leo, SL*, reclamaba en el mencionado recurso las cantidades referidas a la indemnización por clientela y los perjuicios originados por la denuncia unilateral injustificada del contrato de agencia y el consiguiente enriquecimiento injusto de *Norba Motor, SA*.

En los antecedentes de hecho de la resolución se recoge que *Automoción Leo, SL*, estipuló un contrato de agencia por tiempo indefinido y verbal con *Norba Motor, SA*, que incluía la venta, posventa y el servicio de reparaciones de *Norba* y de la propia *Fiat*. Sin embargo, *Automoción* incumplió reiteradamente la obligación de pagar las facturas que le giraba *Norba* por la compra de materiales. Ello fue causa de que *Norba* retirase los vehículos depositados en los talleres de *Automoción*. Tampoco la recurrente requirió a *Norba* que entregara ningún otro coche para continuar con la relación.

El fallecimiento del agente supone la tercera causa de extinción del contrato de agencia y se equipara a los casos de disolución del agente persona jurídica (art. 27 LCA). En el caso de que fallezca el empresario principal, sus sucesores denunciarán el contrato, si así lo desean, respetando el preaviso pertinente. El legislador español recogió en este caso la tradición del Código de Comercio en el contrato de comisión mercantil (art. 280 CCom)<sup>213</sup>. En esta figura la muerte o inhabilitación del comitente no deriva en la rescisión del contrato, aunque pueden revocarlo sus representantes.

---

<sup>211</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 143; MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 431.

<sup>212</sup> [RJ 2006\6702].

<sup>213</sup> El artículo 280 CCom dispone que por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindiré el contrato, aunque pueden revocarlo sus representantes.

MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 450-452; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 128-129.

El carácter *intuitu personae* del negocio jurídico conlleva a considerar el fallecimiento del agente como causa de extinción del contrato. Ésta se fundamenta por tanto en una razón estrictamente fiduciaria. En la solución legal imperan todavía las condiciones personales del agente (*intuitu personae*). Sin embargo, en la actualidad, el carácter *intuitu personae* de la relación va siendo sustituido por el carácter *intuitu instrumenti* de la empresa del agente, circunstancia que permite admitir que la empresa del agente sobrevive a este último y que incluso existan en la empresa sucesores del agente en quienes el principal pueda depositar su confianza. De ahí que, a nuestro juicio, la solución adoptada por el texto legal (art. 27 LCA) sea razonable<sup>214</sup>.

Es decir, por una parte, mantiene el fallecimiento del agente como causa de extinción del contrato fundamentado en el elemento de la confianza en las cualidades personales del agente. Y por otra parte, la configuración de la norma admite que el principal pueda estipular otro contrato de agencia con los sucesores del agente (persona jurídica)<sup>215</sup>.

De otro lado, no son asimilables a las consecuencias jurídicas del fallecimiento del agente la declaración de invalidez, la jubilación y la enfermedad del agente. Este imperativo legal se justifica en que estas causas no impiden que el agente continúe razonablemente con sus actividades (art. 30.b *in fine* LCA). Además cabe subrayar que en el caso de que constituyan verdaderos impedimentos para continuar con la relación, el agente no pierde su derecho de indemnización (art. 30.b LCA)<sup>216</sup>.

En el supuesto de que cualquiera de las partes de un contrato de agencia sea una persona jurídica, bien el empresario, bien el agente, su disolución implica, no obstante el silencio de la Ley, la extinción del contrato de agencia para la mayor parte de la doctrina<sup>217</sup>.

<sup>214</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1261; MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 448.

<sup>215</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1261; MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 449.

<sup>216</sup> VALENZUELA GARACH, E.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», 5. PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1262, señala que siempre hay que respetar los plazos de preaviso y las indemnizaciones de la LCA.

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», 798-799; VALENZUELA GARACH, F.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», 9; GÓMEZ SEGADÉ, J. A., y TATO PLAZA, A.: «La extinción del contrato de agencia», *Libro Miscelánea en homenaje a J. Oriol, Ciencias Humanas y Sociedad*, Fundación Oriol-Urquijo, Madrid, 1993, 363-377, 366; PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1264-1265; MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995, 168.

La razón de la postura doctrinal es conforme al complejo proceso que conlleva la disolución de una sociedad o persona jurídica desde el punto de vista obligatorio e institucional. Al igual que en el fallecimiento de las personas físicas regulando su muerte, el ordenamiento jurídico arbitra en dos fases un procedimiento para la extinción de las sociedades: la disolución y la liquidación patrimonial. Procesos que se dilatan en el tiempo y en el que se extinguen las relaciones jurídicas con terceros<sup>218</sup>.

Nuestro ordenamiento interno, al igual que otros de nuestro entorno, a excepción del portugués<sup>219</sup>, nada dice sobre la extinción del contrato de agencia por disolución de la sociedad. La solución propuesta por la doctrina alemana puede ser de utilidad para el Derecho español. Los autores alemanes entienden que una solución acertada es atribuir a cualquiera de las partes la facultad de denunciar el contrato de agencia sin necesidad de preaviso en ese caso. Fundamentan la postura en el carácter irregular de la disolución de una de las partes, defendiendo que facilitar la extinción del contrato es lo más sensato<sup>220</sup>.

La extinción de la relación de agencia como solución legal al fallecimiento o disolución de las partes se propugna acertada, ¿pero qué ocurre con la transmisión de la empresa del agente y la transmisión de la empresa del empresario principal?, ¿son causas de extinción de la relación de agencia? En este último supuesto, la Ley silencia la solución, por lo que puede recurrirse a una actuación de mero carácter indiciario. Si bien es una situación que se puede prever contractualmente, ¿qué ocurre cuando no se previene?

A nuestro juicio, si el agente presta sus servicios a una persona jurídica, cabe entender que actúa más para una organización que para un empresario (persona física) con determinadas cualidades personales. Prima en la relación el carácter *intuitu instrumenti*. Si además tenemos en cuenta que la transmisión de una persona jurídica se reduce al traspaso de la titularidad accionarial, la persona jurídica sigue siendo la misma. De ahí que se entienda que la transmisión de la empresa no es causa de extinción contractual del contrato de agencia, salvo que el nuevo empresario altere sustancialmente los términos de la organización del principal de la empresa transmitida<sup>221</sup>. La persona jurídica no puede rescindir arbitrariamente

---

<sup>218</sup> LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998, 427-428.

<sup>219</sup> El Derecho portugués contempla como una de las causas de caducidad automática del contrato de agencia la muerte del agente, o tratándose de una persona jurídica, la extinción de ésta. No se requiere manifestación alguna de voluntad de las partes.

<sup>220</sup> LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, 428-429.

<sup>221</sup> GARRIGUES, J.: *Tratado*, 573. En este sentido, MORALES MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, 289-290, señala que las consecuencias que la transmisión de la empresa tiene sobre el contrato de concesión son diferentes atendiendo al procedimiento que se siga en la transmisión. Si la transmisión es consecuencia de una modificación estructural de una sociedad participe en el contrato de concesión, la cesión del contra-

el contrato sin justificación. La rescisión exige razones y justa causa. Así, por ejemplo, el incumplimiento de los deberes de lealtad, diligencia y buena fe, o el incumplimiento injustificado de las instrucciones claras y razonables emitidas por el principal.

Algunos autores opinan, sin embargo, que la transmisión de la empresa del principal supone la extinción del contrato de agencia precisamente por el carácter *intuitu personae* de la relación. Justifican su postura en la circunstancia de que a los nuevos titulares de la empresa del transmitente o representado principal quizá no le interesan las condiciones personales ni profesionales del agente. De ello se desprende que la transmisión de la empresa del representado principal no implica la transmisión de los derechos derivados del contrato de agencia al empresario adquirente<sup>222</sup>.

Ahora bien, si una vez producida la transmisión, las partes son favorables a continuar con la relación de agencia, se entiende que se ha dado un consentimiento tácito acerca de la cesión del contrato<sup>223</sup>.

Estos autores interpretan en el mismo sentido las consecuencias jurídicas del caso contrario. Si se plantea la transmisión de la empresa del agente a un tercero, el contrato no subsiste para el tercer adquirente. La relación carecería del necesario carácter *intuitu personae* que imbuye la relación jurídica de agencia. La confianza que ha fundamentado el negocio jurídico con un determinado agente no es transmisible sin más *inter vivos*<sup>224</sup>. Sin embargo, la transmisión no conlleva la extinción automática del contrato de agencia, sino que las partes deberán llegar a un acuerdo al respecto o, como hemos anticipado, ejercer la facultad de denuncia<sup>225</sup>.

En nuestra opinión, por el contrario, cabe admitir la anterior interpretación si el agente es una persona física que transmite el negocio a un tercero. Pero si se trata de un agente persona jurídica, la transmisión implica un mero cambio de titularidad accionarial, el agente sigue siendo el mismo. De ahí que no admitamos la extinción del contrato de agencia, salvo que los nuevos titulares promuevan cambios esenciales de la organización que afecten sustancialmente a la relación de agencia establecida con el principal.

---

to actúa al margen de la voluntad de la contraparte. Ahora bien, si la transmisión es puramente voluntaria y no responde a una modificación estructural societaria, la transmisión respondería al régimen general de la transmisión del contrato, en el que el consentimiento de la contraparte es esencial.

<sup>222</sup> VALENZUELA GARACH, E.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», 4-5; PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1263.

<sup>223</sup> LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, 433.

<sup>224</sup> VALENZUELA GARACH, E.: «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», 4-5; PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», 1263.

<sup>225</sup> LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, 433.

La cuarta causa de extinción del contrato de agencia a la que queremos referirnos guarda relación con la declaración de concurso. La LCA considera circunstancia excepcional el fin del contrato sin preaviso en el caso de que una de las partes haya sido declarada en concurso (art. 26.1.b). Es una solución distinta a la de la comisión mercantil. En esta figura, si el concurso afecta al comisionista, constituye causa de extinción del contrato, lo que no sucede si la inhabilitación afecta al empresario comitente (art. 280 CCom).

El riesgo del agente sometido a un procedimiento concursal, quien puede quedar privado de la posibilidad de ejercitar su actividad profesional y, por tanto, de cumplir con las obligaciones de la agencia fundamenta el distinto tratamiento. Desde este punto de vista parece razonable la solución de resolver el contrato de agencia<sup>226</sup>.

El legislador de 1992 no aclaraba suficientemente lo que ocurría con el contrato de agencia si el empresario principal se declaraba en quiebra o suspensión de pagos<sup>227</sup>. Esto explica que mientras algunos autores consideraban como decisión más acertada la resolución del contrato, sobre la base de que el empresario no puede realizar actos de disposición y administración al igual que el agente, otro sector concluía que la resolución del contrato no protegía todos los intereses en juego, por lo que convendría que el principal pudiera realizar algún acto<sup>228</sup>.

La entrada en vigor de la nueva legislación concursal 22/2003, modificando el texto del artículo 26.1.b LCA, resolvió la cuestión<sup>229</sup>. El citado artículo 26.1.b contempla que la declaración de concurso faculta a la parte indicada a poner término al contrato de agencia, tanto si el contrato es por tiempo determinado como si es por tiempo indefinido<sup>230</sup>.

De esta manera, la declaración de concurso tiene su incidencia sobre la denuncia del contrato de agencia presentando una serie de notas características.

---

<sup>226</sup> MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, 570; MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 439; LARA, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, 351.

<sup>227</sup> Art. 26.1.b: «Cuando la otra parte hubiere sido declarada en estado de quiebra, o cuando haya sido admitida a trámite su solicitud de suspensión de pagos».

<sup>228</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 439-440.

<sup>229</sup> «Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos: b) Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.»

<sup>230</sup> AGUILERA RAMOS, A.: en *Comentarios a la legislación concursal*, (AAVV: PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO LEDESMA, C.; ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G.), II, Dykinson, Madrid, 2004, 1935; MARTÍNEZ FLOREZ, A., «Disposición final vigésimo novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia», *Comentario de la Ley Concursal*, II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, 3319-3329, 3319.

Esto es, la declaración de concurso (art. 6.1 LC) permite que la parte legitimada inste la conclusión del contrato sin que se le requiera plazo de preaviso alguno, e independientemente de que éste sea de duración indefinida o determinada. El legitimado es exclusivamente la parte que no ha sido declarada en concurso («la otra parte» en el art. 26.1.b LCA)<sup>231</sup>.

De ello deriva que el legitimado puede instar la finalización del contrato incluso cuando se trate de un contrato indefinido, sin necesidad de recurrir al régimen general del artículo 25 LCA, que exige el cumplimiento del preaviso<sup>232</sup>.

En los casos de agencia de plazo determinado (art. 24.1 LCA), también procede la denuncia del contrato sin preaviso y sin necesidad de esperar el transcurso del tiempo pactado. En realidad, la declaración de concurso no produce la extinción del contrato de agencia, sino que se limita a facultar a la otra parte para poner fin al mismo<sup>233</sup>.

La adaptación de la nueva Ley Concursal ha supuesto asimismo que desapareciese la doble causa de la vieja redacción, por quiebra o declaración de suspensión de pagos. La nueva Ley sólo da cabida a la finalización del contrato cuando se produzca la declaración de concurso.

La Ley Concursal, no precisa, sin embargo, el momento a partir del cual se halla la parte legitimada para proceder a la denuncia del contrato. Hay quien opina que será el momento de los efectos de la declaración de concurso respecto de terceros, es decir, inmediatos (art. 21.1 LC). Esta tesis tropieza con el obstáculo de que los efectos del concurso respecto de terceros no pueden producirse antes de que se haga público el auto de declaración (art. 24 LC), y aun en este caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 21.1 CCom respecto a la inscripción en el Registro Mercantil<sup>234</sup>.

Finalmente, la última causa de extinción del contrato de agencia es el acuerdo entre las partes.

---

<sup>231</sup> AGUILERA RAMOS, A.: en *Comentarios a la legislación concursal*, 1936; MORALES MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 295, señala que la declaración de concurso de alguna de las partes no se configura como causa de extinción *ope legis* del contrato, circunstancia que sí se da en otros contratos como en el caso del concurso del comisionista (art. 280 CCom) y del mandatario (art. 1732.2 CC).

<sup>232</sup> AGUILERA RAMOS, A.: en *Comentarios a la legislación concursal*, 1936.

<sup>233</sup> MACHADO PLAZAS, J.: «Comentario a la Disposición Adicional Vigésima Novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia», *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.), Madrid, 2004, 1042; MARTÍNEZ FLOREZ, A.: «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», *Estudios en Homenaje a J. Duque*, II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, 1265-1285, 1265 ss., 1282; AGUILERA RAMOS, A.: en *Comentarios a la legislación concursal*, 1936.

<sup>234</sup> AGUILERA RAMOS, A.: en *Comentarios a la legislación concursal*, 1936.

*B) Consecuencias patrimoniales posteriores a la extinción del contrato*

La extinción del contrato de agencia conlleva ciertas consecuencias patrimoniales que afectan al agente. Podemos agruparlas en dos tipos. En primer lugar, la indemnización por clientela y, en segundo lugar, la indemnización de daños y perjuicios.

a) La indemnización por clientela

La indemnización por clientela que recibe el agente premia el haber hecho posible que el principal incrementara el número de clientes o el volumen de operaciones con respecto a la situación anterior al contrato. En todo caso se exige que el empresario siga beneficiándose sustancialmente de ello una vez extinguido el contrato.

En este sentido, la SAP Barcelona 27-10-1997<sup>235</sup> rechazó en el FJ 6.º la indemnización por clientela al agente por ausencia de uno de los requisitos esenciales para acceder a la misma, esto es, el aumento de clientela o aumento sensible de las operaciones en relación a la clientela preexistente.

Igualmente, la STS 9-2-2006<sup>236</sup> recoge en el FJ 7.º el segundo requisito que configura el derecho a la indemnización por clientela del agente. Esto es, si bien este derecho requiere de la acreditación del incremento de los compradores o usuarios habituales, la estimación de que el empresario va a continuar teniendo un aprovechamiento económico con la misma es meramente potencial. Ahora bien, si la mencionada estimación es favorable y razonable, el agente tendrá derecho a la indemnización.

Esta indemnización resulta coherente con la existencia de pactos de limitación de la competencia de carácter poscontractual. Esto es, para compensar los perjuicios que podría sufrir el agente por el juego de las cláusulas limitativas de la competencia que se hubieren podido pactar previamente. El importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años de duración o durante todo el período de duración del contrato, si éste fuere inferior, será la cuantía máxima de la indemnización (art. 28.3 LCA)<sup>237</sup>.

