



Cuadernos de Derecho y Comercio 60

Consejo General
del Notariado

Diciembre
2013



Cuadernos de Derecho y Comercio 60

Diciembre 2013
Revista semestral
Consejo General del Notariado

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

Todos los trabajos publicados son originales.

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

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

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

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

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Presidente del Consejo General del No- tariado
Carmen Alonso Ledesma Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Rafael Illescas Ortiz Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Alberto Alonso Ureba Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid	Josep Massaguer Fuentes Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Bar- celona
M. ^a Luisa Aparicio González Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	Xavier O'Callaghan Muñoz Catedrático de Derecho Civil. Magis- trado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
José M. ^a de la Cuesta Rute Catedrático emérito de Derecho Mer- cantil de la Universidad Complutense de Madrid	Santiago Ortiz Navacerrada Catedrático de Derecho Procesal.
Alberto Díaz Moreno Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla	José Cándido Paz-Ares Rodríguez Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Justino Duque Domínguez Catedrático emérito de Derecho Mer- cantil de la Universidad de Valladolid	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	Juan Pérez Hereza
María Teresa Barea Martínez	Carlos Pérez Ramos
Antonio Domínguez Mena	Tomás Pérez Ramos
Íñigo Fernández de Córdova Claros	Jorge Prades López
María Teresa García Ludeña	Francisco Javier Ramírez González
José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Cristina Requena Torrecillas
Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz	Amanay Rivas Ruiz
Martín González del Moral	Rocío Rodríguez Martín
Antonio Lopera Perales	Fernando Rodríguez Prieto
María López Mejía	Luis Rojas Martínez del Mármol
Manuel Lora-Tamayo Villacieros	Jorge Sáez-Santurtun Prieto
Miguel Llorente Gonzalvo	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
Blanca Palacios Guillén	Joaquín Zejalbo Martín
	María de Zulueta Segarra

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Función notarial y arbitraje. Convenio y laudo arbitral, por <i>José-Ángel Martínez Sanchiz</i>	13
Sistemas adecuados de resolución de disputas (ADRS) en el comercio internacional, por <i>Fernando Rodríguez Prieto</i>	47
El buque como objeto de la garantía hipotecaria en los contratos de préstamo: una ficción necesaria para su financiación, por <i>Raquel Palacios López</i>	69

PRÁCTICA JURÍDICA

La reforma legislativa de los juicios de desahucio, por <i>Federico Adan Doménech</i>	91
Los apoderamientos electrónicos en la Ley de Emprendedores, por <i>Juan Pérez Hereza</i>	117

LA FISCALIDAD DE LA EMPRESA

Exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de participaciones de sociedades civiles, <i>Joaquín Zejalbo Martín</i>	127
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho societario

El doble vínculo y la retribución estatutaria de los servicios de los administradores sociales (comentario a la resolución de la Dirección General	
--	--

SUMARIO

de los Registros y el Notariado de 3 de abril de 2013), por <i>Paula del Val Talens</i>	161
Sobre la imposibilidad de junta general de sociedad de responsabilidad limitada celebrada en segunda convocatoria y convocada por representante del órgano de administración (comentario a la resolución de 26 de febrero de 2013 de la Dirección General de Registros y del Notariado), por <i>Francisco-Javier Ramírez González</i>	187
<i>Derecho contractual</i>	
La cláusula <i>rebus sic stantibus</i> . A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	199
Dificultades en la configuración de garantías a favor del avalista en operaciones de préstamo concedidas a sociedades (comentario a la resolución de 2 de enero de 2013 de la Dirección General de los Registros y del Notariado), por <i>Antonio Lopera Perales</i>	247
<i>Derecho concursal</i>	
Sobre la calificación como créditos contra la masa de los recargos por impago de las cuotas de la Seguridad Social devengadas después de la declaración de concurso de acreedores. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2013 y sentencia de la Audiencia Provincial de León de 27 de abril de 2011, por <i>Miguel Llorente Gonzalvo</i>	261
 RECENSIONES	
Recensión sobre la obra «El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima» de Blanca Andrea VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, por <i>Cristina Marqués Mosquera</i>	277

ESTUDIOS DOCTRINALES

FUNCIÓN NOTARIAL Y ARBITRAJE. CONVENIO Y LAUDO ARBITRAL¹

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

RESUMEN

En estas páginas, el autor pone de relieve la importancia del documento notarial como medio para evitar litigios, la labor conciliadora que desarrolla el notario en la fase preliminar del negocio, así como la necesidad de fomentar en el seno del notariado modos de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción ordinaria. De todas ellas, el artículo se centra en la institución arbitral, analizando en que medida las controversias en determinada materias como el derecho societario, la propiedad horizontal, las crisis matrimoniales y el derecho sucesorio son susceptibles de arbitraje, para terminar defendiendo la utilidad y conveniencia de la protocolización del laudo arbitral.

Palabras clave: función notarial, métodos alternativos de resolución de conflictos, arbitraje, laudo arbitral, protocolización.

ABSTRACT

In these pages, the author highlights the importance of notarized documents as a means to avoid lawsuits and the role of notaries public in favour of reconciling parties in the preliminary phase of any business, as well as the need to encourage among notaries public alternative forms of conflict resolution that do not involve a court of law. Of all these functions, the article focuses on the institution of arbitration, analysing to what extent the disputes in certain matters such as Company Law, joint ownership of residential buildings, marriage crises and the law on succession are all candidates for arbitration, before concluding with a defence of the usefulness and suitability of having arbitration decisions notarized.

Key words: notarial function, alternative methods for conflict resolution, arbitration, arbitration decisions, notarization.

¹ Texto de la exposición realizada en el curso de arbitraje, dirigido por José Fernando MERINO MERCHÁN, en la Universidad Rey Juan Carlos, campus de Vicálvaro, junio 2012.

SUMARIO: I. EL DOCUMENTO NOTARIAL COMO MEDIO PARA LA EVITACIÓN DE LITIGIOS.—II. LA FUNCIÓN MEDIADORA O CONCILIADORA DEL NOTARIO.—III. PREVISIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.—IV. EL CONVENIO ARBITRAL. 1. En el ámbito societario. 2. En la propiedad horizontal. 3. Derecho de familia. 4. Derecho de Sucesiones.—V. LA PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.

I. EL DOCUMENTO NOTARIAL COMO MEDIO PARA LA EVITACIÓN DE LITIGIOS

Contratar es peligroso, advertía BETTI² en su negocio jurídico. Lo fue más en tiempos. Pensemos en la Alta Edad Media y en el fenómeno, estudiado por BRAGA DA CRUZ,³ de la «laudatio parentum», la intervención de los parientes para consentir el negocio realizado por su familiar, que súbitamente se extendió por toda la Romanía desde Italia a Portugal. Se buscaba implicar a los posibles herederos, que al consentir debían respetar el negocio, si no querían quedar incurso en las penas de infierno con las que se amenazaba a los otorgantes en el documento. De este modo, aparte del respeto a una supuesta troncalidad, se evitaba en cualquier caso que el contrato fuera deshecho, no ante lejanos e inoperantes tribunales, sino lisa y llanamente por la fuerza de las armas.

Se interrogaba al profesor portugués sobre el misterio de su aplicación simultánea en tan vastos territorios, y concluía que ante una misma necesidad no es sorprendente que la respuesta también lo sea, sin que ello implique contacto previo. Por mi parte⁴, siempre he pensado que algo tuvo que ver la utilización de formularios que corrían de monasterio en monasterio. No habría contacto, pero sí contagio.

Se buscaba la seguridad, más que en la forma, en la fórmula que envolvía las cláusulas documentales. Y es que, cuando la forma carece de autenticidad, se vuelve a la fórmula, en un formalismo retrógrado, que, paradójicamente, es dable

² «Teoría general de negocio jurídico», pp. 102 y 103.

³ «I Direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar. Braga, 1941, p. 114 y ss.

⁴ Vid. «Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes». Colegios Notariales de España, 2003, p. 44 y ss.

advertir en muchos de esos documentos de inspiración anglosajona que inundan nuestra vida jurídica.

Vienen estas reflexiones a cuento, ya que ponen de manifiesto una idea clave desde la perspectiva que nos ocupa, a saber: la preocupación ahora y siempre del escriba por el buen fin del documento que redacta, la llamada «firmitas»⁵. Es una ley psicológica presente en la historia. Por ello fracasó el documento sellado, al que se acudió en Alemania, ante la ausencia de notarios durante el siglo XI, como alternativa respecto de la escritura pública: ambos documentos buscaban la autenticidad y la recibieron por la Decretal de Alejandro III «scripta auténtica» hacia el 1167. ¿Por qué prevaleció la escritura pública? Básicamente, porque aquel documento lo redactaban las partes para que fuera sellado con el anillo del obispo, o del conde palatino o del abad; pero quienes sellaban lo hacían en cosa ajena y, como explica REDLICH⁶, se desentendían del documento, mediante la cláusula sin riesgo o sin mi responsabilidad. Todo lo contrario de lo que ocurrió con la escritura pública.

Hoy vivimos una situación, no igual, pero no exenta de algún paralelismo, con la firma electrónica reconocida, que, a menudo, se presenta como alternativa respecto de la escritura pública; sin reparar que son vías perfectamente compatibles pero no fungibles, ya que la disparidad entre ambas, al menos le galmente, se produce en el ámbito de los propios documentos electrónicos, toda vez que en teoría pueden ser públicos o privados.