En relación a la cuantía indemnizatoria, la STS 1-4-2002<sup>238</sup> reconoce la indemnización por clientela del agente *Don P. N. A.* contra la entidad mercantil

---

<sup>235</sup> [AC 1997\2086], RGD, 645, 1998, 8337 ss.

<sup>236</sup> [2006\671]

<sup>237</sup> SÁNCHEZ SOLÉ, S.: «Comentario a la Ley sobre el Contrato de Agencia», Praxis Mercantil, apéndice 13, Boletín de Información de 15 de junio de 1992, Barcelona, 1992, 92; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 128-129.

<sup>238</sup> RJ 2000\2340]. En sentido similar las SSTs 8-6-1995 [RJ 1995\4810]; 1-4-2000 [RJ 2000\2340]; 16-11-2000 [RJ 2000\9339] y la SAP Jaén 29-5-2010 [AC\2009\1697].

*Little K, SA*, si bien confirma la reducción del *quántum* determinada por el Tribunal de apelación. En este sentido, igualmente la SAP Jaén 29-5-2010 [AC\2009\1697].

La indemnización por clientela no se halla en relación con los tradicionales conceptos indemnizatorios de culpa o negligencia, sino que tiene una finalidad compensatoria. No obstante, algunos han fundamentado la indemnización por clientela en conceptos como son el enriquecimiento injusto o sin causa; el principio general de buena fe en materia contractual (arts. 9.1 y 10.1 LCA)<sup>239</sup>; o en la naturaleza laboral de la relación, que considera al agente la parte más débil<sup>240</sup>.

La compensación al agente se justifica en la realización inmaterial de la actividad del agente (la clientela) que sale del ámbito de su empresa y se consolida en la del empresario principal<sup>241</sup>. La mayoría de la doctrina actual mantiene que la naturaleza indemnizatoria es retributivo-compensatoria<sup>242</sup>.

La naturaleza retributiva de la indemnización exige que la actividad del agente se desarrolle bajo una serie de requisitos concretos. Por una parte, el principal ha tenido que obtener ventajas importantes como consecuencia de la labor del agente. Por otra, el agente ha tenido que perder el derecho a las comisiones a causa de la extinción contractual. Y finalmente, el *quántum* de la indemnización depende de la exigencia taxativa legal bajo parámetros de equidad<sup>243</sup>.

La indemnización por clientela es considerada respecto del régimen anterior como la innovación más polémica de la LCA. Se apoya en el artículo 17.2 Directiva 86/653, que tomó la institución del Derecho alemán (§ 89 HGB). La indemnización por clientela ha mantenido su carácter retributivo en la legislación española. Es decir, la indemnización compensa al agente por la creación a favor del principal de unas comisiones sobrevenidas tras la extinción del vínculo y que todavía

<sup>239</sup> Postura mantenida por F. VICENT CHULIÁ y M. BROSETA.

<sup>240</sup> Hemos insistido que en nuestra opinión la calificación de parte débil de la relación contractual del agente no se sostiene. La mencionada calificación dependerá de quién sea el agente.

<sup>241</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: «Contrato de agencia y de concesión mercantil», *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1981, 161-173, 169; GÓMEZ SEGADE, J. A., y TATO PLAZA, A.: «La extinción del contrato de agencia», 373; PAZ-ARES, C.: «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *Estudios en Homenaje a Justino Duque*, II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, 1287-1303, 1292.

<sup>242</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A., y TATO PLAZA, A.: «La extinción del contrato de agencia», *Libro Miscelánea en homenaje a J. Oriol, Ciencias Humanas y Sociedad*, Fundación Oriol-Urquijo, Madrid, 1993, 363-377, 373; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 147; MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 463.

<sup>243</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 148.

no se han remunerado en su integridad<sup>244</sup>. Es una norma de *ius cogens* a favor del agente cesante, ya que las comisiones adeudadas por el principal no pueden reputarse retribución suficiente de los resultados.

El ordenamiento italiano incorporó en el mismo sentido la indemnización por clientela (art. 1750 *Codice civile*), diferenciándola de la indemnización de daños y perjuicios que el Derecho italiano permite a las partes calcular con aparente libertad (art. (1751 *Codice*)<sup>245</sup>.

#### b) La indemnización de daños y perjuicios

La indemnización por daños y perjuicios que se reclamará cuando la denuncia sea unilateral en un contrato indefinido por parte del empresario es la segunda consecuencia patrimonial derivada de la extinción del contrato. Para su concesión exige que el agente no haya podido amortizar los gastos realizados para la ejecución del contrato por orden, instrucción o sugerencia del empresario (art. 29 LCA). Cabe decir que se trata de una excepción a los casos en que el empresario pueda denunciar unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida (art. 29 LCA), derivando en una denuncia anticipada del contrato con derecho a indemnización. Es decir, tiene el mismo tratamiento que un caso de incumplimiento<sup>246</sup>.

La indemnización de daños y perjuicios sigue la obligación delimitada en el artículo 17.3 de la Directiva, que también acoge en esta cuestión el sistema alemán. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español la tipificó teniendo en cuenta el sistema francés (art. 28 LCA). De esta manera, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que la extinción anticipada haya causado al agente. Cabe señalar que el concepto de indemnización de daños y perjuicios que recoge la LCA no es otro que el previsto por el artículo 1101 CC. De ahí que se interprete que si la Ley especial no hubiera regulado la mencionada indemnización podría solicitarse la misma a través de la Ley común<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 273, señala que la naturaleza compensatoria de la indemnización por clientela se desprende del precepto alemán. Se compensa al agente la ventaja que le sigue reportando al principal la clientela obtenida en el desarrollo de su actividad profesional.

<sup>245</sup> BORTOLOTTI, F.: «La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre, 1991», *Contrato e impresa*, 1993, 95-134, 126-128, señala que el ordenamiento italiano permite la sustitución del preaviso por el pago de una indemnización. MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 589, 590 y 592.

<sup>246</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.; en MARTÍNEZ SANZ, F.; MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, 492-493; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 129.

<sup>247</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 631-632; ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 188, 189.

La solicitud de indemnización, no obstante, exige también el cumplimiento de una serie de requisitos. En primer lugar el carácter indefinido del contrato; después la denuncia (*ex art. 25 LCA*) por parte del principal; y por último la conculcación de la buena fe por parte de este último (arts. 10.1 LCA; 1258 CC y 57 CCom). En puridad, la denuncia supone una extinción anticipada del contrato que impide la amortización de los gastos del agente<sup>248</sup>.

La indemnización por clientela y la de daños y perjuicios son independientes y acumulables. No obstante, no proceden si la resolución del contrato trae causa del incumplimiento del agente; si el agente denuncia el contrato; o si ha habido cesión del contrato por parte del agente a un tercero con el consentimiento del empresario principal<sup>249</sup>.

El carácter independiente de ambas indemnizaciones se mantuvo por el Tribunal Supremo en la STS 19-11-2003<sup>250</sup>, por la que se concedió la indemnización por clientela y no la de daños y perjuicios. *Don M.* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AP de Las Palmas reclamando la indemnización por clientela y la indemnización de daños y perjuicios debido al desistimiento unilateral con falta de preaviso del contrato de agencia de duración indeterminada estipulado con el principal, *Japón Motor, SA*.

El alto Tribunal estimó parcialmente la demanda admitiendo en casación la reclamación de la indemnización por clientela, que según establece la Ley (art. 28 LCA) procede cuando se extingue el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, y el agente hubiera aportado nuevos clientes o incrementado sensiblemente la clientela preexistente, y además la actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario principal.

Para el alto Tribunal fue suficiente el incremento de los compradores o usuarios habituales, sin que fuese relevante el que la fidelización de la clientela, por la propia naturaleza de los productos que se adquirieron (automóviles) y por las posibilidades económicas del cliente, se manifestase en intervalos temporales más o menos largos (FJ 3.º).

Por el contrario, el Supremo rechazó el derecho a la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 29 LCA.

En el FJ 4.º insistió el Tribunal que la existencia de los daños y perjuicios exige su acreditación en cada caso, y se refiere a los gastos realizados por el agen-

---

<sup>248</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 636-637.

<sup>249</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 129.

<sup>250</sup> [RJ 2003\1071].

te a instancia del empresario o por ser necesarios para desarrollar el encargo conferido.

El demandante pretendía incluir partidas (servicios de teléfono, agua y electricidad, las rentas mensuales del local, etc.) no susceptibles de tener en cuenta en este concepto. Partidas que además fue compensando durante la vigencia del contrato.

El artículo 4 LCA establece que todas las acciones derivadas del contrato de agencia se regirán por las reglas establecidas en el Código de Comercio, salvo disposición en contrario. Esto afecta a los artículos 28 y 29 LCA. La remisión alcanza también a los artículos 942 a 954 CCom. De igual modo la prevista en el art. 943 CCom afecta a los artículos 1961 a 1975 CC, que prevén el plazo general de quince años para las acciones que no tengan un plazo específico (art. 1964 CC)<sup>251</sup>.

## **II. LA RELACIÓN DE AGENCIA Y COMISIÓN EN OTROS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN MERCANTIL**

### **1. El contrato de mediación o el corretaje: Configuración jurídica del contrato de mediación**

Hoy en día es habitual que aquellos sujetos que necesitan estipular un contrato para obtener un bien o servicio acudan a otros sujetos que se dediquen profesionalmente a prestar un servicio de búsqueda de personas, las cuales quieran adquirir o enajenar determinados productos. A veces este sujeto concluirá el contrato propuesto por su mandante con el tercero, así en el caso del agente. Mientras que en otras ocasiones, se dedicará exclusivamente a aproximar a las partes. A pesar de que el agente de una relación de agencia puede promocionar actos sin concluirlos, la figura jurídica en la que el intermediario se dedica profesionalmente a promover actos jurídicos entre las partes sin contratar en su nombre es la relación de mediación o corretaje.

Este contrato de mediación o corretaje, atendiendo a su finalidad, facilita únicamente la búsqueda de un sujeto interesado en la adquisición o enajenación de un producto o un bien. Aunque el mediador no participa en la realización del negocio, ni en nombre propio ni en ajeno, contribuye a que ese contrato se celebre. Por ello la relación se sitúa en el marco de los contratos de gestión ajena. De ahí su carácter colaborador y de ahí que sea un instrumento jurídico-económico relevante para los empresarios en la promoción y comercialización de los bienes y mercancías.

---

<sup>251</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 531; ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 189-190.

Cabe definir al contrato de corretaje o mediación como la relación jurídica por la que una parte se obliga frente a otra, sin relación de dependencia ni de representación a satisfacerle una remuneración para el caso de que llegue a concluirse un determinado contrato con una persona. Ésta ha sido encontrada a través de la actividad de intermediación desarrollada por el mediador, actividad a la que previamente se ha comprometido con los interesados<sup>252</sup>.

Las indiscutibles afinidades del contrato de mediación con respecto a la comisión mercantil y la agencia se diluyen cuando examinamos las diferencias. Es decir, mientras que la función del comisionista mercantil es realizar negocios jurídicos en nombre del comitente y la del agente promover o concluir actos u operaciones de comercio en nombre de su principal, el mediador o corredor únicamente aproxima a las partes sin que concluya el contrato ni ostente poder de representación<sup>253</sup>.

Es función u objeto del contrato la obtención por parte del mediador de clientes para su comitente, pero en modo alguno la conclusión de contratos en nombre de él. Es más, incluso puede ocultar su nombre en las gestiones preliminares.

La actuación del mediador es independiente del sujeto que le encomienda el encargo y percibirá la remuneración una vez el contrato se haya concluido. Es por tanto un contrato de resultado. Asimismo, atendiendo a la duración temporal de la relación, la mediación supone habitualmente una relación aislada y ocasional, a diferencia de la relación duradera que puede entablar un agente que se dedique únicamente a promover actos de comercio.

La naturaleza mercantil de la figura viene condicionada por la profesionalidad del corredor. Si el mediador se dedica habitualmente a la intermediación de contratos, la mediación es de carácter mercantil<sup>254</sup>.

A pesar de que la figura carece de regulación en el Código de Comercio, considerándose un contrato atípico, existen normas sectoriales que la regulan. En

<sup>252</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 119 ss.

<sup>253</sup> Procede recordar que cuando el agente tiene por objeto de la agencia promover un acto u operación comercial, no dispone de un poder, pero sí se le reconoce una cierta facultad de representación, en especial respecto a los actos de entrega a los terceros. En esta relación jurídica de mediación también ocurre lo mismo y el corredor ostenta de un cierto poder de representación en el sentido que está obligado a trasladar a la esfera del representado el bien objeto de la operación.

No obstante, MORILLAS JARILLO, M. J.: «Tribunal Supremo, contrato de agencia y contrato de distribución», RDNeg, 19, 212, 2008.77, señala que la diferencia entre el Agente de seguros y el Corredor de seguros es la independencia de éste frente a la aseguradora, por contraposición a la relación de subordinación de aquél respecto de la sociedad aseguradora para la cual presta sus servicios.

<sup>254</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 119.

todo caso se le aplicará subsidiariamente el régimen del mandato y la comisión mercantil<sup>255</sup>.

## 2. El contrato de concesión comercial: Configuración jurídica del contrato de concesión

El contrato de concesión ha adquirido un enorme auge en el ámbito de la distribución y a través de él las empresas funcionan en el mercado en pequeñas zonas asignadas a sus concesionarios o distribuidores. Se considera una alternativa a la distribución mediante agentes. En el marco de la distribución se sitúa en el sistema de la distribución indirecta, en contraposición a la calificación de distribución directa que conforma la red que configura el agente. Es decir, mientras este último no adquiere la propiedad de los bienes objeto del contrato, convirtiendo a la agencia en un mecanismo de distribución directo para llegar al consumidor, el contrato de concesión configura la relación de forma indirecta. Esto es, el propio concedente es quien revende los productos del empresario principal a través de los concesionarios<sup>256</sup>.

En el origen de la figura destacó la incertidumbre terminológica para referirse al mismo fenómeno. Así, se recurría a diversos términos: concesión, representante, distribuidor e incluso agente<sup>257</sup>.

No obstante, la exclusiva de reventa a favor del concesionario, a diferencia de la exclusiva de compra o aprovisionamiento, que puede existir o no, conforma el elemento esencial del contrato en relación a los demás elementos que lo caracterizan. De ahí deriva la incorporación de la denominación de una expresión característica de una institución de Derecho público como es la concesión. La función monopolística en la explotación de un servicio público coincide con la reventa monopolística que asume el concesionario<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses en el Derecho Privado español*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005, 406; MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, 269-270, señala que entre los supuestos de aplicación subsidiaria de las motivaciones informadoras de las previsiones legales en materia de comisión mercantil y mandato se halla la de acoger la eficacia extintiva de la declaración de denuncia unilateral del contrato, si bien ello no ha de suponer en ningún caso que en el ejercicio de tal facultad pueda hacerse caso omiso de las exigencias derivadas del principio de la buena fe, al igual que en los mencionados contratos (esencialmente revocables).

<sup>256</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 350-351; MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 49 y 284.

<sup>257</sup> IGLESIAS PRADA, J. L.: «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, 251-281, 253.

<sup>258</sup> IGLESIAS PRADA, J. L.: «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», 255-256. El autor destaca el marcado paralelismo entre la concesión y el suministro con pacto en exclusiva. Sin embargo, la exclusiva del suministrado resulta de un pacto accesorio que obliga al sumi-

Ante la falta de definición legal, la concesión aparece como un contrato atípico. La jurisprudencia<sup>259</sup> y la doctrina<sup>260</sup> han configurado su definición. La concesión se ha definido como un contrato en virtud del cual un empresario (concesionario) se compromete, a cambio de una contrapartida, a promover en nombre y por cuenta propia la reventa de los productos de otro empresario (concedente) en un territorio determinado, integrándose el concesionario en la red distributiva del concedente.

La primera diferencia entre la concesión y la agencia se fundamenta en que mientras que el agente es un representante del principal (arts. 1 y 6 LCA), el concesionario nunca será apoderado o representante del concedente. Las mercancías se entregan por cuenta y riesgo del concesionario. Éste las ha adquirido previamente en firme<sup>261</sup>.

La segunda característica que diferencia a ambos contratos es la distribución del riesgo. Es decir, el agente no puede dejar de cobrar las comisiones o perder las devengadas y, salvo pacto de garantía, no responde frente al principal del riesgo de la operación realizada con un tercero. El concesionario, por

---

nistrador. En la concesión el elemento de exclusiva es elemental y compromete al concesionario a asegurar al concedente durante el tiempo pactado la distribución de sus productos.

MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Pamplona, 2000, 52-53, señala que, si no existe pacto de exclusividad en el contrato de concesión, habrá que analizar cada caso concreto para determinar si se trata de un contrato de compraventa o de un contrato de suministro.

BALDI, R.: *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, edit. A. Giuffrè, Milano, (1997) 2001, 86-87, señala que la cláusula de exclusiva en la concesión de venta no es un elemento esencial, sino natural del contrato. En opinión del autor, cuando la exclusiva es bilateral, se afianza el carácter colaborador.

<sup>259</sup> La STS 8-11-1995 [RJ 1995\8637] recoge en el FJ 2.º que el objeto de la concesión se circunscribe a la reventa o distribución de los productos del concedente por lo general con un pacto en exclusiva (positivo y negativo). Ello supone que en una zona determinada sólo venderá el concesionario.

El alto Tribunal, siguiendo la delimitación de la sentencia de 5 octubre 1995 y la definición del propio Reglamento número 1475/1995 de la Comisión de las Comunidades Europeas del 28 junio 1995 (LCEur 1995\1325) señala que la concesión «... se trata de los acuerdos de duración determinada o indeterminada mediante los cuales el contratante proveedor encarga al contratante revendedor la tarea de promover en un territorio determinado la distribución y el servicio de venta y de posventa de determinados productos del sector... y mediante los cuales el proveedor se compromete con el distribuidor a no suministrar dentro del territorio convenido los productos contractuales, para su reventa, más que al distribuidor o, en su defecto, a un número limitado de empresas de la red de distribución».

<sup>260</sup> ALONSO SOTO, R.: «Distribución comercial y Derecho de la competencia» 30-51, 3, destaca que aunque carece de regulación legal ha alcanzado una tipificación social que justifica un tratamiento diferenciado. Se le considera una técnica de la concentración de empresas. BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 129-130.

<sup>261</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 348-349; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 129-130; MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 122-123.

el contrario, actúa por cuenta propia y adquiere la mercancía del concedente, asumiendo el riesgo y ventura de los negocios de reventa que realiza con sus clientes<sup>262</sup>.

Sin ánimo de profundizar en el estudio de este contrato procede analizar algo más detalladamente el ámbito representativo de la relación. Sobre esta cuestión cabe decir que, para la doctrina mayoritaria en la concesión, el concesionario actúa en interés del concedente y cumple una función imbuida de cierta naturaleza representativa que se apoya en una relación jurídica duradera basada en la confianza entre las partes. Desde este punto de vista, se califica al contrato como de *intuitu personae*<sup>263</sup>, y es factible la extensión analógica de las normas de la agencia tal como se ha pronunciado un sector mayoritario<sup>264</sup>.

Otro sector de la doctrina se ha mostrado contrario a la extensión analógica de las normas de la agencia a la concesión fundamentando esta postura en el hecho de que la opción por un determinado concesionario y la conclusión del contrato dependen más de la organización y capacidad empresarial (*intuitu instrumenti*) que de la confianza en las cualidades personales<sup>265</sup>.

Un tercer grupo de autores admite que la elección del concesionario se halla en función tanto de la capacidad de organización empresarial como del carácter *intuitu personae* de la relación<sup>266</sup>.

La corriente mayoritaria coincide en general con la doctrina jurisprudencial. Ésta ha dado un tratamiento bastante uniforme de la agencia y de la concesión, sobre todo en lo que concierne a la extinción de los contratos, las indemnizacio-

---

<sup>262</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, 421-422. En este sentido, MARTÍN MUÑOZ, A. J.: «La caótica reforma del automóvil», BIB 2011\466, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, Aranzadi, 2011, 1-6, 1.

<sup>263</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 191; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, II, 29 ed. (2.<sup>a</sup> en Aranzadi), Thomson-Aranzadi, 2006, II, 229-230; RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 407-408; MORALES-MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 26.

<sup>264</sup> MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 388-391; MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 48-52; VICENT CHULIÀ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 889-891.

<sup>265</sup> IGLESIAS PRADA, J. L.: «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», 251-281, 259-260, es reticente a la naturaleza *intuitu personae* de la concesión mercantil. En su opinión, el contrato se celebra en función de la organización y capacidad empresarial del concesionario más que por su persona.

De acuerdo PAZ-ARES, C.: *La indemnización por clientela en el contrato de concesión*, *Estudios en Homenaje a Justino Duque*, II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, 1287-1303, 1291, quien califica a la actividad del distribuidor como un bien inmaterial en función de los valores y elementos de su organización.

<sup>266</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones*, II, 229-230.

nes por clientela (art. 28 LCA) y la prohibición de competir por su cuenta con los productos del principal (art. 7 LCA)<sup>267</sup>.

La homogeneidad de criterios respecto a las causas de extinción o las consecuencias indemnizatorias entre la agencia y la distribución en exclusiva se desprende de numerosa jurisprudencia<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995, 48-52, señala que el problema que se plantea en esta cuestión es si cabe admitir la naturaleza imperativa de la indemnización por clientela de la agencia cuando en un contrato de concesión se incluyan cláusulas que excluyan la posibilidad de reclamar esa compensación por clientela al extinguirse la relación contractual.

En su opinión, la aplicación analógica imperativa del art. 28 LCA supone que el concesionario responda al mismo estereotipo que el agente. Únicamente en ese caso cabría atribuírsele la misma tutela. Por tanto, rechaza en vía de principio establecer el mencionado paralelismo entre agente y concesionario.

PAZ-ARES, C.: «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *Estudios en Homenaje a Justino Duque*, II, 1295, a pesar de que se postula a favor de la similitud de naturaleza y funciones entre la agencia y la concesión y por tanto de la extensión analógica de casi todas las normas de la agencia a la concesión, opina que no es aplicable la indemnización por clientela (art. 28 LCA) porque ésta se apoya en circunstancias que en modo alguno figuran en la concesión: la necesidad de protección social del agente y la estructura diferida de su retribución.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones la aplicación de la LCA a este tipo de contratos especiales en cuanto que resulta inspiradora de los criterios interpretativos. Esta opción abarca asimismo a la indemnización por clientela. Así, la Sala de Casación Civil ha venido otorgando la indemnización compensatoria, con estructura distinta de la indemnización de perjuicios derivada de incumplimiento, a la concesión en exclusiva. Justifica esta interpretación en el hecho de que la clientela obtenida por el concesionario permanece y se integra en el fondo de comercio del concedente, y su disfrute, por el esfuerzo ajeno, actúa como un medio de enriquecimiento injusto. En este sentido, la STS 12-6-1999 [RJ 1999\4385].

No obstante, QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 375-376, adopta una postura intermedia favorable a la aplicación de la indemnización por clientela, pero tomando en consideración en cada caso la naturaleza de la relación entre concedente y concesionario y sobre todo las circunstancias e incidencia que tenga la denuncia del contrato.

En este sentido, MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia*. Formularios, 57; RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 408-409; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 124-125.

<sup>268</sup> SAP Málaga 30-9-1996 [AC 1996\1729]; SAP Bizkaia 7-10-1996 [AC 1997\2397]; SSTS 10-3-2000 [RJ 2000\2479]; 13-7-2001 [RJ 2001\5221]; 28-1-2002 [RJ 2002\2305]; STS 15-10-2008 [RJ 2008\7126].

Sin embargo, la STS 28-1-2002 [RJ 2002\2305] no aplica la *analogia legis* a otro caso concreto por haberse probado en instancia que la relación entre Lácteos Lallana, SL, y Mantequerías Arias, SA, no era la de un contrato de distribución. Lácteos Lallana, SL, se limitaba a distribuir productos a los propios clientes de Mantequerías Arias, SA, no a la promoción de contratos por cuenta o en nombre de ella.

En este mismo sentido cabe interpretar las características específicas del contrato de distribución de prensa diaria y la agilidad que requieren este tipo de relaciones, impiden que pueda aplicarse lo dispuesto en el art. 25 LCA a este tipo de relaciones. De ello se desprende que sólo podrá ser objeto de indemnización cuando la actuación del principal suponga abuso de derecho, o bien cuando haya ocasionado daños al distribuidor.

La STS 10-3-2000<sup>269</sup> rechazó el recurso de casación interpuesto por el representante distribuidor *Hidrokalor Sur, SA*, confirmando la sentencia de apelación y condenando a *Hidrokalor* a satisfacer la indemnización de daños y perjuicios al principal concedente, *Vulcano Sadeca, SA*. En la mencionada resolución el alto Tribunal entendió que la aplicación del concepto de indemnización por resolución unilateral por parte de *Vulcano Sadeca, SA*, del Tribunal de Primera Instancia fue correcta. La resolución unilateral se justificó en el incumplimiento por parte del distribuidor (*Hidrokalor Sur, SA*) de la cláusula de exclusividad del contrato. El distribuidor aceptó la representación de otros competidores. Igualmente *Hidrokalor* debía al concedente (*Vulcano*) determinadas cantidades que correspondían al suministro realizado.

Favorable a la aplicación analógica de la indemnización por clientela a un contrato de distribución en exclusiva resultó también la resolución del Tribunal Supremo de 21-12-2005 [RJ 2005\7677]. Las cooperativas *Egurko, S. Coop.* y *Ortza, S. Coop.* interpusieron recurso de casación contra la sentencia de apelación que había revocado la de Primera Instancia, condenando a las mencionadas cooperativas a satisfacer al distribuidor en exclusiva, *Carratalá, SL*, la indemnización por daños y perjuicios causa de la resolución del contrato de distribución en exclusiva con mala fe, abuso de derecho y enriquecimiento injusto por parte de las mencionadas cooperativas.

El alto Tribunal sostuvo en el FJ 2.º que la Sala viene declarando reiteradamente que los contratos de distribución en exclusiva pueden ser resueltos unilateralmente si son de duración indefinida, y que sólo cabe indemnización cuando exista pacto de preaviso y éste no se respeta, o cuando el concedente se aproveche de la clientela aportada por el agente.

En este sentido entiende que, a pesar de que no hay regulación al respecto en el contrato de distribución en exclusiva, puede extraerse un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se pueda producir el mismo resultado. Es decir, en los casos en que de una relación jurídica de naturaleza duradera, como es el que nos ocupa, se cree una clientela que potencialmente pueda ser aprovechada por el concedente que extingue aquella relación, lo que supone enriquecerse a cuenta del esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución.

Así, el Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por las sociedades Cooperativas *Egurko, S. Coop.* y *Ortza, S. Coop.* y condenó a las mis-

---

Similar interpretación la STS 10-7-2006 [RJ 2006\8323]. La SAP Madrid 3-5-2010 desestima el derecho a la indemnización por clientela del distribuidor dada la importancia de la marca en relación a la captación de la clientela. [AC\2010\482].

En este sentido también ARROYO VENDRELL, T.: «Comentario de la STS de 22 de febrero de 2010», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 84, 2010, 1817-1832, 1817.

<sup>269</sup> [RJ 2000\2479]

mas a que conjunta y solidariamente abonasen a *Carratalá, SL*, la indemnización de daños y perjuicios que trae causa la rescisión unilateral del contrato de distribución de duración indefinida.

Hay autores, sin embargo, que, sin descartar esta forma de proceder, abogan por el examen individual, cuidadoso y ponderado de la identidad de razón efectiva entre la relación de agencia y la concesión en cada supuesto<sup>270</sup>.

La necesidad de un análisis más minucioso y ponderado a la hora de aplicar el régimen jurídico de la agencia a los contratos de distribución exclusiva queda de manifiesto en la crítica realizada por un sector de nuestra literatura jurídica respecto a la reforma de la distribución del automóvil tras la promulgación de la Ley 2/2011, de 5 de marzo, de Economía Sostenible, texto legal que modificó la Ley de Contrato de Agencia incorporando en su Disposición adicional primera las reglas que se aplicarán a la distribución de vehículos automóviles e industriales hasta que se promulgue la Ley reguladora de los contratos de distribución. La polémica generada se fundamenta principalmente en la equiparación jurídica de la figura de agencia y concesión, así como en la aplicación automática y cumulativa, en los supuestos de extinción del contrato, del derecho del distribuidor a ser indemnizado por diversos conceptos que lesionan gravemente el artículo 1124 CC, sobre resolución por incumplimiento de los contratos. Así, las indemnizaciones que el distribuidor puede percibir en todo caso por las inversiones específicas no amortizadas, por la clientela, las correspondientes al personal laboral del que se haya prescindido como consecuencia de la extinción del contrato y la compensación por las mercancías en poder del distribuidor en el momento de la extinción<sup>271</sup>.

En cualquier caso y a pesar de que el concesionario no es representante del concedente porque actúa en nombre propio, es pacífico que dada la naturaleza de colaboración entre las partes del contrato con la pretensión de formar parte de la red de distribución del concedente, la relación contenga elementos propios de los contratos de gestión de interés ajenos<sup>272</sup>. El concesionario actuará en interés del

<sup>270</sup> QUINTÁNS EIRAS, M. R.: *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, 375-376; MERCADAL VIDAL, M.: *El contrato de agencia mercantil*, 391-392; MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, 57; RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 408-409; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 129-130.

<sup>271</sup> MARTÍN MUÑOZ, A. J.: «La caótica reforma del automóvil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, Aranzadi, 2011, 1-6.

<sup>272</sup> PALAU RAMÍREZ, F.: «El contrato de agencia deja de ser la válvula de escape del control antitrust de los acuerdos verticales (Comentario a la Resolución del Tribunal de defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001, Repsol Butano, SA, AC 2002/1614)», 7.

MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 24, 54, 85 y 117, señala que la función económica a desarrollar consigue interesar tanto al fabricante como al distribuidor en aras de la maximización de sus intereses particulares. Igualmente, siguiendo a FERRI, considera que la categoría de los contratos de distribución se construye sobre la noción de «representación económica».

concedente intentando promocionar la reventa de las mercancías en el territorio asignado y estará sujeto en definitiva a todas las normas de conducta derivadas de los deberes de lealtad propios de toda relación de confianza cuyo objeto es evitar los conflictos de interés<sup>273</sup>.

### 3. La distribución autorizada o selectiva: Configuración jurídica de la distribución selectiva

Otro contrato próximo a la concesión es el de la distribución autorizada o selectiva. Ésta es una modalidad practicada en sectores muy concretos, como el de los productos de lujo: relojes, perfumería, artículos de marca que precisan posventa, etc.

A través de esta relación, los productores o fabricantes de este tipo de productos o bienes seleccionan a los revendedores fundamentando la elección en orden a dos clases de criterios. El primero es la garantía de que el revendedor mantenga la imagen de marca. Y el segundo, la atención a otorgar al cliente. Por tanto, la selección del distribuidor o revendedor es una fase de gran relevancia que se apoya en criterios de orden cualitativo y objetivos<sup>274</sup>. Así, la dimensión del establecimiento, la ubicación y/o la especialización del personal. Los criterios de orden cuantitativo se utilizan más en sectores muy especializados, como puede ser el de la automoción<sup>275</sup>.

De nuevo la ausencia de regulación en el Derecho español conforma la atipicidad del contrato. No obstante, el Derecho de Defensa de la Competencia

---

ca» de los intereses del fabricante, ya se actúe esta representación con carácter estable en términos jurídicos o no. Las relaciones de colaboración establecidas entre las partes, en opinión del autor, no dan lugar a entidad corporativa alguna, sino que los vínculos del contrato han de interpretarse en el marco estrictamente obligacional.

<sup>273</sup> IGLESIAS PRADA, J. L.: «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», 260-261 RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 408-409; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 130; MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, 205-206, señala a su vez que conocido el carácter fiduciario del contrato de concesión, un comportamiento desleal y contrario a la buena fe del concedente puede llegar a instituirse en justa causa para instar la resolución del contrato.

<sup>274</sup> FONT I RIBAS, A.: *Mercado y Distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987, 111, entiende que reconocer la licitud y validez de la utilización del parámetro calidad como instrumento de política comercial, a pesar de que las características del producto no lo exijan en relación a la complejidad y especialidad de los mismos (caso de los perfumes), supone interpretar el art. 81.1 TCE conforme a la doctrina de la *rule of reason*.

Resoluciones del TDC autorizando la distribución selectiva de determinados productos de cosmética, perfumería y relojería: Resolución 380/96 *Cosmética Selecta SA y Albesa SA*; Resolución SMH España SA distribuidor de relojes Rado y Tissot 13-5-1998 [AC 1998\1299]; Resolución Cosmopolitan Cosmetics SA 30-6-2004 [AC 2004\242844].

<sup>275</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 134.

européo ha elaborado una definición del sistema de distribución selectiva en el artículo 1.1.e del Reglamento de la Comisión 330/2010, de 20 de abril. Del mencionado precepto se desprende que hay un doble sistema de distribución selectiva. El primero supone que el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios objeto del contrato, directa o indirectamente, sólo a los distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos como los mencionados. El segundo afecta al hecho de que los distribuidores se comprometen a no vender tales bienes o servicios a distribuidores o agentes no autorizados ajenos a la red en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema<sup>276</sup>.

A pesar de su proximidad con la concesión, el contrato de distribución selectiva tiene diferencias con la misma. El distribuidor autorizado no goza de exclusiva territorial, ni recae sobre él una prohibición de competencia, al contrario de lo que define a la concesión. En la concesión, la exclusividad y la no competencia son cláusulas, si no esenciales, sí naturales. En la distribución selectiva, sin embargo, si se incluyese una cláusula de exclusiva, impidiendo al distribuidor autorizado revender productos de marcas competidoras, no se le aplicaría la exención prevista en el Reglamento de la Comisión 330/2010<sup>277</sup>.

En definitiva, lo que se pretende es que el distribuidor compita y ofrezca marcas concurrentes, de tal manera que sea él quien aconseje al cliente o consumidor la marca que mejor se acomode a sus necesidades. Desde este punto de vista, la independencia y autonomía con la que trabaja el distribuidor le distancia del grado de integración superior que ostenta el concesionario respecto del fabricante o importador<sup>278</sup>.

Sin ánimo de reiterarnos sobre lo que ya hemos anticipado, procede señalar que las cláusulas de la distribución selectiva de los artículos 4 y 5 del Reglamento de la Comisión 330/2010, junto a determinados pactos de exclusiva y no competencia, tienen asimismo naturaleza restrictiva y quedan excluidos de la exención a que se refiere el Reglamento<sup>279</sup>.

De esta breve descripción de la relación jurídica de la distribución selectiva se desprende su naturaleza mixta respecto a la concesión comercial y agencia. Las

<sup>276</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 134.

<sup>277</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 134.

<sup>278</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 134.

<sup>279</sup> ALONSO SOTO, R., en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, I, 312-313; De EIZAGUIRRE, J. M.: *Derecho Mercantil*, 384-385; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 138-139, señala que la distribución exclusiva de vehículos automóviles se regula por el Reglamento (CE) núm. 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, y en el Derecho interno atiende al RD 157/1992, de 21 de febrero.

características de ambos contratos conforman la estructura típica de la distribución selectiva<sup>280</sup>.

#### 4. El contrato de franquicia: La configuración jurídica del contrato de franquicia

El contrato de franquicia (*franchising*) se conforma de un conjunto de diversos negocios integrados para conseguir una red de distribución específica y un sistema de mercadeo propio<sup>281</sup>. Ha sido conceptuado de diversas formas. Unos lo tratan como la cesión de un modelo de empresa a cambio de un precio<sup>282</sup>.

Se le han atribuido asimismo cualidades del mandato, de la relación de agencia y también de la concesión. La utilización de la marca o patente industrial equivale a una figura con rasgos de asociación que se ha ido configurando en la práctica recurriendo a diversos tipos contractuales básicos<sup>283</sup>.

La franquicia no deja de ser una fórmula empresarial que conlleva la transmisión de un *know how*. Es decir, un conjunto de conocimientos técnicos o comerciales que conforma el valor de la franquicia. El público no puede acceder de otra forma a ellos. El empresario franquiciador, normalmente el fabricante, aunque no siempre, intenta integrar la distribución de tal manera que ante el público se presenta como una sucursal. Sin embargo, no corre el riesgo que habitualmente ello implica. Recíprocamente el franquiciado se beneficiará del *goodwill* del franquiciador, que abarca tanto la marca como los productos distribuidos<sup>284</sup>.

---

<sup>280</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, 338; MARTÍN MUÑOZ, A. J.: «La caótica reforma del automóvil», 2, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1-6, señala que la venta selectiva es un modelo menos restrictivo que la concesión, dado que conlleva fijar *a priori* una serie de condiciones que han de cumplir todos los comerciantes que deseen revender una serie de productos. Por tanto, no hay exclusividad ni delimitación de los mercados de reventa, sino condiciones concretas para ser lícitas, las cuales se fundamentarán en la salvaguarda del prestigio de la marca o en la naturaleza del producto revendido. Así, por ejemplo, «Vichy se vende sólo en farmacias».

<sup>281</sup> FONT I RIBAS, A.: ««Property Rights» y derecho de marcas», RGD, 283-298, Valencia, enero-febrero, 1990, 294; [www.ub.es/mercanti/antoni.htm](http://www.ub.es/mercanti/antoni.htm), 11, señala que la franquicia es esencialmente un sistema de Distribución. La justificación de la valoración positiva de este sistema descansa, en opinión de la Comisión, en que los acuerdos de franquicia dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de Distribución uniforme sin necesidad de realizar cuantiosas inversiones, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, aumentando la competencia entre marcas. Permite asimismo que los empresarios independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más opciones de éxito, aumentando la posibilidad de competir de forma eficaz con grandes empresas de distribución.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 409-410; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 134-135.

<sup>282</sup> URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 28 ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, 738.

<sup>283</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, J.: *El contrato de franquicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, 148-149.

<sup>284</sup> BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 136-137.

El contrato de franquicia carece prácticamente de regulación. Algunos aspectos relativos a la finalidad económica de la figura se contemplan en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (art. 62). La norma impone una serie de obligaciones a las empresas franquiciadoras que quieren actuar en España, entre las que cabe mencionar la obligación de inscribirse en el Registro especial al efecto y la obligación precontractual de proporcionar información a los franquiciados con una antelación mínima de veinte días<sup>285</sup>.

Además de la mencionada disposición, las obligaciones de este tipo contractual han sido desarrolladas por diversas normas, entre las que cabe destacar el RD 201/2010, de 26 de febrero, relativo a la regulación del régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de Franquiciadores y el Reglamento (CE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, que regula el tratamiento de la figura desde el punto de vista del Derecho de Defensa de la Competencia<sup>286</sup>.

En nuestro entorno se han dado soluciones normativas diversas a la carencia de regulación de esta compleja figura. El ordenamiento jurídico alemán subsume este tipo en la regulación del contrato de agencia (§§ 84-92.c HGB). Recuérdese que la agencia a su vez se enmarca en el ámbito del mandato. El BGB presenta el régimen jurídico del mandato desde una doble perspectiva. Cuando el mandato es gratuito, de carácter romanista es calificado como *Auftrag* (§ 662 BGB), mientras que si el mandato es remunerado y su objeto es realizar actividades jurídicas en nombre del mandante se enmarca en el ámbito de la gestión de negocios ajenos: *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB). Esta última figura, debido al desarrollo comercial, alcanzó una categoría propia que conformó la figura de los representantes independientes o agentes de comercio (*Handelsvertreter* o *Handlungsagenten*) cuya regulación se ha mencionado anteriormente<sup>287</sup>.

Partiendo del concepto de mandato remunerado y de la teoría de la gestión de negocios ajenos, algunos autores españoles han postulado la aplicación del régimen jurídico de la agencia al contrato de franquicia. En su opinión, el ordenamiento jurídico español dispone de todos los elementos necesarios para reducir la agencia, la concesión y la franquicia al mandato (art. 1709 ss. CC)<sup>288</sup>.

Sin entrar a examinar en profundidad los deberes y obligaciones de las partes en este contrato, cabe mencionar que el artículo 62.3 Ley Ordenación del Comercio Minorista recoge los importantes deberes precontractuales de información de los franquiciadores a los potenciales interesados en la franquicia (obligación desarrollada por RD 2485 / 1998 y modificada por RD 419/2006, de 7 de abril).

<sup>285</sup> RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 409-410.

<sup>286</sup> RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de intereses*, 409-410.

<sup>287</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, J.: *El contrato de franquicia*, 138-139.

<sup>288</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, J.: *El contrato de franquicia*, 141; LLOBREGAT HURTADO, M.<sup>a</sup> L.: *El contrato de agencia mercantil*, 57-58, 111-113.

El franquiciado, a su vez, debe abonar el precio alzado e inicial de la franquicia, así como una cantidad periódica (mensual o anual) que depende habitualmente del volumen de ventas (*royalties*). Además debe respetar las instrucciones detalladas impartidas por el franquiciador, así como el deber de no desvelar el *know how* que le haya sido comunicado por éste<sup>289</sup>.

Otra cuestión de relevancia respecto al tema que estamos estudiando es el especial tratamiento que el Derecho de la Competencia otorga a esta relación contractual (Reglamento de la Comisión 330/2010). Así, ciertas cláusulas son tratadas por el ordenamiento como lícitas pese a suponer una restricción de la competencia. Así, las cláusulas sobre delimitación de la zona exclusiva, siempre y cuando no supongan el cierre de un mercado. Este tipo de cláusulas impiden al franquiciado vender a consumidores finales situados en zonas distintas a la suya<sup>290</sup>.

En la franquicia también las cláusulas que imponen al franquiciado un precio de reventa fijo se consideran ilícitas, sin perjuicio de las cláusulas de precio recomendado, que son siempre lícitas<sup>291</sup>. Y finalmente se admiten las cláusulas que obligan al franquiciado a abastecerse de materias primas necesariamente con el franquiciador, cuando se trata de mercancías fácilmente identificadas mediante condiciones objetivas de calidad, sin perjuicio de que estas condiciones objetivas sí se fijen por el franquiciador<sup>292</sup>.

### III. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SOTO, R.: «Distribución comercial y Derecho de la competencia», *D y C*, octubre-noviembre, 1993, 30-51.

— «Contenido del contrato de agencias», BIB 2007\3197, Aranzadi, Pamplona, 2007

ARROYO VENDRELL, T.: «Comentario de la STS de 22 de febrero de 2010», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 84, 2010, 1817-1832.

BALDI, R.: *Il contratto di agenzia: la concessione di vendita, il franchising*, edit. A. Giuffrè, Milano, (1997) 2001.

---

<sup>289</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 203-204; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 137-138.

<sup>290</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 204-206; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 131.

<sup>291</sup> En general, las cláusulas de precio recomendado son lícitas.

<sup>292</sup> ALONSO SOTO, R.; en URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso*, II, 204-206; BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, II, 131.

- BORTOLOTTI, F.: «La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul decreto 303 del 10 settembre, 1991», *Contrato e impresa*, 1993, 95-134.
- BOTANA AGRA, M.: «El contrato de agencia en el Derecho español», *RDNeg.*, 1993, 30, 1 ss.
- BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, I, II, 16 ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- CANARIS, W.: *Handelsrecht*, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006.
- COLLART DUTILLEUL, F., DELEBECQUE, P.: *Contrats civils et commerciaux*, 4e édition, Dalloz, París, 1998.
- Comentario del Código Civil* (Dir. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I.), Bosch, Barcelona, 2000.
- Comentarios a la legislación concursal* (AAVV: PULGAR EZQUERRA, J.; ALONSO LEDESMA, C.; ALONSO UREBA, A.; ALCOVER GARAU, G.), II, Dykinson, Madrid, 2004.
- Comentario a la Ley Concursal* (ROJO, A., y BELTRÁN, E.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- DE CAL Y VARA, M.: «Aplicación bursátil. Construcción de su naturaleza jurídica en el Derecho positivo español», *RDM*, 49, 1954.
- DE LA CUESTA RUTE, J. M., y VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Contratos Mercantiles*, I, Bosch, Barcelona, 2001.
- Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.), Madrid, 2004.
- DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Contrato de agencia y de concesión mercantil», *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1981, 161-173.
- *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1977, 9-23.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.: «Los contratos de distribución: agencia mercantil y concesión comercial», AAVV, *Contratos Internacionales*, Madrid, 1997.

ELENA LEIÑENA

ECHEBARRÍA SAENZ, J. A.: *El contrato de franquicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

ENNECCERUS, L.: en anotaciones de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 1966.

*Estudios sobre la Ley Concursal. Libro-Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: Voz «Contrato de Agencia», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, Madrid, 1995, 13 ss.

FERRARA, F.: «Contratti di agenzia camuffati», *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, II, Tecnos, Madrid, 1971, 269-283.

FERRI, G.: *Manuale di Diritto commerciale*, nona edizione, UTET, Torino, 1993.

FLAQUER, J.: *La protección jurídica del agente comercial*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

FONT I RIBAS, A.: *Mercado común y distribución: la distribución exclusiva y selectiva a través de representantes y concesionarios*, Bosch, Barcelona, 1987.

— «“Property Rights” y derecho de marcas», RGD, 283-298, Valencia, enero-febrero, 1990. [www.ub.es/mercanti/antoni.htm](http://www.ub.es/mercanti/antoni.htm)

— «Els reptes del Canvi tecnològic», [www.ub.es/mercanti/tarragona2001.pdf](http://www.ub.es/mercanti/tarragona2001.pdf), 2001.

FRIDMAN, G. H.: *Law of Agency*, 6.<sup>a</sup> ed., Butterworth & Co, Londres, 1990.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: «La mercantilidad del contrato de comisión y las obligaciones de diligencia del comisionista», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, III, Civitas, Madrid, 1996, 2816-2868.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, seconda edizione, CEDAM, Padova, 1993.

GARCÍA VALDECASAS, A.: «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar. La jurisprudencia del Tribunal Supremo», RDP, 1960.

GARRIDO, J. M.: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Civitas, Madrid, 1995.

- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Tratado de Derecho Mercantil. Obligaciones y contratos mercantiles*, III, 1, RDM, Madrid, 1964.
- *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, § 25 (1.<sup>a</sup> ed. 1940) 1979.
- GÓMEZ SEGADE, J. A., y TATO PLAZA, A.: «La extinción del contrato de agencia», *Libro Miscelánea en homenaje a J. Oriol, Ciencias Humanas y Sociedad*, Fundación Oriol-Urquijo, Madrid, 1993, 363-377.
- HABERSACK, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: «La sentencia “Kontogeorgas” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y sus repercusiones sobre el derecho de agencia español y alemán», RDM, 1997, 1839 ss.
- HOPT, K. J.: *Handelsvertreterrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuch handluch, München, 1992.
- IGLESIAS PRADA, J. L.: «Notas para el estudio del contrato de concesión mercantil», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, 251-281.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Derecho mercantil* (Coords.: ANGULO RODRÍGUEZ, L.; GÓMEZ CALERO, J.; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.), I, II, 10 ed., Ariel, Barcelona, 2005.
- LANGLE Y RUBIO, E.: *Manual de Derecho Mercantil Español. Obligaciones comerciales*, III, Bosch, Barcelona, 1959.
- LARA GONZÁLEZ, R.: *Las causas de extinción del contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 1998.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel, Barcelona 1994.
- LEE, R. W.: *Elements of Roman Law*, fourth edition, Sweet & Maxwell Limited, London, (1956) 1987.
- LEIÑENA, E., y IRAKULIS, N.: *El régimen jurídico unificado de la comisión mercantil y el mandato en el derecho de obligaciones y contratos*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, Reus, Madrid, 2009.
- LLOBREGAT HURTADO, M. L.: *El contrato de agencia mercantil*, Bosch, Barcelona, 1994.

ELENA LEIÑENA

- MACHADO PLAZAS, J.: «Comentario a la Disposición Adicional Vigésima Novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia», *Derecho concursal práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal* (Coord. M. A., FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), Iurgium, 2004, Madrid.
- MARTÍN MUÑOZ, A. J.: «La caótica reforma del automóvil», BIB 2011\466, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, Aranzadi, 2011, 1-6.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: «La declaración judicial de quiebra como causa de denuncia del contrato de agencia», *Estudios en Homenaje a J. Duque*, II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, 1265-1285.
- MARTÍNEZ SANZ, F.: *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Civitas, Madrid, 1995.
- «Disposición final vigésima novena. Reforma de la Ley sobre Contrato de Agencia», *Comentario de la Ley Concursal*, II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ SANZ, F., MONTEAGUDO, M., y PALAU RAMÍREZ, F.: *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Civitas, Madrid, 2000.
- MEMENTO PRÁCTICO, Francis Lefebvre: *Contratos Mercantiles 2006-07*, F. Lefebvre, Madrid, 2006.
- MERCADAL VIDAL, F.: *El contrato de agencia mercantil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- MONTEAGUDO, M.: *La remuneración del agente*, Civitas, Madrid, 1997.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I.: *El contrato mercantil de concesión*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- MORATILLA GALÁN, I.: «Contrato de agencia. Contrato de comisión: mandato mercantil (STS 14 de mayo de 2001)», RCDI, 80, 684, 1977-1979.
- MORILLAS JARILLO, M. J.: «Tribunal Supremo, contrato de agencia y contrato de distribución», RDNeg, 19, 212, 2008.
- MOXICA ROMÁN, J.: *La Ley de contrato de agencia. Análisis de doctrina y jurisprudencia. Formularios*, Pamplona, 2000.
- ORTEGA PRIETO, E.: *El contrato de agencia*, Madrid-Barcelona-Bilbao, (1992) 1993.
- *Representantes de comercio y agentes comerciales*, Deusto, Bilbao, 1995.