Empero, no se percibe esa disparidad porque el documento público electrónico, en el estado actual de la técnica, constituye una realidad virtual; un concepto, que en la esfera notarial sólo tiene aplicación en lo que atañe a las copias. La inexistencia de una auténtica matriz electrónica conduce a un reduccionismo consistente en la contraposición entre la escritura en su dimensión papel y los

⁵ La «firmitas» es una expresión que aparece ya en los documentos bizantinos, estudiados por Álvaro D'ORS, al parecer con la pretensión de otorgarles ejecutividad a nivel judicial, pero que persiste durante la Alta Edad Media, de una manera absolutamente general en todo el territorio documental de la Romanía: en las fórmulas visigóticas, en las de Marculfo, así como en Italia, como se lee en el «Negozio giuridico» de Calasso, o en los diplomas de los distintos monasterios catalanes que ha ido publicando la Fundación Noguera, y también en los del monasterio suizo de Sank Gallen estudiados por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN. Ahora bien, en esta época, la «firmitas», que se busca por medio de diferentes fórmulas, lo que quiere significar es la robustez del pacto, su naturaleza vinculante o la necesidad de que se cumpla. La palabra aparece, asimismo, en la Decretal «Scripta auténtica», en relación con la fe pública que reconoce a los documentos sellados y a los notariales, y es un patrón común en el «ars notariae» desde el «formularium tabelionum» hasta las «summas» de Martino de Fanno, Rainiero de Perusia, Salatiel y Rolandino. En esta sede es recomendable la monumental obra de BONO sobre la Historia del Notariado. La relación entre la «firmitas» y la libertad de pactos de la que me he ocupado en una monografía sobre la elaboración del concepto «negocio jurídico», en las «Instituciones», publicadas por Civitas y coordinadas por DELGADO DE MIGUEL.

⁶ «Documentos de particulares en la Edad Media.» Traducido por Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN.

documentos privados investidos de firma electrónica reconocida, los cuales circulan, sin embargo, bajo la limitada responsabilidad, de la entidad de certificación, dentro de estrechos y privilegiados márgenes, y, en todo caso, sin ningún riesgo en cuanto a la idoneidad y legalidad de sus contenidos. Al final, son las partes las que verdaderamente asumen las cargas de legalidad y sapiencia, así como la realidad misma del negocio. En sintonía con Manuel GONZÁLEZ MENESES⁷, si yerra la entidad (en el previo proceso de identificación, en la imputación de la certificación, o respecto de la vigencia de la misma) quien resulte perjudicado por la inexistencia del negocio habrá de contentarse con una indemnización a cargo del seguro concertado.

Esta preocupación notarial por el buen fin del documento no es, en rigor, una mera forma de salvar la propia responsabilidad: va mucho más allá, a la hora de asesorar sobre los medios más adecuados para lo que se pretende, lo cual, como recordara Luis FIGA,⁸ supone elucidar los fines, de modo tal que asesoramiento conduce sin solución de continuidad al consejo, y de su mano al establecimiento de cautelas para prevenir y evitar el incumplimiento.

El notario asume así buena parte de esas cargas de legalidad y de sagacidad que, en otro caso, recaerían, según BETTI, sobre las partes.

Ha escrito Antonio RODRIGUEZ ADRADOS⁹: *«El único medio que se ha ideado y que con mayor o menor intensidad se ha llevado a la práctica para evitar estas cosas (la conflictividad), para conseguir el negocio perfecto, que conduzca a la seguridad jurídica sustancial, consiste en no dejar solas a las partes con sus egoísmos, una frente a la otra, con sus confabulaciones —ambas contra terceros— y en todo caso con sus ignorancias, es colocar junto a las partes, y entre las partes, un tercero imparcial».*

De este modo, se pretende evitar el conflicto, si bien, como recuerda Emilio GARRIDO, la función notarial se caracteriza por ir más lejos, pues su esencia radica en conferir fijeza y seguridad a las relaciones jurídicas.

⁷ «La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica.» Colegio Notarial de Madrid, 2010. *«En definitiva, la firma electrónica reconocida no es más que una clave de encriptación atribuida a un determinado sujeto sobre la base de la afirmación de un tercer sujeto de naturaleza privada. Si somos conscientes de esto en lo que consiste realmente la firma electrónica (que es la afirmación o certificación de un tercero la que sirve de base a nuestra vinculación y que además ese tercero es un particular), nos resultará evidente que no podemos atribuir a la misma más efectos que los que son congruentes con esa realidad.»*

⁸ «La invasión.»

⁹ «La función notarial y los principios y valores constitucionales. «Escritos jurídicos.» Consejo General del Notariado. Tomo II, p. 165.

Y es que en la actividad notarial se concentran una serie de factores, recuerda Salvador TORRES ESCÁMEZ¹⁰, que ayudan a evitar los conflictos, a saber: la autenticidad, el control de legalidad, la labor mediadora o conciliadora y, por último, el consejo.

Ahora bien —me he permitido señalar en algún otro lugar—, los contratos cuanto más justos más eficaces. El contrato por encima de todo debe ser un acto de justicia. Si es justo se asume generalmente de buen grado y ello favorece su cumplimiento.

El notario está llamado a ser un factor de equilibrio, sobre todo cuando con su intervención ayuda a superar las reticencias entre las partes, completa su información o contribuye a suplir su ignorancia, pero es que también desarrolla una labor de conciliación, que cuando tiene éxito conlleva que los otorgantes firmen, además de con conocimiento de causa, de forma convencida.

II. LA FUNCIÓN MEDIADORA O CONCILIADORA DEL NOTARIO

Me voy a detener, siquiera brevemente, en esta labor conciliadora y en las dificultades que encierra en los tiempos presentes.

La conciliación surge naturalmente cuando se acude al notario en la fase preliminar del negocio.

Esto sucede muy frecuentemente con los testamentos: el testador, por ejemplo, pretende desheredar a un hijo y se le convence para que lo piense mejor; se sugiere que en lugar de una imposición introduzca un ruego o recomendación de orden puramente moral; se procura una obligación modal antes que una condición; se busca la mejor manera, en razón del patrimonio preexistente y de la situación familiar, de cubrir el futuro de un hijo discapacitado o, en otro orden de cosas, de canalizar la sucesión de la empresa familiar. En otras ocasiones, por ejemplo, lo que se quiere es blindar el patrimonio hereditario para evitar —en caso de divorcio— que el otro acceda a los bienes dejados a sus hijos menores de edad. En el fondo, en muchos de estos supuestos se trata de que el testador se reconcilie consigo mismo y, en otros, de evitar disposiciones que generen desavenencias futuras o que exacerben las ya existentes.

Lamentablemente, es menos frecuente la intervención notarial en los preliminares de los negocios onerosos. Cuando así sucede, sin embargo, resulta particu-

¹⁰ «La función notarial, función preventiva de litigios: el Consejo y la mediación como instrumentos.» Ponencia presentada en el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino. Atenas, 2001.

larmente eficaz, pues en la práctica muchos de los abusos o problemas se producen en esta fase preliminar, en la que es fácil evitarlos o superarlos. No voy a citar aquí más que un ejemplo, las ventas de suelo futuro, finalmente inexistente, de la CPV (escándalo que saltó a la prensa hace cosa de catorce años), pues he tenido ocasión de examinar alguno de los documentos privados por los que se consumó la estafa y estoy persuadido, como lo estaba el abogado que representaba a un alto número de los afectados, que el fraude no habría tenido lugar de haber sido necesaria la escritura pública.

Muchos de estos problemas que genera la formación del contrato aparecen en la notaría; sobre todo cuando es el notario quien asume la redacción del documento; pero también en otros casos en los que se recurre a la minuta.

Es entonces cuando afloran, más de lo deseable, las desavenencias: el defecto de capacidad de alguno de los otorgantes, la insuficiencia de la representación, la necesidad de autorizaciones; la falta de inscripción de los títulos previos, la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, cargas desconocidas o conocidas, pero pendientes de cancelación; derramas en la propiedad horizontal; extensión de la parcela, excesos o defectos de cabida, discrepancias con el Catastro; limitaciones de responsabilidad, renunciadas al saneamiento; la oportunidad de los medios de pago, la fiscalidad de la operación, la distribución de los gastos; y, cómo no, la ilegalidad del contrato o la necesidad de depurar o sustituir las cláusulas nulas; y por último, la misma imprevisión de los contratantes que conduce a la propuesta de nuevas cláusulas y garantías.

En todos estos casos, el notario procura prudentemente conciliar a las partes. La falta de los requisitos necesarios puede traer consigo que se posponga la escritura de compraventa, a trueque eventualmente del otorgamiento de poderes por quien vaya a estar ausente, o la autorización de un contrato preparatorio que regule el tiempo intermedio, solución esta última que puede resultar muy conveniente, pero que, como ocurre más de la cuenta, se tiende a realizar en documento privado, de forma clandestina para esquivar el coste fiscal de la escritura pública, lo que conduce lógicamente a prescindir del asesoramiento notarial.

Otras veces, el comprador procederá a retener el precio para cancelar por su lado las cargas, sin perjuicio del depósito notarial de la cantidad que se acuerde para su entrega al destinatario, a cambio de ratificar el negocio, o bien acreditada la cancelación de la carga, la realización de las inscripciones pendientes, o presentada la autorización requerida como presupuesto para la perfección de la compraventa.