- PALÁ BERDEJO, F.: «Naturaleza jurídica de la comisión», RDP, XXXV, 1951.
- PALAU RAMÍREZ, F.: «Las obligaciones del agente (en torno al artículo 9 de la Ley Sobre contrato de Agencia)», RDM, 230, 1998, 1505 ss.
- «El contrato de agencia deja de ser la válvula de escape del control antitrust de los acuerdos verticales (Comentario a la Resolución del Tribunal de defensa de la Competencia, de 21 de octubre de 2002, expediente 527/2001, Repsol Butano, SA, AC 2002/1614)», RGDE, 2, octubre, 2003.
- PAZ-ARES, C.: «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *Estudios en Homenaje a Justino Duque*, II, Universidad de Valladolid y Caja Duero, Valladolid, 1998, 1287-1303.
- «La terminación de los contratos de distribución», ADVOCATUS, 8 (2003), I, 30-62.
- PEINADO GRACIA, J. I.: «Pactos de garantía en contratos de colaboración», CCom., 18, 1995, 167 ss.
- *El contrato de comisión: cooperación y conflicto: la comisión de garantía*, Madrid, Civitas, 1996.
- POLO SÁNCHEZ, E.: «Dos estudios sobre los agentes mediadores del comercio», BOCB, 1972.
- Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos, *Cuadernos Civitas*, Civitas, Madrid, 1990.
- PORFIRIO CARPIO, L. J.: «La extinción del contrato de agencia», RDM, 1994, 210, 1243 ss.
- QUINTÁNS EIRAS, M. R.: «Intermediación bursátil y ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Agencia», RDBB, 65, 20, 1997.
- *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*, Eder-sa, Madrid, 2000.
- *Las obligaciones fundamentales del agente*, Civitas, Madrid, 2001.
- REUSCHLEIN, H. G., y GREGORY, W. A.: *The Law of Agency and Partnership*, 2.<sup>a</sup> ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990.
- REYNOLDS, F. M. B.: *Bowstead & Reynolds on Agency*, 16 ed., Sweet & Maxwell, London, 1996.

ELENA LEIÑENA

RITTNER, F.: *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

RIPERT, G., y ROBLOT, R.: *Traité de droit commercial* (AAVV : VOGEL, L., y GERMAIN, M.), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ), París, (17e edition 1992) 1998.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: *Autocontratación y conflictos de interés en el Derecho Privado español*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Notas sobre la nueva Ley de Agencia», ADC, 1993, 765 ss.

ROVIRA MOLA, A.: Voz «Autocontrato», «Comisión mercantil», *Nueva Enciclopedia SEIX*, IV, Barcelona, 1981, 444 ss.

RUEDA VALDIVIA, R.: «El contrato internacional de agencia comercial: un análisis desde la perspectiva del Derecho aplicable», RDNeg., 86, 1997, 17-40.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, II, 29 ed. (2.ª en Aranzadi), Thomson-Aranzadi, 2006.

SÁNCHEZ SOLÉ, S.: «Comentario a la Ley sobre el Contrato de Agencia», *Praxis Mercantil*, apéndice 13, Boletín de Información de 15 de junio de 1992, Barcelona, 1992.

THEUX, A.: *Le statut européen de l'agent comercial. Approche critique de droit comparé*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de Historia del Derecho Español*, 9.ª ed., Tecnos, 2001.

URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 28 ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.

URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil* (AAVV – Coord. APARICIO GONZÁLEZ, M. L.), I, II, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

VALENZUELA GARACH, F.: «El agente comercial: Algunos apuntes sobre la delimitación y la disciplina jurídica de su actividad mercantil», *La Ley*, 1989, 4, 1144 ss.

— «La extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», RDNeg., 37, 1993, 1 ss.

VALENZUELA GARACH, F.: «Notas sobre la extinción del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo», *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, 3805 ss.

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: «Reflexiones en torno al contenido y características de la prestación del agente», *Estudios al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, 3053-3074.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Bosch, Barcelona, 1990-1991.

— *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VILA FLORENSA, P.: *Nueva Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios*, Bosch, 2004.

ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2005.



# **PRÁCTICA JURÍDICA**



# **LOS DERECHOS DE CRÉDITO COMO GARANTÍA TRAS LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO**

**ALFREDO MENESES VADILLO**

*Doctor en Derecho. Abogado*

**SUMARIO:** I.—OBJETIVO DE LA REFORMA. II.—DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO SUSCEPTIBLES DE GARANTÍA. III.—REQUISITOS FORMALES. IV.—DERECHOS DE SUSTITUCIÓN Y DISPOSICIÓN. V.—EJECUCIÓN. VI.—CONCLUSIONES.



## **I. OBJETIVO DE LA REFORMA**

Según establece la exposición de motivos de la Ley 7/2011, de 11 de abril, se modifica el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, con el objeto de «incluir los derechos de crédito como parte de las garantías que pueden utilizarse en el ámbito de las operaciones financieras», previsión que tiene su origen en el hecho de que, a partir del 1 de enero de 2007, se decidió ampliar la posibilidad de garantías de operaciones financieras en el Eurosistema a algunos derechos de crédito que cumplieran con las características que se acordaron, ante lo cual y «con el fin de promover la utilización de este nuevo tipo de bienes, el Banco Central Europeo consideró que sería oportuno extender el régimen de la Directiva de garantías financieras a los derechos de crédito»<sup>1</sup>, elaborando la Comisión «una propuesta de modificación que condujo finalmente a la Directiva 2009/44/CE»<sup>2</sup>.

## **II. DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE CRÉDITO SUSCEPTIBLES DE GARANTÍA**

Los derechos de crédito considerados como susceptibles de ser utilizados como garantía financiera quedan legalmente definidos en el artículo 7.c) del Real Decreto-Ley 5/2005 como «los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o crédito»; por tanto, los únicos derechos de crédito susceptibles de garantía, a los efectos del antedicho Real Decreto-Ley, son los que consistan en créditos o préstamos de una entidad financiera.

---

<sup>1</sup> GARCÍA MARTÍN, F. J., y HEREDIA, I.: «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas», diario *La Ley*, núm. 7629, p. 2.

<sup>2</sup> Idem.

Estos derechos de crédito así definidos, préstamos o créditos de entidades financieras, pueden ser objeto de garantía sin limitaciones únicamente en el caso de que el beneficiario o el prestador de la garantía sea el Banco Central Europeo, el Banco de España, los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones [*vid.* art. 7.c), segundo párrafo, y art. 4.1.b), Real Decreto-Ley 5/2005].

Fuera de los casos en que el beneficiario o el prestador de la garantía no sea un banco central o una de las instituciones financieras de cooperación internacional señaladas anteriormente, existe una nueva restricción al derecho de crédito utilizable como garantía, pues además de consistir en un préstamo o crédito de entidad financiera, su deudor no puede ser un consumidor, una pequeña empresa o una microempresa, según «su definición en la normativa vigente» [art. 7.c), segundo párrafo, Real Decreto-Ley 5/2005]. Es de notar la genérica remisión a la normativa vigente de este nuevo apartado c) del artículo séptimo al realizar la definición de los supuestos de deudores que no permiten la utilización del crédito o préstamo como garantía, lo cual puede generar dudas al existir definiciones diversas en normas de ámbitos diferentes.

Comenzando por la definición en el caso de consumidores, aunque el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, pretendía aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, adaptando el concepto de consumidor y usuario a la terminología comunitaria, la definición adoptada continúa respetando las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»<sup>3</sup>. Así el artículo tercero del texto refundido contiene un «Concepto general de consumidor y de usuario», disponiendo que «a efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional», definición en norma estatal que, aunque dada sólo a efectos de consumo, podemos adoptar también a los efectos del artículo 7.c) del Real Decreto-Ley 5/2005, norma de ámbito también estatal.

Mayor dificultad consideramos tiene determinar qué se entiende por pequeña empresa o microempresa «según la normativa vigente». ¿A qué debemos atender? Ante el silencio del Código de Comercio, ¿atendemos a los requisitos para formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados establecidos en la Ley de Sociedades de Capital?<sup>4</sup>, ¿estamos a la definición de empresa de redu-

<sup>3</sup> Exposición de motivos, apartado III, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de octubre.

<sup>4</sup> El artículo 257, RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece en su apartado primero que «podrán formular

cida dimensión establecido en el artículo 108 de la Ley del Impuesto de Sociedades?<sup>5</sup>, ¿consideramos por el contrario la Recomendación 2003/361/CE, de la Comisión Europea, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, que recomendaba encarecidamente a los Estados miembros, al Banco Europeo de Inversiones y al Fondo Europeo de Inversiones que la utilizaran como referencia»? Esta última definición, sólo jurídicamente vinculante para determinadas materias como las ayudas estatales, aplicación de fondos estructurales o de programas comunitarios, define a la pequeña empresa como aquella «que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones de euros» y a la microempresa como aquella «que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones de euros»<sup>6</sup>. Vemos por tanto cómo la inconcreción y defectuosa técnica legislativa de la redacción dada en este punto al R. Decreto-ley 5/2005 entraña problemas interpretativos en cuanto a la determinación de los créditos o préstamos susceptibles de garantía, defectuosa técnica legislativa que reputamos supone el mencionar tanto a la «pequeña empresa» como a la «microempresa», pues obviamente la exclusión de habilidad para su utilización como garantía de los derechos de crédito en los cuales el deudor fuere una pequeña empresa excluiría también los derechos de crédito en los cuales el deudor fuere una microempresa, creando confusión la mención conjunta de dos tamaños de empresas, lo cual obliga a dilucidar si el legislador ha querido excluir a ambas tipologías de empresas del concepto de derecho de crédito susceptible de garantía.

Dada la antedicha mención conjunta, apoyándonos en una interpretación gramatical que conllevaría el considerar excluido de habilidad garantizadora el derecho de crédito contra una empresa de tamaño «pequeño», definida en el ámbito comunitario como hemos visto por el requisito cumulativo de ocupar a menos de 50 personas y tener, esta vez de forma alternativa, bien un volumen de negocios o bien un balance anual inferior a 10 millones de euros, podríamos comparar esta

---

cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdida y ganancias abreviadas si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior».

<sup>5</sup> Artículo 108.1 RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades: «Los incentivos fiscales establecidos en este capítulo se aplicarán siempre que el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros».

<sup>6</sup> Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, Diario Oficial L 124, de 20 de mayo de 2003.

definición con la dada para empresas de reducida dimensión, en el también antes citado artículo 108 de la Ley del Impuesto de Sociedades, impuesto que grava a toda persona jurídica, excepto las sociedades civiles<sup>7</sup>, por lo que la definición que en el mismo se contiene de empresa de reducida dimensión sería aplicable, a efectos de dicho impuesto, a toda empresa.

La comparación de ambas definiciones de pequeña empresa presentan el punto común de considerar como tal a la que tiene una cifra de negocio inferior a 10 millones de euros (la definición europea requiere que también se ocupe a menos de 50 trabajadores y permite que en lugar de la cifra de negocios sea el balance inferior a esos 10 millones de euros), por lo que quizá pudiese adoptarse la definición dada en la normativa fiscal española para acomodarla a la definición de pequeña empresa o microempresa del Real Decreto-Ley 5/2005 y considerar como tal aquella con cifra de negocios inferior a 10 millones de euros<sup>8</sup>, forma de integración de esta laguna que no obstante reconocemos puede tener fundadas objeciones jurídicas, fruto de su extensión analógica fuera del ámbito tributario.

Otra cuestión a tener en consideración sería la relativa a si los créditos o préstamos en los cuales el deudor fuere un autónomo deben entenderse excluidos. El precepto excluye expresamente a consumidores, pequeñas empresas y microempresas, por lo que una interpretación teleológica del mismo nos llevaría a considerar que, si se ha excluido a la pequeña empresa el derecho de crédito con deudor autónomo, también debería considerarse excluido por su previsible menor tamaño empresarial en la generalidad de los casos. Esta interpretación teleológica nos obligaría a volver a incidir en los conceptos que el artículo 7.c) del Real Decreto-Ley 5/2005 remite a la «normativa vigente» y de nuevo colmar otra laguna considerando que la microempresa incluye, a los efectos previstos por el Real Decreto-Ley 5/2005, a los autónomos.

### III. REQUISITOS FORMALES

La reforma operada por la Ley 7/2011 añade en el artículo octavo del Real Decreto-Ley 5/2005, apartado primero, que los acuerdos de garantía financiera podrán constar, además de por escrito, por forma jurídicamente equivalente, señalando en su apartado tercero que «el registro o anotación por medios electrónicos y en cualquier soporte duradero tendrá la consideración de forma jurídicamente equivalente a la constancia por escrito». Esta modificación lo único que hace es cambiar la previsión contenida en la anterior redacción en cuanto a la considera-

---

<sup>7</sup> Artículo 7, RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades.

<sup>8</sup> Artículo 4.1 CC: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

ción de constancia por escrito del registro o anotación por medios electrónicos o en cualquier soporte duradero, a considerarlo ahora forma «jurídicamente equivalente» a la constancia por escrito, siendo un mero cambio de denominación jurídica, a fin de que la redacción tenga mayor propiedad.

Por otra parte, se sigue manteniendo la imposibilidad de exigencia de ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba.

Sí constituye una innovación sustancial la introducción de dos nuevos párrafos en el apartado segundo *in fine* del artículo octavo del Real Decreto-Ley 5/2005, en cuanto a que respecto a los derechos de crédito, «su inclusión en una lista de créditos presentada al beneficiario de la garantía por escrito o de forma jurídicamente equivalente bastará para identificar el derecho de crédito y para demostrar la aportación de este crédito como garantía financiera entre las partes y contra el deudor o los terceros», continuando el siguiente párrafo señalando que «sin embargo, el deudor que pague antes de ser notificado de la aportación del derecho de crédito en garantía, quedará liberado».

Aunque en principio la reforma se aparta notablemente del criterio general reflejado en el artículo 1.526 del Código Civil en cuanto a que la «cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad a los artículos 1.218 y 1.227», ya que la redacción dada al artículo octavo del Real Decreto-Ley 5/2005 requiere únicamente su inclusión en la lista presentada al beneficiario de la garantía, queda no obstante matizado al sí seguir el criterio general del artículo 347 del Código de Comercio<sup>9</sup> y 1.527 del Código Civil<sup>10</sup>, en cuanto se requiere notificación de la constitución de la garantía al deudor para enervar la eficacia liberatoria de los pagos realizados por éste.

Asimismo, en el nuevo apartado quinto del artículo octavo del Real Decreto-Ley 5/2005 se establece que el deudor de los créditos cedidos podrá renunciar válidamente, por escrito o por cualquier medio equivalente, tanto «a sus derechos de compensación frente al acreedor y frente a las personas a favor de las cuales éste haya cedido, pignorado o movilizado de cualquier otro modo el derecho de crédito como garantía», como «a los derechos que le amparen en virtud de las

---

<sup>9</sup> Artículo 347 Código de Comercio:

«Los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.

El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste.»

<sup>10</sup> Artículo 1.527 Código Civil:

«El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación.»

normas sobre secreto bancario y que, de lo contrario, impedirán al acreedor facilitar información sobre el deudor o restringirán su capacidad para hacerlo, a fin de utilizar el derecho de crédito como garantía».

Por lo que respecta a la antedicha posibilidad del deudor cedido de renunciar a sus derechos de compensación frente al acreedor, es equivalente a la previsión del artículo 1.198 del Código Civil en cuanto dispone en su apartado primero que «el deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente», previsión del Código Civil que también permitiría una renuncia anticipada de dicho derecho de compensación ante una eventual futura cesión del derecho, por lo que la nueva previsión al respecto en el texto legislativo que estamos analizando podría haberse obviado.

Más controvertida podemos considerar la posibilidad que a continuación establece este apartado quinto a) del artículo octavo de la norma que estamos analizando, al prever también que el deudor pueda renunciar a sus derechos de compensación frente a las personas cesionarias del derecho de crédito dado en garantía. Esta mención tendría lógica en tanto se trataran de beneficiarios intermedios de la garantía, es decir, beneficiarios que vuelven a ceder en garantía el mismo derecho de crédito. Así es lógico que el último beneficiario de la garantía pueda estar interesado en estar protegido frente a eventuales derechos de compensación del deudor cedido frente tanto al acreedor inicial como a eventuales beneficiarios anteriores a él, si su adquisición fue derivativa de otro beneficiario anterior. Más complicado, sin embargo, resulta entender el encaje que tendría una interpretación literal de dicha previsión, extendiendo la misma a toda persona «a las que se haya cedido, pignorado o movilizado el derecho de crédito», pues que el deudor cedido no pueda ejercer el derecho de compensación con el beneficiario último de la garantía es algo difícilmente comprensible, ya que por una parte iría contra la economía procesal el que en un eventual procedimiento de ejecución de la garantía no se pueda oponer un débito compensable del deudor frente al ejecutante y tener entonces a su vez que reclamarlo en otro litigio, no dándose, por otra parte, esta posibilidad ni siquiera en sede cambiaria, con títulos dotados de autonomía y literalidad como las letras de cambio, y así el artículo 67 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, dispone que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él».

En relación a la posible renuncia del deudor a los derechos que la regulación del secreto bancario concede hay que señalar que éstos se contienen en la Disposición Adicional 17 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, estipulación adicional que introdujo a su vez una nueva disposición adicional en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en relación con el deber de guardar reserva acerca de las informaciones de sus clientes en los siguientes términos:

*«Disposición adicional primera.*

*1. Las entidades y demás personas sujetas a la ordenación y disciplina de las entidades de crédito están obligadas a guardar reserva de las informaciones relativas a los saldos, posiciones, transacciones y demás operaciones de sus clientes sin que las mismas puedan ser comunicadas a terceros u objeto de divulgación.*

*2. Se exceptúan de este deber las informaciones respecto de las cuales el cliente o las leyes permitan su comunicación o divulgación a terceros o que, en su caso, les sean requeridas o hayan de remitir a las respectivas autoridades de supervisión. En este caso, la cesión de la información deberá ajustarse a lo dispuesto por el propio cliente o por las leyes.*

*3. Quedan asimismo exceptuadas del deber de confidencialidad los intercambios de información entre entidades de crédito pertenecientes a un mismo grupo consolidable.*

*4. El incumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición será considerado infracción grave y se sancionará en los términos y con arreglo al procedimiento previsto en el Título I de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito».*

#### IV. DERECHOS DE SUSTITUCIÓN Y DISPOSICIÓN

Consecuencia de la introducción de la posibilidad de que los derechos de crédito conformen garantías financieras, la Ley 7/2011 añade un apartado quinto al artículo noveno del Real Decreto-Ley 5/2005, con la previsión de que «no será de aplicación lo previsto en este artículo respecto del derecho de disposición cuando el objeto de la garantía pignoratícia sea un derecho de crédito, ni lo dispuesto respecto al derecho de sustitución cuando se trate de un derecho de crédito infungible».

Por tanto, vemos cómo se elimina para los créditos o préstamos objeto de garantía la posibilidad de pacto relativo a la disposición, la cual supone que el beneficiario de la misma pueda usar y disponer como titular del objeto de dicha garantía financiera, contrayendo la obligación de aportar un objeto equivalente antes de la fecha de cumplimiento de la obligación garantizada, y que sólo se podrá pactar la posibilidad de ejercitar el derecho de sustitución, que consiste también, al igual que el de disposición, en poder usar el objeto de la garantía, pero con la obligación de aportación simultánea de un objeto de valor equivalente para que sustituya al inicial, en caso de que el crédito o préstamo fuere fungible.

La disposición y sustitución se asemejan en que ambas suponen el uso de la garantía por el beneficiario, pero difieren en que mientras que en la disposición la aportación del objeto equivalente se puede diferir hasta la fecha de cumplimiento de la obligación garantizada, en la sustitución el objeto equivalente debe aportarse de forma simultánea a la iniciación del uso.

A este respecto puede causar extrañeza la mención que se realiza sobre la fungibilidad o infungibilidad del derecho de crédito, pues con la definición del mismo establecida por el Real Decreto Legislativo 5/2005, como «derechos pecu-

niarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito», la característica de fungibilidad se predicaría siempre por el objeto sobre el que recae el derecho de crédito así definido, que es el dinero, bien fungible por excelencia.

Sin embargo, a primera vista, no podría darse la misma fungibilidad en la configuración del derecho de crédito en sí, pues parte esencial del mismo es el deudor, que en absoluto presenta una sustituibilidad o indiferencia que le doten de tal característica, debiéndose establecer qué se entiende en el plano subjetivo o de la calidad del deudor por fungibilidad. Más fácil sería la fungibilidad económica u objetiva, entendida como la equivalencia monetaria de préstamos o créditos con diferentes condiciones financieras, en cuanto a que la matemática financiera nos dota de fórmulas que permiten establecer la equivalencia en un momento temporal de operaciones con diversos vencimientos y condiciones, básicamente aplicando un tipo de actualización a las diversas magnitudes, pudiendo ser objeto de pacto interpartes y en aplicación de la autonomía de la voluntad el tipo de actualización.

Una interpretación lógica de esta previsión de fungibilidad en cuanto a su vertiente subjetiva sería entender que se da tal carácter en el derecho de crédito a efectos de sustitución, obviamente, cuando se realice mediante el cambio del crédito o préstamo por otro del mismo deudor, con análoga configuración jurídica en cuanto al resto de elementos del crédito o préstamo, como podrían ser tener mismo acceso a reclamación mediante vía ejecutiva, existencia de mismos fiadores, etc., y equivalencia económica de las condiciones financieras. Incluso cabría pensar que dicha fungibilidad pudiese también ser objeto de pacto entre prestador o beneficiario de la garantía, en virtud del antedicho principio de autonomía de la voluntad, dotando de tal carácter, por ejemplo, a créditos o préstamos con la misma calificación o *rating* efectuada por un tercero convenido.

A las anteriores interpretaciones nuevamente tenemos que acudir dado que el legislador no define en el Real Decreto-Ley las características que permiten considerar un crédito o préstamo fungible a pesar de que sí existía una definición legal en la norma en cuanto a la consideración de objeto de valor equivalente. Es más, esta definición de objeto equivalente que contenía el apartado tercero de este artículo noveno antes de su reforma por la Ley 7/2011 y extendía su aplicación «a los efectos de lo previsto en este artículo», con lo cual era aplicable tanto a disposiciones como sustituciones, ha sido restringida en cuanto su ámbito, a ser únicamente aplicable a los efectos del derecho de disposición. Esta expresa acotación de la definición citada ha sido producida al cambiarse la redacción inicial del referido apartado tercero, que ahora reza «a los efectos previstos en el apartado anterior», apartado anterior que no ha sido reformado por la Ley 7/2011 y que se dedica a la definición y ejercicio del derecho de disposición, el cual, como hemos visto, está expresamente excluido de aplicación en el caso de derechos de crédito, por lo que la definición de objeto de valor equivalente ha visto reducido su ámbi-

to, al no preverse ya su aplicación en relación al derecho de sustitución, previniéndose en cuanto a este derecho en el apartado primero del artículo noveno que el objeto de simultánea aportación tenga sustancialmente el mismo valor (*sic*). Por tanto, este mismo valor sustancial tendría que servirnos de definición para entender cuándo un crédito o préstamo es fungible, que como hemos avanzado anteriormente se debe entender, obviamente, cuando estamos ante créditos o préstamos con mismo deudor y mismas características jurídicas y económicas, lo cual también consideramos debería ser objeto de pacto entre prestador y beneficiario de la garantía en cuanto a definir o prefijar, en la vertiente subjetiva de la fungibilidad, cuándo los créditos o préstamos se pueden considerar fungibles o del mismo valor sustancial, por ejemplo, si se trata de deudores con determinado *rating* o calificación, *scoring* o puntuación de capacidad de pago, historial de pagos, etc.

## V. EJECUCIÓN

De forma análoga a lo ya previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005, antes de la presente reforma, para la ejecución de valores negociables u otros instrumentos financieros, la Ley 7/2011 añade una letra c) al apartado 2 del artículo 11, en el cual también se prevé para los derechos de crédito los mismos mecanismos de ejecución «mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales», teniendo asimismo carácter dispositivo las condiciones del acuerdo que lo regule.

## VI. CONCLUSIONES

La posibilidad que se abre a la utilización de los derechos de crédito como garantía financiera, en el marco del Real Decreto-Ley 5/2005, está muy mediatizada por la definición de derecho de crédito que adopta la norma, dado que sólo son utilizables en el caso de que se trate de un crédito o préstamo de una entidad financiera.

En la generalidad de los casos, el deudor del préstamo no puede ser consumidor ni autónomo o empresa con cifra de negocios inferior a 10 millones de euros.

El contrato de garantía tiene que constar por escrito, soporte electrónico o cualquiera duradero, siendo recomendable su notificación al deudor a fin de que no pueda realizar pago liberatorio al anterior acreedor. También sería recomendable la existencia de previa renuncia de los deudores en cuanto a la eventual compensación con el acreedor originario o cesionarios ulteriores.

No se permite la disposición de la garantía, pero sí se permite la sustitución de garantías «fungibles», fungibilidad que implica tener el mismo valor sustancial, siendo recomendable que sea objeto de previo pacto entre prestador y beneficiario de la garantía.



## **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**



**RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO  
DE 29 DE ABRIL DE 2011**

MARÍA LÓPEZ MEJÍA  
*Notaria*

Procedencia del concurso de acreedores en caso de existir un solo acreedor



## **SUPUESTO DE HECHO**

La sociedad «Ocean Cosmetics, S. L.» otorgó escritura pública autorizada el día 29 de noviembre de 2010, mediante la cual se formalizaron los acuerdos adoptados por unanimidad en Junta general universal, celebrada el día 25 de noviembre de 2010, relativos a la liquidación y extinción de la sociedad. El acuerdo de disolución de la sociedad fue formalizado mediante escritura de 4 de agosto de 2010, con fundamento en el artículo 104.1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (entonces vigente), e inscrito en el Registro Mercantil I de Zaragoza.

En la escritura de 29 de noviembre de 2010, el liquidador declara que existe un solo acreedor, el «Banco Gallego, S. A.», al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito (140.468,97 euros) por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, sin activo social alguno, tal y como se acredita en el balance final de liquidación. Añade además que «no se ha solicitado procedimiento concursal judicial por ser conforme a derecho que la pluralidad de acreedores es presupuesto necesario para la existencia de tal procedimiento». Por ello, se declara liquidada y extinguida la sociedad y se solicita la correspondiente cancelación de su hoja registral al amparo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2000, que se cita.

El registrador mercantil resuelve no practicar el asiento registral solicitado por entender que el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad, porque: a) considera que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad en caso de falta de haber social con el que satisfacer a los acreedores es el concurso de acreedores; b) a su juicio, la mencionada Resolución de 13 de abril de 2000 no es aplicable por ser anterior a la entrada en vigor de la Ley Concursal, y c) entiende que el concurso de acreedores está configurado en su regulación legal actual no sólo como un procedimiento de reparto

del haber social entre los acreedores, sino también como un procedimiento alternativo de extinción de la sociedad en el Registro Mercantil, en el caso de que los liquidadores no puedan realizar las manifestaciones que les impone el artículo 395 de la Ley de Sociedades de Capital para el otorgamiento de la escritura de liquidación de la sociedad: que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos.

Se recurre por el liquidador dicha nota de calificación sobre la base de que la pluralidad de acreedores es presupuesto imprescindible para la declaración de la situación concursal, y de que los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital referentes a la obligación del liquidador del pago de las deudas sociales, satisfacción de los acreedores o consignación de sus créditos como presupuesto previo a la extinción de la sociedad, no son aplicables en caso de insolvencia total y definitiva de aquélla.

## DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

La DGRN resuelve y estima el recurso en los puntos 2 y 3, que se transcriben literalmente a continuación:

*«2. Debe determinarse en este expediente si para practicar la cancelación de la hoja registral de una sociedad de responsabilidad limitada que, según consta en la escritura de liquidación, tiene un solo acreedor y carece de activo social alguno, es o no necesaria una resolución judicial que así lo disponga en el correspondiente procedimiento concursal.*

*Si como, sostiene el recurrente, se considerase que el concurso de acreedores tiene como presupuesto la pluralidad de acreedores, habría que concluir revocando la calificación impugnada en el presente caso, habida cuenta de la existencia de un solo acreedor.*

*En este sentido, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de enero de 1984, consideraron imprescindible la existencia de pluralidad de acreedores para la declaración de quiebra o la admisión de la solicitud de suspensión de pagos... Aunque la vigente Ley Concursal no exige expresamente que exista una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal, la mayoría de los comentaristas infieren la existencia de tal presupuesto no sólo de la propia Exposición de Motivos sino de los numerosos preceptos que se refieren a esa pluralidad de acreedores... como los artículos 3.1, 3.4, 4, 6.2.4.º, 19.3, 21.1.5.º, 21.4, 27.1.3.º, 36.1, 36.7, 48.5, 49, 51.1, 54.1, 55.4, 56.1, 57.3, 72.1, 75.2.2.º, 76 y siguientes, entre otros.»*

«3. En el presente caso, sin embargo, puede resolverse la cuestión planteada sin necesidad de prejuzgar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso, ya que en el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedite la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso.

Como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 13 de abril de 2000, aunque es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico societario que el reparto del haber social entre los socios requiere inexcusablemente la previa satisfacción de los acreedores sociales —o la consignación o el depósito del importe de la obligación pendiente e, incluso, su aseguramiento o afianzamiento, según los casos— (cfr. artículos 391.2, 394.1, 395 y 396 de la Ley de Sociedades de Capital, 235 del Código de Comercio, y 1708 en relación con el 1082, del Código Civil), es también cierto que esas disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones, de suerte que si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad. Por ello, para practicar tal cancelación, en dicha Resolución se estimó suficiente que en el balance de liquidación, y bajo la responsabilidad del liquidador, constara la inexistencia de activo alguno para la satisfacción del acreedor.

Por otra parte, la cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma (cfr. artículos 390.1, 391.2, 395.1, 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital y 228 del Código de Comercio; y, por todas, la Resolución de 5 de marzo de 1996). La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de la disolución, es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cfr. artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital).»

## COMENTARIO

Un adecuado análisis de la doctrina arriba transcrita exige el estudio pormenorizado de las dos cuestiones esenciales que se plantean en el supuesto. El primero de ellos es el relativo a si procede o no la declaración del concurso de acreedores en caso de existir un solo acreedor. El segundo se refiere a si puede o no practicarse la cancelación de la sociedad aun estando pendientes el pago de deudas sociales.

## 1. Procedencia del concurso de acreedores

El concurso de acreedores ha sido tradicionalmente definido como un proceso de ejecución universal, cuya finalidad es la aprobación de un convenio con los acreedores para la rebaja o el aplazamiento de los créditos y, únicamente cuando no pueda llegarse al convenio o sea éste incumplido, la liquidación ordenada del patrimonio del concursado.

Ahora bien, la cuestión que aquí interesa es la relativa a si procede o no la apertura del procedimiento concursal en el caso de existir un único acreedor. Y en este sentido, la resolución objeto de análisis merece una crítica negativa, pues se limita a exponer las posiciones doctrinales existentes al respecto y, aunque parece inclinarse por la teoría que exige pluralidad de acreedores para que el concurso pueda ser declarado, no entra de modo específico en dicha cuestión al declarar, en el fundamento de derecho 3, que «*en el presente caso, sin embargo, puede resolverse la cuestión planteada sin necesidad de prejuzgar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso*».

Centrándonos ya en el punto discutido, lo cierto es que la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, no contiene precepto alguno que expresamente exija la concurrencia de una pluralidad de acreedores para que el concurso pueda ser judicialmente declarado, pues simplemente señala dos presupuestos para su declaración: subjetivo (*la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor*, art.1.1) y objetivo (*la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común*, art. 2.1), que hacen referencia únicamente a la persona del deudor. Es más, podría considerarse, por un lado, que la referencia que contiene el artículo 2.1 de «deudor común» ha de ponerse en conexión con el artículo 1.3. LC, en relación al presupuesto subjetivo del concurso, entendiendo que con ello se trata de recordar que quedan excluidos del concurso los «Entes de Derecho Público» que a estos efectos no deben considerarse deudores comunes, y por otro, que la existencia de intereses públicos dignos de tutela harían aconsejable la apertura del concurso también en caso de un solo acreedor. Según esto, la pluralidad de acreedores sería una característica natural, pero no esencial, del procedimiento concursal, de modo que debe éste admitirse también como medio de ejecución universal para satisfacer el derecho de un único acreedor.