No es descartable tampoco que al notario se le pida que actúe como arbitrador para integrar la relación jurídica de que se trate. Recuerdo una compraventa, respecto de la que se me pidió opinión, en la cual la sociedad vendedora se compro-

metía a entregar un terreno de suelo industrial sin ninguna carga y una vez hubiera demolido la nave existente. Se supeditó el pago de una parte muy considerable del precio a la constatación por el notario autorizante de la entrega en las condiciones dichas. El precio era superior al del mercado, por cuanto —consignaba la escritura— la sociedad compradora pretendía construir «lofts», asumiendo por su cuenta el riesgo en caso de no conseguir las autorizaciones precisas. Entretanto, el Ayuntamiento cambió de criterio respecto de dicha utilización del suelo industrial, y la compradora se quiso acoger fraudulentamente a la existencia de una supuesta carga consistente en una antigua galería de servicio, que daba salida a las aguas de los predios dominantes, a pesar de que, a mayor abundamiento, se había pactado su desvío mediante un acuerdo con el inmediato predio dominante. El notario reputó cumplida la prestación por parte de la vendedora.

El contador-partidor es también, si bien se mira, un arbitrador. Puede serlo el notario autorizante del testamento, aunque ello no sea muy frecuente. En cambio, sí es habitual que se recomiende la designación de una tercera persona de la confianza de los testadores para soslayar conflictos futuros, casi siempre con la llamada cláusula de no estorbar, a petición de todos o de alguno de los interesados en la partición.

Esta función de conciliación presenta importantes similitudes con la mediación.

La semejanza se percibe muy nítidamente en las particiones o divisiones de patrimonios comunes.

La partición o distribución de bienes es un campo de conflicto abonado. En bastantes ocasiones la intervención notarial con antelación a la escritura puede evitar un pleito; por ejemplo, proponiendo la formación de lotes homogéneos, muy recomendable en el caso de los bienes muebles, aunque en algunas herencias cuantiosas, también en relación a los inmuebles, para proceder luego en presencia del notario a sortearlos entre los interesados.

A veces, no es posible el reparto, sino que hace falta la adjudicación a uno sólo de los comuneros, o de los socios; caso típico el de las comunidades reducidas o también de las sociedades al cincuenta por ciento. No siempre se va a convencer a los implicados, pero una de las maneras consiste en sugerir que cada uno proponga un precio en sobre cerrado, se selecciona el que resulte del sorteo ante el propio notario y entonces la otra parte escoge entre pagar el precio o vender por ese mismo precio: como no se sabe si acabará uno como vendedor o comprador, el precio ofertado tiende a ser equilibrado.

Ciertamente, todas estas previsiones resultan mucho más difíciles de introducir cuando el acto o contrato no se redacta por el notario, sino que reproduce la minuta presentada.

El caso más importante es sin duda el de los préstamos bancarios. Aún así, la dificultad mayor se encuentra más que en la minuta —que a las veces también— en la falta de contacto con el prestatario. De ahí que sea una medida profiláctica la decisión de la Junta Directiva del Colegio de Madrid de prohibir la firma en las oficinas bancarias, pues por vía refleja facilita que el interesado pueda recabar información y asesoramiento en la notaría. Es desagradable apercebirse de que muchos de los contenidos de préstamo se desconocen por el interesado, a quien cumple cuando menos informar. En este supuesto, el objetivo es que firme con conocimiento de causa, ya que sólo en contadas ocasiones el prestatario prefiere abandonar la operación, por cuanto desgraciadamente la necesidad obliga.

El problema, como decía, es la falta de contacto previo, el desconocimiento de la función notarial. ¡Cuán a menudo una pareja no casada compra un piso y se hipoteca treinta años! Si el encuentro con el notario se produce, dadas las circunstancias, en el momento de la firma —tanto más cuando se realizaba en el centro de firmas del banco— no es factible aconsejar una regulación de la unión que contribuya en caso de disolución a paliar las dificultades de una eventual liquidación. Es igualmente difícil, a pesar de lo útiles que pueden resultar, sugerir negocios de fijación jurídica que regulen la participación que internamente corresponden a los prestatarios o a los cofiadores solidarios.

En muchos de estos supuestos, el notario actúa como un amigable compenador respecto de las disensiones existentes, pero, como en la hipótesis de esos negocios jurídicos de fijación, no haría justicia a su función cautelar si no anticipa vías de solución para los conflictos latentes o futuros.

Anteriormente, he dado algún ejemplo en relación al testamento. Pero esa actividad de prevención impregna por completo nuestra actuación.

El caso de las actas, a pesar de lo que pudiera parecer, es paradigmático. Recuerdo la anécdota que me refiriera antes de ser notario un veterano abogado barcelonés, que se inició en la asesoría jurídica de una importante empresa y que al cabo de un par de años recibió un aumento de sueldo con la felicitación de sus superiores: —«¿Por qué, si no hemos tenido ningún juicio?» —«Precisamente», le contestaron. Repetía siempre que un acta notarial a tiempo evitaba muchos pleitos.

Efectivamente, pensemos en las actas de Juntas generales: tengo observado que la mera presencia del notario suele moderar las expresiones y que, no obstante las amenazas de impugnación, en más de una ocasión, asegurada la regularidad de la reunión gracias a la intervención notarial, las aguas vuelven a su cauce; en otras, el acta, por el contrario, facilita la impugnación sobre una base estable que es también una forma de seguridad y de limpiar de escollos el desarrollo del procedimiento judicial. Así, hará dos o tres años fui requerido por la administración

de una sociedad para cinco Juntas en menos de diez meses; la familia, en posición minoritaria, a quien no conocía, a pesar de ser el notario de la sociedad, me confesó en un momento dado que esperaba repitiera en la siguiente Junta, pues le daba una gran tranquilidad: al final, no hubo juicio, pues entre Junta y Junta se negociaba la compra de su participación. Pero también a través de estas actas se puede promover la conciliación.

En determinadas situaciones es aconsejable realizar un acta de presencia y luego un requerimiento, que bien planteado conduce a una solución convencional, por ejemplo, la reparación de un objeto dañado; hace unas semanas le vanté un acta de presencia en la que quedó constancia de los deterioros existentes en la piel de un león, cazado en Sudáfrica, debidos, según el dictamen pericial que se protocolizó, a un defectuoso tratamiento en origen. Acreditado el daño y la causa, creo que el asunto se ha resuelto con la invitación a cazar otro león. Se me perdonará el exotismo del caso, traído a colación para aligerar esta exposición, pero esa función se desarrolla en otros muchos asuntos menos lúdicos y bastante más serios e importantes.

Aunque hay que confesar que el campo propio en el que esa función de previsión se corresponde con las escrituras públicas, mediante la introducción de cautelas y garantías, verbigracia en las compraventas: la suspensión de la tradición mientras no se pague el precio; la condición resolutoria, el pacto de reser va de dominio. Y ¿qué decir de las previsiones estatutarias en las sociedades o entre comuneros? La de conflictos que puede evitar un pacto que regule anticipadamente la división de la cosa común, o el modo de adjudicación preferente a uno de los comuneros, o que encauce con cuidado la trasmisión de la respectiva participación y el juego de los posibles derechos de adquisición preferente.

Sin embargo, hay que reconocer que todas esas virtualidades de nuestra profesión padecen, a consecuencia de ese fenómeno que GALGANO¹¹ ha llamado la «objetivación del cambio» y que pasa por fomentar en aras del comercio y la circulación de la riqueza la contratación seriada. La serie ignora la persona, que pasa a ser consumidor. Y como lo que importa económicamente es la serie, se acepta la predisposición unilateral de empresario o profesional a trueque de negar viabilidad a ciertas cláusulas que se reputan abusivas, sin perjuicio de las restantes que de esta suerte quedan validadas. Todo lo cual me lleva a pensar que la función de estas leyes protectoras, so capa de amparar al consumidor, lo que buscan es salvaguardar la contratación en masa,

Pero, entretanto, ¿qué puede hacer el notario?

En la actualidad contamos con dos documentos notariales distintos: las pólizas intervenidas y las escrituras públicas.

¹¹ Véase *Enciclopedia dell Diritto*: voz *negozio giuridico*, tomo XXVII, p. 932 y ss.

Las pólizas son un documento nacido en el tráfico y por el tráfico. Inicialmente, explicaba Luis FIGA¹², eran formas de identificación más que de formalización. Hoy también cumplen esta función de formalización, pero su otorgamiento no aspira a un consentimiento rectamente formado, sino meramente informado, que son dos cosas distintas.

El problema es que la comercialización de las relaciones jurídicas ha invadido esferas tradicionalmente civiles, y llegado, por tanto, a las escrituras públicas, fundamentalmente a través de los préstamos hipotecarios de los bancos. Hemos visto, en fin, cómo la necesidad de financiación fagocitaba el negocio principal, que es la compraventa, de modo que la entidad bancaria ha pasado a mediar entre el comprador y el notario. La necesidad, por otro lado, de encauzar una demanda masiva, interesadamente alentada, ha traído consigo la tipificación de las minutas; es enormemente difícil introducir una modificación sobre la marcha, y es sobre la marcha como se prepara y firma el documento.

Y no sólo está el asunto éste del tráfico en masa. El mundo de los negocios se mueve deprisa. Y las prisas no son nunca jurídicas. Ello comporta que también en otros ámbitos, característicamente el societario, con demasiada frecuencia nuestra posible aportación sea desaprovechada, se sacrifique a la urgencia, a reserva de subsanaciones, procedan o no, en función del acierto o desacierto de la calificación del registrador; y en este último caso se prefiere subsanar antes que recurrir. Emergen así en los documentos cláusulas de cierre que facultan a uno o alguno de los otorgantes para verificar en su caso las subsanaciones que vengan requeridas por la calificación del registrador.

Con todo ello sufre la actuación notarial; no en balde recomendaba Rainiero de PERUSIA¹³, en pleno siglo XIII, evitar la vulneración antes que remediar lo vulnerado. A mi modo de ver, debemos aprender del pasado y enmendar en lo posible nuestros errores, sobre la base de reivindicar aquellos aspectos esenciales de nuestra función, que se han resentido como consecuencia de esa objetivación del cambio. Pero no podemos ignorar tampoco las necesidades del comercio ni debemos renunciar a la introducción de nuevos medios para evitar conflictos litigiosos.