No obstante, distinto es el parecer de la mayor parte de la doctrina (FERNÁNDEZ BALLESTEROS, HERRERA CUEVAS, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y OLIVENZA RUIZ) y de la jurisprudencia (STS 9 de enero de 1984). En efecto, el concurso de acreedores tiene como base y principio esencial el denominado *par conditio creditorum*, que consiste en la paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores. Su objeto es la satisfacción a prorrata (proporcional) de los derechos de los acreedores, respetando la respectiva posición preferencial que tengan los mismos en virtud de la ley. De hecho, la Ley Concursal regula de forma minucio-

sa, en los artículos 83 y siguientes, las cuestiones relativas a la clasificación y prelación de créditos, y eso porque el concurso de acreedores está sustentado en la pluralidad de acreedores.

Esto mismo se extrae del párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (también citado por la DGRN), cuando dice que «el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”, expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador RODRÍGUEZ («Tractatus de concursu», 1616) y de Francisco SALGADO DE SOMOZA («Labyrinthus creditorum concurrentium», 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común...». Además, aunque la Ley Concursal no exija específicamente la concurrencia de una pluralidad de acreedores para la declaración judicial del concurso, dicha pluralidad se extrae del conjunto de su articulado: según el artículo 2.1, la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del «deudor común» (entendido, no en el sentido antes expuesto, sino en aquel que evidencia la existencia de varios acreedores); a los acreedores, en plural, se refieren los artículos 3.1, 3.4, 4, 6.2.4.º, 19.3, 21.1.5.º, 21.4, 27.1.3.º, 36.1, 36.7, 48.5, 49, 51.1, 54.1, 55.4, 56.1, 57.3, 72.1, 75.2.2.º, 76 y siguientes; los artículos 142 y siguientes, que regulan la apertura de la liquidación ya sea instancia del deudor, de algún acreedor, o incluso de oficio, hacen referencia constante a los acreedores, la lista de acreedores, el convenio de acreedores. Por otro lado, también el Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia, establece en su artículo 1, al regular el ámbito de aplicación de la norma, que «el presente reglamento se aplicará a los **procedimientos colectivos** fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico». La referencia a los procedimientos colectivos evidencia que ha de existir una pluralidad de acreedores.

Parece, por tanto, que para que el concurso de acreedores sea declarado han de concurrir inicialmente una pluralidad de acreedores, debiendo el acreedor que solicite el concurso probar la existencia de otros acreedores, aunque sea sumariamente. De acuerdo con lo expuesto, el juez competente habría de comprobar la concurrencia de dicha pluralidad de acreedores, pues el concurso de acreedores no puede solapar el juego de acciones ejecutivas individuales. En efecto, si un deudor tiene un solo acreedor (aún con varias deudas insatisfechas), lo que debe hacer es iniciar la vía ejecutiva singular (en base al artículo 1911 CC) y no acudir a un procedimiento concursal, máxime teniendo en cuenta: a) el fundamento del concurso antes aludido (esto es, reparto del patrimonio existente entre los acreedores sobre la base del principio *par conditio creditorum*); b) los graves efectos patrimoniales (no tanto personales con la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal) que tiene sobre la persona del deudor, y c) los elevados gastos que habría de sufragar (sin necesidad, añadiría yo) el acreedor.

## 2. Práctica del asiento de cancelación

El siguiente problema abordado por la DGRN es si para practicar la cancelación de la hoja registral de una sociedad de responsabilidad limitada que, según consta en la escritura de liquidación, tiene un solo acreedor y carece de activo social alguno, es o no necesaria una resolución judicial que así lo disponga en el correspondiente procedimiento concursal.

El Centro Directivo se inclina por una respuesta negativa, tal y como se transcribió anteriormente. El mismo criterio ha sido seguido por la DRGN en las dos resoluciones siguientes: la de 5 de marzo de 1996 y la de 13 de abril de 2000.

En la **resolución de 5 de marzo de 1996** se presentaron en el Registro Mercantil de Madrid número II, el día 3 de enero de 1996, dos escrituras de ampliación de capital social de una sociedad anónima. En la primera se ampliaba el capital social de 300.000 a 5.000.000 de pesetas y en la segunda de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas. El registrador deniega la inscripción por estimar que, con arreglo a la disposición transitoria 6.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (Ley 19/1989, de 25 de julio), esa sociedad está disuelta de pleno derecho y han sido cancelados de oficio los asientos registrales respectivos.

Se da la circunstancia de que la segunda de las escrituras referidas en la que se amplía el capital de 5.000.000 a 10.000.000 de pesetas había sido ya presentada en el Registro Mercantil el 3 de mayo de 1994, suspendiéndose en aquella ocasión su despacho al no estar inscrito previamente el anterior aumento de capital, de modo que el que constaba registralmente era el originario de 300.000 pesetas.

Por tanto, la cuestión que se plantea es la de determinar el alcance del mandato normativo constituido en la DT 6.<sup>a</sup> 2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio. Al respecto, y en relación con lo que aquí nos interesa, la DGRN declara que *«ni hay base legal para inferir que la cancelación de asientos implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, bien que se considera terminada la liquidación, bien la que ahora es impuesta legalmente de la disolución de pleno derecho) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad (tanto en los supuestos normales de disolución (...), como en el caso de la disposición transitoria comentada), y en consecuencia, tal situación registral no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de la personalidad jurídica implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia»*.

En la **resolución de 14 de abril de 2000** se debate únicamente la posibilidad de inscribir una escritura de disolución y extinción de una sociedad de responsabilidad limitada, de la que resulta la existencia de un solo acreedor al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito por carecer la sociedad de activo alguno (circunstancia ésta que consta en el balance final de liquidación y que ha dado lugar a que, después de haber sido declarada judicialmente la quiebra de la sociedad, haya sido sobreseído el procedimiento por haber renunciado a sus respectivos créditos dos de los tres acreedores sociales).

La DGRN declara que *«hay que tener en cuenta que la cancelación de la hoja de la sociedad no es más que la constatación registral de la extinción de la sociedad en el ámbito del tráfico jurídico, una vez finalizado el período de liquidación y que ninguna sociedad puede darse por extinguida hasta que los liquidadores hayan cumplido su misión de la que es parte esencial percibir los créditos y pagar las deudas, subsistiendo mientras tanto su personalidad jurídica»*.

La cuestión que subyace, por tanto, es la relativa al significado del mismo asiento cancelatorio. La DGRN califica la cancelación de los asientos como *«fórmula de mecánica registral»*. De acuerdo con la doctrina del Centro Directivo, no debe entenderse que por la inscripción en el Registro Mercantil, la sociedad ya está extinguida: estará o no extinguida según haya o no deudas que pagar y créditos que cobrar. En efecto, la liquidación se basa en las manifestaciones unilaterales que realizan los liquidadores acerca de las deudas que tiene la sociedad y del pago de las mismas, por lo que *«la inscripción registral es de carácter meramente declarativo frente a los terceros cuyos créditos se encuentren pendientes de pago por parte de la sociedad, y no puede por tanto impedirse la posibilidad de reapertura del folio registral de la sociedad disuelta en caso de haberse ejecutado defectuosamente la liquidación»* (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2008).

Sin embargo, no nos podemos mostrar totalmente conformes con la tesis sostenida por la DGRN. Así, autores como GARCÍA-VALDECASAS o CASADO URBANO entienden que la aplicación en el ámbito mercantil del principio de legitimación (art. 20 CCom) lleva consigo la existencia del principio consagrado en el artículo 97 LH, en virtud del cual *«cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que el mismo se refiere»*. En este sentido, conviene recordar la remisión que el artículo 80 RRM hace a la legislación hipotecaria. De este modo, la configuración de la cancelación como una fórmula de mecánica registral sería aplicable, según el segundo de los autores citados, en los supuestos de la DT 6.2 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, pues en los demás casos sólo puede sostenerse la persistencia de la sociedad como algo residual.

Además, tanto el TRLSC (arts. 395, 396 y 398) como el RRM (art. 247.2.3) dan a entender que el acto final de la liquidación de una sociedad es la cancela-

ción de los asientos registrales referentes a la sociedad extinguida, junto con el depósito en el Registro Mercantil de los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico.

En definitiva, si por la inscripción de la sociedad en el RM adquiere su personalidad jurídica propia, por la cancelación de sus asientos en el RM, la sociedad pierde esa personalidad jurídica que le es propia y sólo cabrán operaciones dentro de lo que se regula como activo o pasivo sobrevenido o como finalización de actos residuales o marginales, complementarios de otros realizados cuando la sociedad estaba en pleno funcionamiento.

En cualquier caso, hay que admitir que la postura seguida por la DGRN no genera indefensión, pues el acreedor (Banco Gallego, S. A.) quedará protegido, pudiendo acudir a los recursos que le ofrece el ordenamiento jurídico, a saber: a) la genérica responsabilidad patrimonial universal del deudor, reconocida en el artículo 1911 CC; b) las acciones revocatoria y subrogatoria (art. 1111 CC); c) las acciones previstas en el artículo 1291.3 CC, en caso de existencia de fraude de acreedores; d) la responsabilidad de administradores y liquidadores (art. 236 y siguientes y 397 TRLSC); e) la aplicación de los artículos 398 y 399 del TRLSC, relativos al activo y pasivo sobrevenido, y f) la vía del enriquecimiento injusto o sin causa reconocida jurisprudencialmente (STS 21 de julio de 1995).

**RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 15  
DE MARZO DE 2011**

MIGUEL LLORENTE GONZALVO

*Notario*

Revocación unilateral del poder conferido por ambos administradores mancomunados al representante físico de uno de ellos. Eficacia, notificación, caducidad del cargo de administrador.



El supuesto de hecho se refiere a grandes rasgos a un poder general que fue conferido por los dos administradores mancomunados de un SRL, persona física y persona jurídica respectivamente, al representante físico de la segunda, y su posterior revocación unilateral por el administrador persona física. También se analizan otras cuestiones, como la caducidad del cargo de uno de los administradores, la ratificación por el administrador con cargo caducado de la revocación antes efectuada y el acceso al Registro Mercantil de dicha ratificación.

La peculiaridad del supuesto que vamos a analizar radica en primer lugar en si la revocación debe hacerse o no en escritura pública necesariamente para que acceda al Registro Mercantil y quién debe hacerlo; y en segundo, si es admisible que un poder general concedido por ambos administradores mancomunadamente pueda ser revocado posteriormente por la voluntad de uno solo de ellos o si es necesaria la voluntad concurrente de ambos administradores. Por último, si afecta en algo a la disyuntiva anterior el hecho de que coincida en la misma persona la condición de apoderado con la de representante físico del administrador persona jurídica, amén de los efectos de la caducidad del cargo antes mencionada.

Vista en líneas generales la temática de la resolución analizaremos la posición de los distintos operadores jurídicos ante el supuesto planteado:

- El registrador mercantil califica negativamente la escritura aduciendo varios defectos, entre ellos que la revocación del poder general debe ser otorgada por ambos administradores mancomunados conjuntamente y no por uno solo de ellos. Apoya el registrador la tesis de que la pretendida revocación por sólo el administrador mancomunado persona física sería un acto incompleto y por ello ineficaz si no concurre la voluntad del otro administrador mancomunado, según la interpretación del artículo 1259 CC. Considera además que las facultades concedidas en virtud del apoderamiento las ejerce individualmente y no en representación de la

persona jurídica administradora que le había designado. Y por último y no menos importante, entiende que en el momento del otorgamiento de la escritura pública calificada el administrador mancomunado tenía el cargo caducado, por lo que no estaba legitimado para otorgarla y no puede ser inscrita. La fecha del documento público y la vigencia del cargo es relevante a efectos de calcular la legitimación del otorgante. Además discute el valor del burofax a efectos revocatorios y su relación con el Registro Mercantil.

- El recurrente, en cambio, considera que el poder general otorgado por ambos administradores mancomunados puede ser revocado por uno solo de ellos, ya que de lo contrario se convertiría *de facto* en irrevocable si no concurre la anuencia del otro coadministrador, que en este caso estaría representado por el mismo apoderado.

Entiende también que la revocación de poder no es más que una declaración unilateral y recepticia, de tal manera que acreditado que el poderdante realizó la declaración de voluntad y que ésta llegó a conocimiento del apoderado, cualquier actuación de éste fundada en el apoderamiento suplanta la representatividad del órgano de representación y abuso de poder anteriormente conferido.

De esta forma, entiende el recurrente que recepticio equivale a que la declaración de voluntad llegue a conocimiento del apoderado, pero no exige el Derecho que la revocación se haga necesariamente en documento público, sino que con los burofax debe quedar revocada la representación atribuida mientras que la elevación a público de esta revocación es sólo a efectos de que pueda acceder al Registro Mercantil.

Añade el recurrente que la Sociedad Estatal de Correos está legitimada para certificar el contenido y la fecha de entrega del burofax, por lo que la constancia notarial de dicha revocación vía burofax debería ser, opina, suficiente para acceder al Registro, al igual que la elevación a público del documento privado de compraventa, y que por ello el que se eleve a público después de caducado el cargo de coadministrador en nada debiera entorpecer tanto la revocación misma como el acceso de la escritura pública calificada al Registro Mercantil.

## COMENTARIO

Planteado el supuesto de hecho y siguiendo el iter jurídico creo que pueden analizarse las siguientes cuestiones principales:

- 1.<sup>a</sup> Revocación de un poder hecha por uno sólo de los administradores mancomunados.

Aunque la RDGRN toca este punto en el último lugar, creo conveniente analizarlo primero, ya que depende de la respuesta que demos, entonces podremos entrar a valorar las demás cuestiones.

Respecto a la controversia de si un solo administrador mancomunado puede revocar el poder general que los dos administradores otorgaron conjuntamente al representante persona física de uno de ellos, cabe contemplar tres posibilidades:

- a) La que considera que el poder no puede ser revocado por uno solo de los administradores mancomunados. Se dice entonces que, si el poder fue concedido por unanimidad, entonces su revocación también debe hacerse de forma conjunta por ambos administradores mancomunados, cuya voluntad común y coincidente conforma la del órgano de administración. Contra esta tesis puede decirse que la mera discrepancia de uno solo de los administradores mancomunados impediría la revocación del poder, por lo que de algún modo podría quedar secuestrada la posibilidad de revocación y que el poder se convierta *de facto* en irrevocable durante la vigencia del cargo de los administradores.
- b) La postura de la RDGRN analizada, que considera que en este caso sí puede ser revocado el poder, ya que al coincidir en la misma persona la cualidad de apoderado de la sociedad y de representante físico del administrador mancomunado persona jurídica existe un supuesto de autocontratación que no puede ser salvada, puesto que quedaría en manos del mismo apoderado la decisión última de la subsistencia del poder. Admitiendo el resultado de esta tesis, contra ella se puede decir que la revocación unilateral debe ser admitida no sólo en el caso en el que nos ocupa o en aquel en el que se le otorgue el poder general a favor de uno de los administradores mancomunados, sino también cuando se le confiere a un tercero. Esto nos lleva a analizar la última postura.
- c) La que permite que el poder general pueda ser revocado siempre por un solo administrador mancomunado, independientemente de a quién se le haya conferido el poder general. Y ello porque consideramos que la esencia de la representación radica en la confianza y, por tanto, perdida la confianza, el poder puede ser libremente revocado. Es cierto que cuando se confirió el poder fue necesario la confianza común de ambos administradores mancomunados en el apoderado, pero si uno de ellos pierde la confianza en el apoderado ya no hay confianza plena y, por tanto, debe poder ser revocada la representación voluntaria. Digamos que si el fundamento de la representación voluntaria se encuentra en este caso en la confianza común, no puede admitirse la subsistencia de un poder carente de dicha confianza común. Todo ello teniendo en cuenta que el administrador mancomunado que ha perdido la confianza quedaría res-

ponsable frente la Junta general de la mala gestión que realizase el apoderado, si el otro coadministrador se negare a revocar y se exigiera unanimidad. Como último argumento podría mencionarse una interpretación extensiva del artículo 1731 del CC, que recoge la responsabilidad solidaria de dos o más personas que nombran un mismo mandatario para un mismo negocio común. Salvando las distancias y sabiendo que en el caso que nos atañe el poderdante es la SRL y no los administradores, que sólo son órganos que generan la voluntad social, podríamos ver que la ratio del precepto es que, pese a que entre ellos rija la mancomunidad, responden solidariamente para todos los efectos del mandato. Por todos los efectos deben considerarse tanto los positivos como los negativos, siendo estos últimos no sólo los que perjudiquen al apoderado, sino aquellos que realizados por cuenta de los mandantes lesionen a terceros. Por ello, si se permite al mandante mancomunado (véanse artículos 1137, mancomunidad como regla general, y 1731 CC) que va a responder por el todo o solidariamente revocar de forma unilateral el mandato mancomunado, ¿no ha de permitírsele también al coadministrador mancomunado la revocación unilateral del poder general cuando pierde la confianza en el apoderado? Y todo ello cuando a la representación orgánica, como *tertium genus* que es, le son aplicables normas y principios de la representación voluntaria.