En la doctrina italiana se suele hablar del «abuso de la autonomía de la voluntad». Pues bien, el principio de conservación del negocio jurídico ha llevado a diferir en los negocios pendientes de ejecución las resoluciones judiciales ablativas, con el propósito de reconstruir la regla contractual, para lo que caben, según

¹² «Invasión del contrato civil por las normas mercantiles.» AAMN, tomo XXVIII. También en Miscelánea, Barcelona, 2000, p. 334 y ss.

¹³ «... melius est enim iura forum intacta servare Quam post causam vulneratam remedium querere.» Ars Notaria. Proemium IIII. En «Scripta Anecdota Glossatorum». Bolonia, 1892.

Giuseppe AMADIO¹⁴, diversos procedimientos: «ope iudicis» mediante sentencia constitutiva (contamos con el ejemplo de nuestra Ley de venta a plazos); a través de supeditar la intervención judicial a la previa e infructuosa renegociación entre las partes; o por medio de una pretensión a la renegociación ejercida extrajudicialmente contra la otra parte, que habrá de soportar si fracasa la resolución del contrato por desequilibrio imputable a la misma.

Ciertamente, el momento de la verdad coincide con la prestación del consentimiento, en la negociación, no en la renegociación, pero hemos de estar abiertos a la introducción y fomento de este tipo de soluciones como una cautela más para prevenir el incumplimiento y frenar los litigios.

III. PREVISIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Y es en este punto cuando enlaza la función notarial con el arbitraje. Las prisas —decía— no son jurídicas; pero las dilaciones en despachar justicia mucho menos; todos sabemos el estado de saturación de los tribunales, el retraso de las resoluciones judiciales y paradójicamente la prisa con la que se dictan en detrimento de la seguridad jurídica.

Ante esta situación, los notarios debemos ser proactivos y fomentar modos de resolución alternativos como la mediación y el arbitraje. No ha sido, en efecto, una sugerencia habitual en nuestras notarías. No lo ha sido porque hasta ahora no hemos contado con una legislación adecuada. La actual, pese a sus deficiencias, sin embargo, ofrece una posibilidad que no conviene desaprovechar y que, antes al contrario, cumple aconsejar, ante el amplio campo que reconoce al arbitraje. Se trata de dar respuesta a una necesidad social perentoria.

Y en este sentido debemos no sólo estar abiertos a estos métodos alternativos de resolución de conflictos, sino contribuir a su introducción y funcionamiento.

Ramón MULLERAT¹⁵, basándose en la experiencia norteamericana, menciona diversos procedimientos no vinculantes ni ejecutivos que es conveniente considerar; en concreto:

- a) La negociación: mediante una cláusula contractual se conviene que las partes intentarán negociar la solución de sus discrepancias antes de acu-

¹⁴ «L'abuso dell'autonomia contrattuale e adeguamento.» *Rivista de Diritto Civile*, 2006, número 6, p. 356 y ss.

¹⁵ «La justicia alternativa ("Alternative Dispute Resolutions") en los Estados Unidos de Norteamérica.» *Anuario de Justicia Alternativa*. Derecho arbitral, núm. 3. Año 2002, p. 45 y ss. Esp. p. 56 y ss.

dir a los tribunales. Aunque algunos consideran superfluo este tipo de compromisos, la realidad es que ofrece la ventaja de establecer el momento y las reglas de la negociación antes de la que disputa surja y de crear un efecto psicológico favorable en la conducta de las partes. En la citada cláusula se suele pactar el tiempo, las personas y las reglas del procedimiento para la negociación. La inmensa mayoría de las discrepancias se resuelven por la vía de la negociación. Previéndola y regulándola se incrementa su eficacia.

- b) La mediación, como es sabido, es un proceso consensual que termina en una solución que las partes adoptan y no en una decisión que se les imponga.
- c) Conciliación: pretende facilitar la comunicación entre dos o más partes por medio de un tercero neutral. Sin embargo, el conciliador no sólo no impone una resolución, como ocurre en el caso del arbitraje, sino que ni siquiera propone una solución, como ocurre en la mediación. Es tan parecida a la mediación que muchos la consideran sinónimos. Se utiliza según el citado autor, al que venimos siguiendo, especialmente en las relaciones laborales, domésticas y asuntos internacionales.
- d) El juicio sumario ante un jurado: consiste en un juicio simulado, que suele tener un día de duración ante un juez y un jurado, a quien los abogados presentan sus respectivas visiones de los hechos, dictando el jurado una resolución no vinculante. Psicológicamente este proceso satisface el deseo de las partes de tener su día en los tribunales y promueve fácilmente una transacción en base a la recomendación del jurado, evitando el coste de un procedimiento.
- e) El minijuicio: se utiliza en los conflictos complejos entre grandes empresas. Los abogados de cada empresa presentan el caso, generalmente en presencia de los ejecutivos de cada parte y presididos por un presidente imparcial, normalmente un abogado de prestigio. Después los ejecutivos se retiran e intentan una transacción. Si no se logra, se pide al presidente que dé su opinión sobre el posible resultado en un proceso judicial, después de lo cual se intenta una nueva transacción. La resolución no es vinculante y sólo se dirige a facilitar una negociación transaccional.
- f) La evaluación neutral temprana: iniciado el procedimiento judicial, se solicita un evaluador o abogado con experiencia en la materia objeto de disputa, que se reúna con las partes y sus abogados en sesión confidencial. Cada parte presenta sus argumentos, el evaluador determina la solidez de los mismos y pronuncia una opinión no vinculante sobre el caso.

El trabajo de Ramón MULLERAT contiene otras vías alternativas de resolución de conflicto utilizadas en Estados Unidos, pero me he permitido entresacar las anteriores, en la medida en que me parecen adaptables a nuestro entorno jurídico con relativa facilidad.

La mediación y la conciliación son técnicas que compartimos, pero que habría que recomendar sistemáticamente en los documentos públicos.

La mediación en concreto ofrece evidentes ventajas, aunque, como ha puesto de relieve Alberto BALLARÍN¹⁶, puede arrostrar algunos inconvenientes.

Las ventajas, de acuerdo con el autor, son copiosas, entre otras: su carácter práctico y coyuntural, al tiempo que evita no sólo la multiplicación de procesos, sino además la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos, los conflictos de leyes y de órganos jurisdiccionales, la lentitud de los procesos, facilita el acceso a una justicia efectiva, se adapta mejor al carácter de los litigios, permite que las partes abran un diálogo sobre la conveniencia de acudir a los tribunales y, en general, produce costes más bajos.

Los inconvenientes se muestran cuando una de las partes utiliza el proceso de mediación para ganar tiempo o dilatar el pago de indemnizaciones. También ocurre que a veces pretenden obtener la razón en todo, lo que va en contra del espíritu de la mediación, que requiere, según nuestro compañero, una cierta predisposición favorable entre las partes. En estos casos, al final, el interesado se quita la careta y se niega a seguir con la mediación.

La regulación de la negociación es una previsión perfectamente posible y muy conveniente en contratos complejos y de larga duración: contamos con un ejemplo, que es el de la novación de los préstamos, sobre todo de los realizados a empresas.

La evaluación neutral temprana se aproxima en nuestro país al caso en que las partes encargan conjuntamente un dictamen a un jurista de prestigio; dictamen que sólo será vinculante si lo aceptan; la peculiaridad de esta técnica estriba, como en el caso de las restantes, en la vestimenta, en la reproducción ante el evaluador de un procedimiento oral, lo que supone, por un lado, una mayor flexibilidad en el planteamiento de las divergencias y de los distintos argumentos, de manera que el evaluador pueda emitir una opinión fundada no sólo sobre la solución jurídica de un problema previamente dado, sino sobre la existencia misma del problema como hecho y su configuración jurídica, sin lo cual se corre el riesgo de dictaminar en vacío.

¹⁶ «La mediación.» *Revista Jurídica del Notariado*. Núm. 46. Abril-junio 2003, p. 9 y ss. Esp. pp. 13 y 14 y 24 y ss.

El expediente, en efecto, deviene más complicado en los otros dos supuestos, muy interesantes por su finalidad, que estriba en abrir caminos para la transacción. El juicio sumario ante un jurado quizá hubiera que adaptarlo a nuestra mentalidad y sustituir al jurado por una corte, por ejemplo. El mini-juicio es también una técnica a considerar, pues permite a los ejecutivos una comprensión global del problema al contrastar la presentación de los respectivos abogados y la opinión, en última instancia, del presidente.

Todas estas técnicas se pueden pactar perfectamente, y los notarios debemos cobrar conciencia de su posibilidad para recomendar su utilización.

En esta misma línea, Pedro Antonio LUCENA¹⁷ ha sugerido, entre nosotros, la introducción de una cláusula contractual consistente en «un poder de administración de la duda negocial». Las partes se comprometerían a no interponer demanda hasta pasados quince días, por ejemplo, desde la solicitud de arbitramento. El cumplimiento de este compromiso habría de garantizarse con una pena convencional, así una cantidad equivalente a la tercera parte de la cuantía del proceso, y respecto de los inestimables por la suma que se especifique. El administrador de la duda negocial sería un arbitrador que decidiría en equidad. Habría de escuchar a las partes, preferentemente a todas ellas conjuntamente y, llegado el caso, su resolución podría servir de base para que la parte interesada entablara un procedimiento monitorio para cobrar la deuda reconocida a su favor. La función primordial de este administrador estribaría en evitar que el roce se convirtiera en conflicto.

IV. EL CONVENIO ARBITRAL

Pero, naturalmente, el conflicto no siempre se puede detener. Surge, entonces, la posibilidad del arbitraje como una alternativa cada vez más necesaria.

El artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece: «*Que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*».

Hay que compartir la interpretación que de este precepto ha formulado nuestro compañero Elías CAMPO VILLEGAS¹⁸ en su discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, en donde sale al paso de lo que denomina «torcidos criterios interpretativos».

¹⁷ «Arbitraje y arbitramento: el “administrador de la deuda negocial”.» *Revista Jurídica del Notariado*. Núm. 46. Abril-junio 2003, p. 141 y ss. Esp. 144.

¹⁸ «Aspectos del Convenio y del laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones de la nueva Ley.» Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña el 3 de junio de 2004, p. 34 y ss. Véase también «El interés y protagonismo del Notario en el arbitraje». Consejo General del Notariado, ciento cincuenta aniversario de la Ley del Notariado, tomo III, v. 1, p. 552 y ss.

En efecto, la interpretación de la proposición «*materias de libre disposición*» es una trasposición de la distinción civilista entre actos de administración (o conservativos) y actos de disposición. De esta suerte, resulta arbitrable cualquier materia sobre la que las partes posean la libre disposición.

No es óbice para ello que existan limitaciones o disposiciones de orden imperativo. El árbitro, también cuando sea de equidad, habrá de cumplirlas. Si no las cumple —nos dice muy expresivamente— no será un defecto del convenio arbitral, sino un pecado del laudo, que determinará su nulidad, artículos 6-3 y 1255 del Código Civil y 41-f) de la Ley de Arbitraje.

Crítica CAMPO VILLEGAS el craso error que se ha padecido durante décadas de considerar que no eran arbitrables aquellos temas en los que la Ley fija imperativamente la competencia territorial de un juez por un domicilio dado o remite por razón de la materia a un procedimiento especial; doctrina errónea porque el carácter disponible, o no, de los derechos es cuestión distinta del cauce procesal o procedimiento previsto para su ejercicio. La sentencia de 18 de abril de 1998 que aceptó la validez del arbitraje para resolver la impugnación de los acuerdos sociales desestimó estas objeciones, en base a un principio cardinal que es el de la equivalencia jurisdiccional.

Finalmente, se han querido excluir del arbitraje determinadas materias ante la posibilidad de que el convenio arbitral afecte a terceras personas. Sin embargo, ello obedece a un mal entendimiento del problema. El caso paradigmático era el arbitraje de cuestiones societarias, pero esa repercusión no es un efecto intrínseco del convenio arbitral, sino que se produce como consecuencia de la inscripción de los estatutos sociales. Este mismo problema se plantea con las comunidades en propiedad horizontal y se debe resolver de la misma manera. En ocasiones, encontraremos el convenio arbitral en reglas de comunidad o en estatutos no inscritos; pero eso no quiere decir que la cláusula arbitral resulte inoponible si los adquirentes ulteriores manifiestan conocer dichos estatutos y, por tanto, asumen sus prescripciones.

Esta interpretación del artículo 2 de la Ley ha ido ganando fuerza y, actualmente, cuenta con el autorizado aval de Xavier O'CALLAGHAN¹⁹ y Luis FERNÁNDEZ DEL POZO²⁰.

Esta inteligencia de la norma facilita la utilización del arbitraje en campos de los que anteriormente solía encontrarse ausente. En particular, merece la pena

¹⁹ Véase, por ejemplo, «El arbitraje y el derecho sucesorio» en la Notaría, 2007, núms. 47-48, p. 57 y ss.

²⁰ «Tópicos antiarbitrales y un modelo de convenio arbitral en los Estatutos.» *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 24, 2005, p. 239 y ss.

examinar su incidencia societaria, en la propiedad horizontal, así como en las crisis matrimoniales y finalmente en el ámbito sucesorio.

1. En el ámbito societario

En este punto ha resultado fundamental la sentencia de 18 de abril de 1998, que admitió la aplicación del convenio arbitral a la impugnación de acuerdos sociales. Recientemente, reitera esta misma doctrina la de 30 de noviembre de 2011.

De todas formas, la cuestión ha quedado zanjada en la reforma introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que incorpora al texto legal dos preceptos:

El artículo 11 bis: *«Arbitraje estatutario.*

1. *Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.*

2. *La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.*

3. *Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje a una institución arbitral».*

La amplitud de la norma es evidente: *«los conflictos que en ellas se planteen»*. Pueden ser todos; por tanto, si así se quiere en el convenio arbitral, no hará falta mayor determinación.

La Ley se refiere a las sociedades de capital; pero parece lógico pensar que con mayor razón debe admitirse respecto a las personalistas, por la lisa y llana aplicación del artículo 2 de la misma.

Los conflictos deben versar sobre materias disponibles. Y prácticamente todas lo son. El árbitro podrá laudar sobre los conflictos surgidos entre los socios por la existencia y realidad de las aportaciones, si bien, con Elías CAMPO VILLEGAS²¹, en las anónimas habrá de respetar el informe del experto independiente cuando sea necesario.

²¹ Tomos del ciento cincuenta aniversario de la Ley del Notariado, tomo III- I *Op. cit.*, p. 561 y ss.

Se plantea el problema de si en estas cuestiones el árbitro debe ser institucional, como aparentemente se exige para la impugnación de los acuerdos sociales.

En mi opinión, no es necesaria la administración institucional del arbitraje, salvo para el caso específicamente previsto que es, como veremos, el de impugnación de los acuerdos sociales.

La impugnación de los acuerdos sociales, según la Ley, requiere la administración institucional del arbitraje.

No han faltado opiniones en contra de esta conclusión, a la luz de una supuesta contradicción entre este apartado tercero de la norma y el primero, que no estatuye semejante limitación. Se arguye a favor del arbitraje no institucional la pretensión confesada en la Exposición de Motivos de impulsar el arbitraje y el fomento de la competencia. En este sentido, nuestro compañero Vicente ALMAZÁN²² propone hábilmente una lectura distinta del artículo, sin romper con su literalidad. A su entender, el verbo «podrán» faculta doblemente para pactar el arbitraje y pactar, además, que éste sea institucional, sin perjuicio, pues, de optar por un arbitraje *ad hoc*. Sin embargo, la utilización del gerundio «encomendándose» sugiere que la opción por el arbitraje conlleva simultáneamente la administración institucional del mismo.

Si la cuestión fuera exclusivamente el alcance de la interpretación literal, me parecerían atendibles las soluciones contrarias a la exclusividad del arbitraje institucional.

Pero hay que preguntarse la «ratio» de la norma. La Exposición de Motivos no aclara el problema, siquiera reconozca su pretensión de fortalecer el arbitraje institucional, afirmación plausible, pero insuficiente, para resolver la cuestión que nos preocupa: la causa del supuesto trato diferencial, otorgado a la impugnación de los acuerdos sociales, frente a otras cuestiones societarias.

A mi juicio, si se deja al margen supuestos intereses corporativos, la respuesta tal vez haya que buscarla en la peculiar naturaleza de la impugnación de los acuerdos sociales, ya que implica un procedimiento entre la sociedad por un lado y socios o administradores, de otro. En esta tesitura, parecería conveniente reforzar la imparcialidad de los árbitros, de modo que la sociedad no participe directamente en la designación de la persona que deba laudar, ni ésta sea necesariamente la misma persona en todos los casos que se sigan. La impugnación de los acuerdos sociales reviste una especial gravedad, pues sus consecuencias pueden repercutir en terceras personas, y de ahí la exigencia del artículo 11 ter de que se inscriba el laudo si anula acuerdos sociales inscribibles.

²² «La reforma de la Ley de arbitraje. Aspectos notariales y registrales.» *El Notario del siglo XXI*, núm. 38.

Los otros conflictos que se pueden generar «en ellas» son fundamentalmente domésticos; no se producen respecto de un acto que ha trascendido, que se ha incorporado a la vida jurídica.

La exigencia de que el árbitro se designe por un tercero distinto de los contendientes está expresamente prevista en la reforma italiana de 17 de enero de 2003 (artículo 34-2), pero para todos los conflictos societarios en aras de procurar la mayor imparcialidad posible. Esto podría motivar un replanteamiento de mi anterior conclusión en el sentido de restringir la necesidad del arbitraje institucional a la impugnación de los acuerdos sociales. A favor de exigir el arbitraje institucional en toda cuestión societaria, cabría aducir la impugnación de los acuerdos sociales, que constituye en el pensamiento legal la cuestión societaria más importante, la única que se especifica y, por tanto, investida de fuerza centrípeta.

Sin embargo, las diferencias, anteriormente mencionadas, entre la impugnación de acuerdos sociales y las demás hipótesis, me inclinan a favor de una aplicación estricta de la administración institucional al concreto caso previsto.

Y para terminar con lo del arbitraje relativo a las sociedades de capital, quisiera traer a colación si es posible algún tipo de solución alternativa para evitar que los problemas de gestión paralicen a la sociedad.

En Italia, la reforma anteriormente expresada contempla en el artículo 37 la posibilidad de establecer en los estatutos cláusulas en las cuales se remita a uno o más terceros los conflictos entre quienes tienen el poder de administración en orden a las decisiones a adoptar en la gestión de la sociedad. El tercero, si así se estableciera, será en su caso un colegio. Se puede además estatuir que el sujeto o colegio, llamado a dirimir los conflictos referidos, pueda dar indicaciones vinculantes también sobre cuestiones ligadas a las remitidas. La decisión tomada al efecto es impugnabile conforme al 1349-2 del *Codice*, es decir, en caso de mala fe.