2.<sup>a</sup> Revocación hecha mediante burofax de un poder otorgado en escritura pública.

Continuando por el segundo de los motivos impeditivos que se manifiestan en la calificación registral, la Dirección General entiende que deben ser confirmadas las razones invocadas por el registrador en su calificación, en tanto en cuanto exige que la revocación conste en escritura pública otorgada por el representante orgánico de la sociedad con cargo vigente.

Uno de los principios generales del sistema registral es el de la necesidad de titulación pública para la práctica de cualquier asiento en el Registro, salvo los casos expresamente exceptuados (cfr. artículos 18.1 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil), dada la especial trascendencia de los asientos registrales, que tienen alcance *erga omnes*, gozan de la presunción de exactitud y validez, y se hallan bajo la salvaguarda jurisdiccional (artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

En aplicación concreta de tal principio, los artículos 94.1.5.º y 95.1 de dicho Reglamento exigen expresamente que la revocación de los poderes otorgados por la sociedad conste en escritura pública para su inscripción en el Registro. Y, como ha reiterado esta Dirección General en varias ocasiones, al corresponder por Ley la gestión y representación de la sociedad al órgano de administración (ar-

título 209 de la Ley de Sociedades de Capital), es a este órgano al que compete otorgar las correspondientes escrituras de poder, o de revocación (cfr. Resoluciones de 8 de febrero de 1975, 31 de octubre de 1989, 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993).

En el presente caso, el otorgante de la escritura calificada, por la que ratifica una revocación que afirma realizada antes, reconoce que su cargo de administrador estaba caducado en el momento del otorgamiento de la escritura (e interviene en nombre propio, según se expresa en dicha escritura, y no como administrador). Por ello, y habida cuenta de que también la elevación a instrumento público de acuerdos sociales preexistentes corresponde al representante orgánico con cargo vigente e inscrito o al apoderado —con facultades suficientes para ello y, en su caso, inscritas— (cfr. artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil), el defecto debe ser mantenido. Éste es el criterio defendido por la Dirección General en la presente resolución.

Partiendo de esta base, entiendo que a mi juicio deben distinguirse tres planos en esta cuestión: el sustantivo, el documental y el registral.

Así, desde un punto de vista sustantivo, debemos de tener en cuenta que lo que otorgan los administradores mancomunados es una escritura de poder por la que confiere representación voluntaria a un apoderado. Debemos aplicar las normas del mandato recogidas en el Código Civil, que son las que regulan esta materia con carácter general. Visto esto cabe preguntarse si un poder conferido en escritura pública debe o no revocarse necesariamente mediante otra escritura pública de revocación. Caben dos respuestas:

- a) Exigir que la revocación se realice en escritura pública: en apoyo de esta tesis cabría citar el artículo 1230 del CC, por el cual los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero; y también el artículo 1219 del CC, según el cual las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero. En base a estos artículos podría pensarse que como la eficacia de la revocación del poder otorgado en escritura pública depende a su vez de su otorgamiento nueva escritura, entonces la revocación hecha simplemente mediante burofax no elimina de la esfera jurídica el efecto mismo de la escritura otorgada, esto es, la representación conferida. Además sería también necesario que la revocación escriturada accediera al Registro Mercantil y se hiciera constar en la escritura matriz y en la copia autorizada que obra en poder del apoderado.

- b) Permitir que la revocación no se haga en escritura pública: en este caso tendríamos que analizar más al detalle los artículos 1219 y 1230 del CC, puesto que en ambos habla de la eficacia «contra tercero» y no de la eficacia en general del negocio jurídico o frente a todo tercero. Así hay que tener en cuenta cómo la regulación de la representación voluntaria está presidida por el principio de la protección de la apariencia y el tráfico jurídico. El objetivo es que no se perjudique a terceros al revocar la representación conferida, entendiendo por terceros aquellos que actúan de buena fe y con legítima confianza en el tráfico y no cualquier tercero. En pro de ello aplicamos aquí el concepto monista del tercero mercantil que proclama una parte sustancial de la doctrina y que considero oportuno trasladar en esta materia dada la ratio de los citados preceptos. Una muestra de ello es que el artículo 1734 del CC, por el que la revocación del mandato no puede perjudicar a los terceros si no se les ha hecho saber, por lo que lo que se está protegiendo con ello es la apariencia y a los terceros de buena fe.

De esta manera, tanto el artículo 1734 como el 1219 y 1230 a lo que se refieren es a la protección de la apariencia y del tráfico jurídico, pero no a la representación voluntaria o declaración jurídica contenida en la escritura pública de poder. Así hay que tener en cuenta, por ejemplo, cómo el artículo 1732 del CC, sobre el mandato y aplicable a la representación voluntaria, establece unas causas de extinción de la relación jurídica representativa que se produce sin necesidad del otorgamiento de escritura pública de revocación de poder, tales como la muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, concurso o insolvencia del mandante o del mandatario. La prueba de que se extingue la relación jurídica representativa es que el propio artículo 1738 del CC sólo otorga validez a los actos jurídicos realizados posteriormente a dicha extinción cuando el antiguo apoderado contrata en uso de ese aparente poder con terceros de buena fe. Ya no hay representación voluntaria, pero ello no quiere decir que deba otorgarse escritura pública.

Lo mismo puede predicarse del supuesto de renuncia del apoderado contemplado en el mismo artículo 1732 CC. Si el poder de representación es una declaración de voluntad unilateral y recepticia emanada del poderdante que no obliga al apoderado a aceptarla, sino que sólo le legitima para actuar en nombre de aquél, entonces la renuncia por parte del apoderado puede hacerse sin necesidad del consentimiento del representado con sólo devolver la escritura del poder, pero sin necesidad de otorgar nueva escritura que deje sin efecto una declaración de voluntad que por otra parte no emitió el representante.

Como argumento añadido a los anteriores cabe decir que el artículo 1733 del CC permite al poderdante revocar el mandato (véase representación) a su voluntad y compeler al apoderado que devuelva el documento en que conste el mandato. Así que primero revoca extinguiendo la representación y luego compele a la

devolución, sin que parezca depender la extinción de la representación, pese a los artículos 1219 y 1230, del otorgamiento de nueva escritura de revocación.

Finalmente y en apoyo de esta tesis se puede argumentar que una cosa es la declaración jurídica y otra es la forma en la que ésta se plasma. De esta manera, la escritura pública sería una forma *ad utilitatem*, pero no la única (cabe mandato verbal, no lo olvidemos), y que por supuesto dicha forma no congela a la relación jurídica escriturada, que puede variar, como hemos visto, en forma y por causas extrañas a la forma documental pública.

Este último argumento nos puede servir de apoyo para analizar nuestro supuesto de hecho. Visto en profundidad el plano sustantivo de la relación jurídica representativa y admitido que puede ser revocada sin necesidad de otorgar escritura de revocación, entonces debemos pensar si la revocación puede hacerse vía burofax.

Considero que sí puede hacerse, ya que el burofax revocatorio cumple el requisito fundamental de toda revocación, a saber, que es una declaración de voluntad unilateral y recepticia. Y esto último queda garantizado, pues debe tenerse en cuenta que el burofax, combinado con el servicio de acuse de recibo y copia certificada, es un medio que proporciona al remitente un justificante legal del envío, de la recepción y de la exacta reproducción de su contenido impreso o manuscrito; que la Ley General de Telecomunicaciones regula ese medio de comunicación, el cual acredita fehacientemente tales aspectos; y que la jurisprudencia menor lo ha venido admitiendo equiparándolo al acto de conciliación y a la carta remitida por conducto notarial (cita en este sentido la SAP de León de 8-2-2000 con ocasión de la resolución de un contrato de arrendamiento por falta de pago).

Por ello, en nuestro caso la representación voluntaria quedó extinguida durante la vigencia del cargo del administrador mancomunado persona física y el apoderado actuaba ya como un *falsus procurator*. Sin embargo, queda el aspecto registral del problema: el acceso al Registro Mercantil de la revocación.

Pues respecto a esto hay que admitir, vistos los artículos 18 del CCom, 94.1 y 95.1 del RRM, que para su inscripción en el Registro Mercantil la revocación debe constar en escritura pública, pero eso sí, sólo como requisito de acceso al Registro Mercantil, que dicho sea de paso tiene fuerza declarativa y no constitutiva de la revocación misma (véase cómo los poderes especiales, otorgando representación, no se registran, así como la figura del factor notorio.). Por ello, la revocación hecha en burofax necesita ser elevada a público para causar asiento en el Registro.

Por ello cabe preguntarse, ¿puede el recurrente elevar a público tal revocación?

El recurrente dice que sí que puede, ya que de él emanó la revocación, y pone como ejemplo la elevación a público de una compraventa hecha en documento privado.

Sin embargo, debemos entender que no puede, pues los acuerdos de los órganos sociales sólo pueden ser elevados a públicos por representante orgánico con cargo vigente e inscrito o al apoderado —con facultades suficientes para ello y, en su caso, inscritas— (cfr. artículos 108 y 109 RRM), y el cargo había caducado cuando se hizo la pretendida elevación a público. Esta elevación debe hacerse por aquellos que sean ahora los nuevos administradores de la sociedad. En el caso que no los hubiera, debería la Junta general nombrar otros, dándoles instrucciones para que así lo hicieran (sin poder la Junta elevar a público, pues es sólo órgano deliberante). Como última opción podría acudir a los Tribunales solicitando que se declare que fue válidamente revocada la representación y que cause asiento tal sentencia en el Registro Mercantil. En este último caso sería una cuestión de prueba procesal, debiendo presentar el demandante el burofax revocatorio para llevar al ánimo del juez que la representación voluntaria conferida fue revocada durante la vigencia del cargo del administrador mancomunado revocante. No nos olvidemos de que en cualquiera de los tres casos debe compelerse al apoderado a la devolución de la escritura de poder (artículo 1733 CC), pues si no podría seguir vinculando a la sociedad frente a terceros de buena fe, ex artículo 21 CCom.

## **LIBROS**



## A LA OBRA TITULADA «DERECHO MERCANTIL»

Dirección: José María de la Cuesta Rute  
Huygens editorial. Barcelona 2011.

JOSÉ MANUEL GARCÍA COLLANTES  
*Notario*

Constituye una gran satisfacción presentar en esta revista la obra «DERECHO MERCANTIL», dirigida por el profesor CUESTA RUTE, pues es éste miembro del Consejo de dirección y redacción de *Cuadernos de Derecho y Comercio* y algunos de sus autores han colaborado en más de una ocasión con nosotros.

El libro que ahora se presenta se inserta dentro de la categoría de «manual», pero presentando características que lo singularizan frente al resto de manuales existentes en España, sin mengua, por supuesto, de la excelente calidad que esta especie tiene en nuestro país.

La obra, como se ha dicho, está dirigida por el profesor CUESTA RUTE, que también escribe los capítulos más significativos de ella, al frente de un equipo de profesores de Derecho Mercantil, todos ellos suficientemente conocidos. Como coordinadores, además de autores, están los profesores Eduardo VALPUERTA, Blanca TORRUBIA y Carlos LLORENTE. Y como autores figuran los también profesores Carmen BOLDÓ, Javier DIVAR, José Carlos GONZÁLEZ VÁZQUEZ, Ibon HUALDE, Enrique NÚÑEZ, M.<sup>a</sup> Concepción PABLO-ROMERO, Aránzazu PÉREZ MORIONES y Juan Manuel DE LOS RÍOS.

El libro está dirigido y pensado primordialmente para servir de base a los estudios de grado en la universidad, dentro del «plan Bolonia», por lo que su destino prioritario es el de «formar» a los alumnos. Esto puede parecer una obviedad, pero no lo es tanto si tomamos plena conciencia de lo que significa «formar». Formar es mucho más que transmitir unos conocimientos, va mucho más allá que «ilustrar» en una materia determinada. Formar supone adquirir un completo de-

sarrollo en aquello sobre lo que recae la formación. Y ésta no siempre ha sido la finalidad de los libros universitarios aunque sea un contrasentido.

En efecto, existen libros científicos destinados a la enseñanza que «ilustran» sobre algo, que dan luz y transmiten conocimientos sobre aquello de lo que tratan. Pero que se contentan (y no es poco) con ser exposiciones sintéticas sobre una determinada materia, intentando que la misma y la legislación que la sustenta sean asequibles para los alumnos. En mayor o menor medida abren el entendimiento y pueden crear inquietudes.

Pero «ilustrar» no es lo mismo que «formar». La formación es un paso más respecto de la ilustración. Como antes se dijo, la formación implica la adquisición de un desarrollo completo y armónico en la materia objeto de estudio. De ahí que no se trate solamente de transmitir conocimientos técnico-jurídicos o de imponer leyes y sentencias, sino de descender a la génesis de las instituciones y a la razón de su existencia para obtener conceptos sólidos e ideas claras («claras y distintas», que exigía Descartes) que permitan al alumno desarrollar su propia conciencia crítica sobre la materia estudiada. Como dice el profesor CUESTA RUTE, no se trata de saber-cómo, sino de saber-por qué.

En definitiva, se pretende que los alumnos conozcan legislación y jurisprudencia, sí, pero que, además, sepan DERECHO, entendido éste, como se señala en el prólogo, «no como una mera herramienta técnica al servicio de cualquier ideología constructivista, sino como un firme punto de apoyo para resistir totalitarismos y ser baluarte de la libertad».

Pero que nadie piense que estamos ante una obra cargada de conceptos puramente teóricos. Eso sería un gravísimo error. Sus autores tienen muy claro que el Derecho está hecho para la vida y ha de ser siempre un saber práctico y no especulativo. Pero también saben que «el mejor fundamento práctico para una decisión jurídica es una buena teoría». Y a todas estas ideas y propósitos responde el libro presentado y a su consecución se encamina el desenvolvimiento metodológico del mismo.

El plan de la obra obedece a una cuidada didáctica que es similar en el desarrollo de todos los temas. Se nota un énfasis especial en la claridad de conceptos y una cuidada distribución entre letra «normal» y «pequeña». La longitud de cada uno de los temas está muy bien adecuada a lo que un manual universitario ha de ser. No se «copian» los textos legales, sino que se extractan y explican invitando y remitiendo después al alumno a la consulta directa de ellos. Igual sucede con la jurisprudencia. Mención especial, por su importancia, merecen las frecuentes remisiones y referencias internas que la obra contiene, que sirven de enlace entre los distintos conceptos haciéndonos presente que el saber es siempre esférico.

Finalmente, cada uno de los temas va seguido de una serie de materiales que completan la exposición y alargan la visión del alumno: casos prácticos, la jurisprudencia esencial recaída sobre el tema, lecturas recomendadas (pocas, pero valiosas y de calidad contrastada), bibliografía seleccionada, remisión a páginas WEB relacionadas con el tema en cuestión y, lo más curioso, una serie de actividades a realizar por el alumno, algunas de las cuales están dotadas de un cierto atrevimiento.

El contenido de la obra abarca toda la materia mercantil: concepto y fuentes del Derecho Mercantil; derecho de la actividad económica realizada en el marco del mercado (donde se incluye el estudio de las figuras del empresario y el consumidor, el establecimiento mercantil, los signos distintivos de la empresa, la defensa de la libre competencia, la competencia desleal y la publicidad comercial, así como el registro mercantil); el derecho de sociedades; la teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles junto con el estudio específico de sus figuras más representativas, incluyendo los contratos objeto del mercado de valores; los títulos-valores; el derecho concursal.

Han sido editadas dos versiones. Una de ellas está dirigida a estudiantes de Derecho, compuesta de dos volúmenes, si bien sólo el primero de ellos se encuentra disponible en estos momentos. La segunda constituye una versión reducida y está dirigida a estudiantes de grados no jurídicos.