Alessandro PIERALLI²³ comenta que el tercero no debe emitir una decisión sobre una contienda, fijando quién de los administradores tiene razón, sino sustituir de hecho la decisión del órgano de administración para indicar el camino a seguir, cuando una situación excepcional impida la gestión de la sociedad. En resumidas cuentas, sería algo muy parecido a un arbitramento.

Esta posibilidad aceptada en Italia me parece sumamente interesante y susceptible, tal vez, de inclusión en los estatutos de las sociedades de capital.

²³ «El nuevo arbitraje societario en Italia: análisis comparativo con España.» *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, p. 201 y ss.

Ciertamente, el caso guarda alguna similitud con el abordado por la resolución de la Dirección General de 27 de abril de 1989, respecto de una cláusula estatutaria en la que se decía: «*El Presidente (del Consejo) o quien haga sus veces no tendrá voto de calidad, teniendo necesariamente que acudir a una solución arbitral, conforme a la Ley de Arbitraje vigente, para deshacer los empates que hubiere*». Los consejeros eran cuatro, pertenecientes a dos familias distintas en pie de igualdad.

El Centro Directivo resuelve:

Que no hay obstáculo para que un tercero sea llamado a decidir en hipótesis especiales en las que en la medida que completa el proceso formativo del de la voluntad social viene a desempeñar funciones de administrador.

Que no se trata de conciliar posiciones jurídicas enfrentadas, ni resolver una controversia, sino de definir una voluntad jurídicamente ajena; no hay en los empates todavía contienda ni pretensiones merecedoras de tutela judicial y no procede, por tanto, la intervención de la jurisdicción ni tampoco la aplicación de la institución del arbitraje.

Por último, se descuelga con un argumento un tanto apocalíptico en el sentido de que vulnera principios del orden público, por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los jueces o tribunales ampliando las funciones que constitucional o legalmente les sean encomendadas, lo que podría dar lugar a la introducción en los órganos jurisdiccionales de cometidos ajenos a su función, como es el de coadyuvar o suplir en actuaciones procesales los mecanismos de actuación de las personas jurídicas.

Este último párrafo es un estrambote. En absoluto se pretende dotar a los jueces de la función de integrar la voluntad de las personas jurídicas. No se trata propiamente de un arbitraje, como la misma Dirección reconoce; sino en todo caso de un arbitramento, que guarda alguna similitud con el previsto en el artículo 1690 del Código Civil para la designación de las pérdidas y las ganancias en una sociedad civil.

Dado que no se trata de un arbitraje, ¿puede valer como arbitramento? La resolución admite que se pueda integrar la voluntad del Consejo por un tercero, pero añade que viene a desempeñar funciones de administrador, si bien tampoco afirma que lo sea. ¿Quiere ello decir que los estatutos deberían prever para ello una administrador suplente? Pero esta posibilidad sólo se contempla para el caso del cese de un titular. A poco que se medite resulta evidente que la persona en cuestión debe ser un tercero ajeno a la sociedad, pues, de lo contrario, designada *nominatim* la persona concreta en los estatutos, habríamos creado un órgano, con la consecuencia no querida de que devendría el dueño de la sociedad, al abrir la

puerta a posibles pactos para obtener con su acuerdo lo que no se ha conseguido acordar por la administración de la sociedad.

La diferencia entre el precepto italiano y la cláusula que examinamos radica en que en ésta el tercero deshace el empate, no sustituye con su decisión la del Consejo de Administración paralizado. Pero, sea como fuere, entiendo que la solución debería ser la misma.

En mi opinión, tal pacto sería factible. El tercero que deba emitir su decisión se ha de entender como un delegado del propio Consejo, que admite de antemano como propia la determinación de aquél.

Creo que la figura es muy interesante. En mi experiencia profesional, sin embargo, sólo me he encontrado con un supuesto similar, pero el seno de un pacto parasocial. Se trataba de un grupo familiar de tres personas que tenía un puesto, rotativo entre los mismas, en el Consejo de Administración de una gran sociedad. Antes del Consejo debían constituirse en Consejo de Familia y adoptar por unanimidad el sentido de su voto. En el caso de que no hubiere unanimidad se sometía a la conciliación y, en su defecto, a la decisión de un tercero sobre el interés familiar preferente entre las diversas opciones. La decisión del tercero no era vinculante, pero si no se respetaba entraban en juego una serie diversa de cláusulas penales. Como consecuencia, del sistema previsto el tercero podía anteponer el criterio de la minoría sobre la mayoría y, *de facto*, su decisión sustituía la unanimidad inexistente, con tal de coincidir con una de las partes.

2. En la propiedad horizontal

La propiedad horizontal constituye un semillero de pleitos. En este ámbito, la previsión estatutaria tanto de la mediación como del arbitraje parece especialmente recomendable. El arbitraje podrá resolver la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios: los argumentos a favor de esta posibilidad son los mismos que para el caso de sociedades.

En cuanto a las normas imperativas, no representan impedimento alguno para el convenio arbitral, sea árbitro de derecho, sea de equidad, habrá de respetarlas; por ejemplo, la inseparabilidad de los elementos comunes respecto de los privativos.

O'CALLAGHAN²⁴, además de la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta que resuelve en el sentido expresado, ha estudiado alguno de los supuestos más complicados que igualmente reputa susceptibles de arbitraje; en concreto:

²⁴ «El arbitraje en la propiedad horizontal.» *Cuaderno Jurídico*. Propiedad horizontal, núm. 299, 2009, p. 11 y ss.

El artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, que prevé la determinación de la cuota de participación por laudo, si bien convenga distinguir según que el problema venga dado por la ausencia de unanimidad o por la aparición de una controversia: en el primer supuesto tendríamos un arbitrador, en el segundo un laudo arbitral.

Asimismo, el artículo 7 de la citada Ley, tanto en lo que atañe a su apartado primero, obras de modificación del propio piso que no menoscaben la seguridad de edificio, o alteren su configuración o estado exteriores o perjudiquen derechos de terceros; así como la acción de cesación, prevista en el apartado segundo, respecto de quien realice actividades molestas, nocivas, peligrosas, insalubres o ilícitas, a pesar de que dice que se sustanciará por juicio ordinario, pues ello no es óbice para la aplicación del principio de equivalencia jurisdiccional.

El artículo 17-3 de la Ley, en el caso de alcanzarse en la Junta de propietarios la mayoría, el juez a instancia de parte resolverá en equidad: pues bien, piensa el autor que, por las mismas razones indicadas, no existe inconveniente ninguno para la designación de un árbitro.

3. Derecho de familia

El tema ha sido abordado en un interesante artículo por Encarna ROCA²⁵, sobre la base de estimar factible su aplicación en sólo el ámbito de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, sin que se pueda hacer extensivo el convenio arbitral a los efectos personales del matrimonio, ni en ningún caso a decisiones que involucren a los hijos de los litigantes. No es posible en ningún caso decretar la separación o divorcio por la vía arbitral, pues la correspondiente sentencia es constitutiva.

No cabe ninguna duda de que la cláusula arbitral sería muy conveniente en sede de regímenes matrimoniales, especialmente en lo que atañe a su liquidación. Pero también —¿por qué no?— para suplir la autorización judicial en los casos de los artículos 1376 y 1377 del Código Civil. También podrá suplirse al juez por el árbitro para el establecimiento de la compensación prevista en el artículo 1438 por razón del trabajo en casa.

Fuera de la esfera patrimonial del matrimonio, el convenio arbitral tropieza con un problema que es el de la repercusión sobre los hijos.

Podría plantearse si cabe laudar la fijación del domicilio conyugal en caso de discrepancia. El artículo 70 remite al juez que habrá de resolver teniendo en cuen-

²⁵ «Crisis matrimonial y arbitraje.» *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 6, p. 171 y ss.

ta el interés familiar. Antes que el juez parecería lógica la intercesión de otras personas con autoridad sobre los cónyuges; el problema es el rango de esa intercesión: mera recomendación; decisión *boni viri arbitrato*, obligatoria, aunque impugnabile judicialmente por no atenerse a la equidad o al interés familiar; el *arbitrium merum*, impugnabile en el solo caso de mala fe y el arbitraje propiamente dicho. En mi opinión, todos estos supuestos son factibles siempre que no haya hijos de por medio. Si hay hijos, fuera de la recomendación, tan sólo cabe la decisión *boni viri arbitrato*, que no impide una revisión judicial posterior.

La regulación de las relaciones paternofiliales y de la tutela en nuestro Código Civil acusa una excesiva influencia de la autoridad judicial, por contraste con otros ordenamientos patrios, como el «Codi» de familia de Cataluña, que prevé la sustitución de la autorización judicial para resolver los desacuerdos entre los padres (artículo 138) o las requeridas para enajenar o prestar fianza (artículo 153) por el consentimiento prestado por los dos más próximos parientes del menor, que no sean su hermanos, designados por los padres en instrumento público. Los artículos 226 y siguientes admiten que los padres ordenen la constitución de un Consejo de Tutela que resolverá los desacuerdos entre tutores y suplirá con su acuerdo las autorizaciones judiciales previstas para los actos de extraordinaria administración.

En ambos casos, cuando se resuelve el desacuerdo entre los padres y los tutores, la actuación de las personas señaladas es de naturaleza arbitral. En el supuesto de sustituir la autorización judicial necesaria para un negocio determinado, su función estriba en completar el negocio mismo y se aproximaría a la de un arbitrador.

Nuestro Código Civil, por el contrario, acusa una cierta desconfianza hacia la familia que se traduce en una notable intervención judicial.

¿Sería posible introducir por vía convencional una solución similar a la catalana?

Encarna ROCA da por sentado que no. La imposibilidad derivaría del talante imperativo de las normas de derecho de familia, del artículo 1814, que prohíbe transigir sobre cuestiones matrimoniales; y, en última instancia, de la posible repercusión en terceros, los hijos confiados a la protección de los jueces.

Ya sabemos, sin embargo, que las normas imperativas no impiden el convenio arbitral, sino que deberán ser aplicadas por el árbitro. En cuanto al 1814 y la imprecisa alusión a las cuestiones matrimoniales poco aporta. Por otro lado, ya SCIALOJA²⁶ había criticado la importación de esta norma a los arbitrajes. En últi-

²⁶ Véase «Procedimiento civil romano». Buenos Aires, 1954, p. 436.

ma instancia, la cuestión debe resolverse exclusivamente sobre la base de si son derechos disponibles: no son enajenables, ni susceptibles de renuncia, ya que son personalísimos; en estos casos no son aplicables las categorías patrimoniales: el poder de disposición existente en aquéllas se confunde en la capacidad para disponer y la capacidad para disponer con la autonomía en el ejercicio de la potestad compartida. Normas como la catalana nos ayudan a repensar la institución.

De todas estas objeciones la más relevante es la última: la protección judicial de los hijos. Ello descartaría el recurso al arbitraje; pero pienso que debería admitirse un arbitrador *boni viri arbitrato*, de manera que su resolución fuera obligatoria, sin perjuicio de su revisión judicial si faltare a la equidad.

Y creo que esta misma solución es aceptable en el caso de la tutela, al amparo del artículo 223, párrafo primero, a cuyo tenor: «*Los padres podrán en testamento o en documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados*».

En una ponencia sobre la influencia del derecho público en el derecho de familia, me adherí con entusiasmo a la tesis de José María CASTÁN VÁZQUEZ²⁷, en el sentido de que los padres podían establecer un órgano de fiscalización de la tutela que permitiera prescindir de la intervención judicial, sobre todo en lo tocante a la autorización de negocios jurídicos patrimoniales. La literalidad del precepto permite esta conclusión, ya que tendría escaso sentido instituir un órgano de esa naturaleza si finalmente las cosas hubieran de acabar en el juez.

La posterior del patrimonio protegido del discapacitado con la idea de reducir la intervención judicial ha supuesto, sin embargo, un golpe casi de gracia contra esta concepción, puesto que admite, en efecto, la posibilidad de que el administrador del patrimonio se libere con carácter general de la intervención judicial, pero supedita esta liberación a la previa obtención de una dispensa concedida por el juez. La necesidad de esa dispensa, requerida en todo caso, también cuando el patrimonio se crea por los padres, mueve a pensar que no es posible confiar en la sola disposición de los padres para conseguir ese propósito.

Con todo, queda un resquicio para mantener la interpretación inicial: la dispensa judicial se exige en aquella Ley para que el administrador proceda con completa autonomía; en la hipótesis del artículo 223 no es preciso llegar a tanto, pues lo que se ofrece es la posibilidad de sustituir la autorización judicial por un órgano de fiscalización, para lo que no se exige en ningún lugar la dispensa judicial.

²⁷ «Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.» Madrid, 1986, p. 227 y ss. En nota aparte recoge la fórmula sugerida en este mismo sentido por JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO.

De aceptarse esta premisa, no debería existir inconveniente ninguno para proveer un Consejo de Familia que en el ámbito patrimonial —dejando al margen el internamiento del pupilo— hiciera innecesaria la intervención judicial. Actuaría en función de arbitrador, en principio: *boni viri arbitrato*.

La función de este órgano podría abarcar la resolución de los desacuerdos entre los tutores y la rendición de cuentas con la extinción de la tutela.

En el caso de los desacuerdos entre los tutores, no veo inconveniente en aceptar que pueda dirimir arbitralmente los desacuerdos entre los tutores, sin perjuicio de su responsabilidad en cuanto integrante del complejo organismo tutelar; nos hallaríamos, pues, ante un auténtico arbitraje.

La rendición de cuentas es otra cosa: presupone un conflicto potencial con el pupilo, por lo que no parece que se pueda sustraer por completo al conocimiento judicial. Ahora bien, entiendo que bastaría con no excluir la posibilidad de ese control, a través de asumir la posible impugnación ante los tribunales de la decisión adoptada por el Consejo de Familia *boni viri arbitrato*.

4. Derecho de Sucesiones

Limitaré mi comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje:

«También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.»

La utilidad de la figura dependerá de qué se entienda por «*cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia*».

Si esta proposición se interpreta sin ir más allá de la literalidad, el árbitro poco aportaría respecto de un contador-partidor.

Pero, como pone de manifiesto Xavier O'CALLAGAN²⁸, debe interpretarse como relativa a cualquier cuestión conexas con la administración y distribución de la herencia; y puesto que cualquier cuestión sucesoria desemboca en el problema de la distribución de la herencia, resulta que cualquier controversia de esta índole es susceptible de semejante arbitraje, inclusive la validez del testamento o sus disposiciones.

No hay, en consecuencia, límite por razón de la materia; pero el caso es que el precepto aparenta restringir las controversias a las suscitadas entre herederos no forzosos.

²⁸ «El arbitraje en el Derecho Sucesorio.» *La Notaría*, núms. 47-48, p. 57 y ss.

Una interpretación, quizá apresurada, podría concluir que sólo será de aplicación en aquellas herencias en que no haya legitimarios, o respecto de legados ajenos a la legítima. Sin embargo, no es esto lo que quiere decir el precepto. Aseveraba Juan VALLET²⁹ que no albergaba duda ninguna de que ese arbitraje era igualmente posible en el caso de existir legitimarios, para resolver las diferencias que no se refieran a su legítima estricta.

O'CALLAGHAN ha criticado el planteamiento legal que estima profundamente equivocado: el legislador ha pensado que esas diferencias no son arbitrables, ya que en el momento de testar no puede disponer de la legítima ni los legitimarios de ella (artículo 816 del Código). Pero, cuando se activa el convenio, con la muerte del testador, los legitimarios sí que pueden disponer de ella, del mismo modo que los herederos no forzosos.

Las consideraciones precedentes, además de evidenciar la oportunidad de una reforma que amplíe el espectro del arbitraje testamentario, abonan una interpretación restringida de la limitación legal.

En efecto, la disposición en cuestión es un trasunto del artículo 5 de la primitiva legislación del año 1953, de otros tiempos en los que predominaba una cierta atmósfera doctrinal que asfixiaba el arbitraje a fuerza de restringir su aplicación respecto de materias no regidas por leyes imperativas. De ahí que la exclusión de los herederos forzosos pareciera incluso coherente.

Pero cabe, tal vez, una interpretación diferente del precepto calendado, que no excluya el arbitraje testamentario cuando existan herederos forzosos, sino en el sentido de no ostentar dicho arbitraje la misma amplitud. Habría entonces que deslindar los distintos tipos de controversia y aplicar indefectiblemente las leyes imperativas que fueren del caso.

La interpretación que se propone evitaría la confusión entre la capacidad para disponer (introducción de la cláusula arbitral) y el poder de disposición sobre el objeto de la controversia, cuya amplitud o delimitación forma parte del cometido arbitral y que habrá de quedar reflejado en el laudo, lo mismo que ocurre con la sentencia judicial.

En rigor, el testador posee doblemente la capacidad para disponer y la libertad o poder de disposición, limitado por la reserva legitimaria, prevista en el artículo 806 del Código Civil.

¿Constituye el arbitraje la imposición de una carga excluida en el artículo 813 del Código Civil? ¿Afecta aquél a la intangibilidad cualitativa de la legítima?

²⁹ *Panorama de Derecho de Sucesiones*. II, p. 936.

La respuesta afirmativa a estas preguntas implicaría la consideración del arbitraje como una privación del recurso a la autoridad judicial, lo que es cierto y, correlativamente, que dicho recurso es indisociable del haz de derechos en que se sustancia la protección de los legitimarios, lo que, por el contrario, resulta discutible, ya que lo propiamente intrínseco es la posibilidad de hacer valer esos derechos, cosa que facilita el arbitraje como una solución alternativa respecto de la judicial.

Por mi parte, no veo inconveniente en que el testador imponga, para la resolución de las controversias que se susciten, un arbitraje de derecho, que habrá de producirse en todo caso conforme a las normas imperativas, a fin de evitar la nulidad del laudo.

Inversamente, el arbitraje de equidad requerirá, a mi juicio, la aceptación de los legitimarios, ya que el laudo podría derivar en una especie de transacción (artículo 816) y su establecimiento, en este sentido, representaría, por tanto, una carga prohibida en el artículo 813 del Código Civil, amén de integrar la decisión arbitral; en estos casos de equidad, el designio de un tercero que entraría o podría entrar en colisión con lo prescrito en el artículo 670 del Código Civil.

Pero el arbitraje de derecho no incurre en este defecto; si bien conviene medir su alcance según la naturaleza de la controversia, que sin ánimo exhaustivo exigiría como mínimo deslindar los siguientes tipos: a) la validez del testamento; b) el reconocimiento de la cualidad de legitimario y la validez de las disposiciones testamentarias (artículos 814, 851, 813 del Código Civil); c) el «*quantum* legitimario» (acción de complemento y posible reducción de legados y donaciones, así como rescisión de la partición); d) la repartición de los bienes:

a) Respecto de la validez del testamento, hay que partir del hecho de que su análisis repercute en la validez de la misma cláusula arbitral alojada en el mismo: ¿Cómo va a reconocer el árbitro la falta de capacidad del testador que le nombró? Lo único que cabe es su inhibición.

En los contratos resulta comprensible la abstracción o separación del convenio arbitral respecto de la validez o nulidad del resto del negocio. Pero aquí la cláusula arbitral encuentra soporte en el acuerdo o voluntad bilateral de someter dichas cuestiones a la decisión arbitral: el convenio arbitral es separable del resto del contrato y, por tanto, autónomo (véase el artículo 22 de la Ley de Arbitraje).

En cambio, el testamento es reflejo de la voluntad unilateral, al igual que la cláusula arbitral, que, a diferencia del acuerdo, no se apoya en la voluntad de la otra parte; carece, por tanto, de esa reciprocidad que sustenta la autonomía del

convenio arbitral. Por su naturaleza unilateral, la cláusula arbitral no es separable del testamento que la contiene, por lo que el árbitro no está en disposición de enjuiciar la validez del testamento del que pende su nombramiento.

b) La determinación de la cualidad legitimaria y la validez de las disposiciones testamentarias. La controversia en estos casos podría provenir de una preterición, desheredación o la imposición de un gravamen.

La imposición de un gravamen no plantea a primera vista problemas: se aplicará el artículo 813 y se tendrá por no puesto.

La preterición consiste en la constatación de un hecho objetivo y el árbitro en su caso deberá aplicar el 814 del Código Civil, según se trate de preterición intencional o errónea.

Lo mismo cabe concluir en torno a la desheredación y posible reconciliación.

El único obstáculo, común a las tres situaciones referidas, estibaría en la necesidad de preservar, incluso de extremar, la asepsia procedimental, que sólo garantizaría la previsión de un arbitraje institucional.

Efectivamente, que estas cuestiones se resuelvan por un árbitro *ad hoc* designado por el testador provoca no pocas dudas ante la posible vinculación personal con el testador.

Hay que tomar en cuenta de que en todos estos casos el testador (representado por sus herederos) es parte en el conflicto, pues se trata de si deben valer o no sus prescripciones al respecto. La designación de una persona más o menos vinculada con él puede ser un modo, no de resolverlas, sino de blindarlas.

El problema no estriba en la posibilidad del arbitraje, sino en la forma de designación: ¿cabe la designación unilateral por quien, aunque fallecido, es parte en el conflicto y pretende la perpetuación de su voluntad? Si el nombramiento *nominatim* no recibe el respaldo expreso de los litigantes, no parece que pueda prosperar. De ahí que resulte, más que aconsejable, procedente la opción por un arbitraje institucional que reserve a la institución la elección del árbitro.

c) El *quantum* legitimario. Dentro de este supuesto cabría distinguir la acción de complemento, la de reducción de legados y donaciones y la rescisión de la partición por causa de lesión.

En los casos enunciados parece que puede resultar muy oportuna la admisión del arbitraje testamentario, si bien merece una especial consideración la reducción de donaciones. Esto supuesto, en la medida en que dicho arbitraje ponga en tela

de juicio la eficacia de una disposición ordenada por el testador, ya sea la institución de heredero, complemento sin reducción de legados, ya la reducción de estos últimos, o la rescisión de la partición verificada por el propio testador, en todos estos casos concurren las razones antes señaladas para limitar su actuación a un arbitraje institucional.

La reducción de las donaciones supone, por su parte, algo más: la proyección del arbitraje testamentario sobre actos entre vivos y su imposición a los donatarios sin el consentimiento de éstos.

A favor de la extensión del arbitraje cabría invocar el hecho de que toda donación o liberalidad entre vivos está sujeta a revisión tras la muerte del donante. Esta revisión primeramente es contable (artículo 818); sin embargo, a consecuencia de ella, cabe la reducción o reintegración de lo donado a la masa hereditaria, expresamente contemplada en los artículos 820 y 821, a los que remite el 654.

Ahora bien, la reducción de donaciones implica su revocación; así se desprende de la ubicación sistemática del artículo 654 y del mismo artículo 821, que presupone la integración de lo donado en la herencia en el porcentaje reducido.

La realización contable de esta operación la habrá de verificar el árbitro testamentario; pero su ordenación o ejecución es cosa distinta.

Si, pongamos por caso, el laudo establece o presupone que no procede ninguna reducción de donaciones, su determinación sería imperativa para los legitimarios supuestamente perjudicados.

Si, por el contrario, establece la procedencia de la restitución, nos encontraríamos ante una situación asimétrica, como resultaría de estimar que la cuantía predeterminada es obligatoria para los legitimarios perjudicados y potestativa para los donatarios ajenos al arbitraje testamentario. La controversia entre unos y otros habría de resolverse por vía judicial, y ya en el seno de semejante procedimiento carecería de sentido que los supuestamente perjudicados quedaran atados por la decisión arbitral, si finalmente se va a replantear la posibilidad misma de la restitución. Esta conclusión lo que pondría de relieve es la impropiedad del arbitraje si no es aceptado de antemano por los donatarios.

Esta aceptación de los donatarios estaría implícita en la de la herencia su favor. Pero de no haber sido llamados a la herencia emerge con toda su crudeza la cuestión de si puede el testador imponer el árbitro testamentario a los donatarios excluidos de su testamento o que no acepten las disposiciones contenidas en éste. En mi opinión, el arbitraje propuesto por el testador sólo habrá de afectar a los donatarios si lo aceptan.

d) La distribución de los bienes o partición arbitral. Este es el campo propio de la institución que examinamos, llamada a resolver las diferencias existentes entre los herederos, sean o no forzosos.

La previsión podría resultar muy interesante para zanjar las disputas consiguientes a los supuestos autorizados legalmente de pago en dinero no hereditario. El laudo podría suplir de esta suerte la aprobación judicial recabada en el artículo 843.

Sin embargo, como en casi todos estos casos el fundamento del pago en metálico deriva de una disposición del testador donación ex artículo (821), mejora en cosa determinada (829), delegación fiduciaria en el cónyuge o pareja (artículo 831), adjudicación con la facultad de conmutación (841), adjudicación de la empresa (1056), el testador deviene entonces parte interesada en el conflicto, razón que nos lleva a pensar a que lo adecuado habría de ser un arbitraje institucional.

V. LA PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El artículo 37-8 de la Ley asevera: *«El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros antes de la notificación que el laudo sea protocolizado»*.

Es de advertir que, aunque se habla de protocolización, y en la práctica se utilice el acta, de hecho se trata de una verdadera elevación a público, y el acta debe reunir todos los requisitos de una escritura pública, empezando por la comparecencia de todos los árbitros.

La protocolización acredita la autoría, la fecha y el contenido del laudo.

La ley permite la ejecución del laudo no protocolizado, pero en la disposición final primera reforma el 559-4 de la Ley de Enjuiciamiento para instituir la posibilidad de oposición a la ejecución basada en la falta de autenticidad, cuando el laudo no haya sido protocolizado.

También hará falta la protocolización si se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad o Mercantil, por aplicación de la exigencia general de titulación auténtica.

Esta exigencia deriva de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria y se halla plena de sentido, por más que haya sido cuestionada sobre la base de la presunción de validez aneja al laudo; presunción de la que, como veremos, sólo cabe hablar en términos relativos.

La presunción de validez del laudo no es homogénea o al menos no debería serlo. En efecto, hay que distinguir entre la esfera judicial y la extrajudicial.

El laudo es susceptible de anulación. La redacción del artículo 41 de la Ley parece dar a entender que sólo por causas tasadas; pero cuando se examinan las causas son mucho más amplias de lo que parecen, pues incluyen la validez del convenio arbitral, la indefensión procedimental de una de las partes, la competencia objetiva de los árbitros, la congruencia del procedimiento con lo acordado por las partes o con lo establecido en la misma Ley, y la no contrariedad del laudo con el orden público, lo que supone controlar su adecuación a las leyes imperativas. Lo que no pueden, por tanto, revisar los tribunales es la apreciación de la prueba aportada ni la coherencia de la decisión si no es contraria al orden público en el sentido expresado; pero esta consecuencia deriva de que la decisión arbitral trae causa de un acuerdo previo entre las partes, del que toma su fuerza, por eso no es revisable por los tribunales, que no pueden modificar lo acordado si no concurren las circunstancias expresadas anteriormente.

Por esto mismo, el artículo 36 de la Ley reconoce el laudo por acuerdo de las partes, es decir, al laudo que recoge el acuerdo de las partes por el que se pone fin a la controversia la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Por tanto, si tienen la misma eficacia, el laudo dictado sobre el fondo del asunto no tiene más eficacia que el laudo por acuerdo. No puede tenerla, pues ambos sacan su fuerza del consentimiento entre las partes³⁰.

Analicemos, pues, cuál es el valor del laudo por acuerdo de las partes. En principio, el de cualquier convenio: irrevocabilidad si no es modificado por mutuo acuerdo; obligatoriedad y relatividad, pues sólo obliga a las partes y sus herederos, artículo 1257 del Código Civil.

Estos efectos no derivan de una supuesta presunción de validez, que no tiene nada que ver; derivan del hecho del contrato del que forman parte los otorgantes, sobre quienes recae la carga de impugnar su existencia o su validez o eficacia, por cuanto el mismo aparece en la vida jurídica bajo su nombre. Que la carga pese sobre las partes no es consecuencia de una sedicente presunción, sino de su participación en la creación del hecho que se pretende negar o impugnar. Se trata de negar un hecho, el contrato en cuanto tal, por su pretendida irrealidad o inexistencia o su falta de validez o de eficacia, no obstante la participación real o aparente de quien lo niega.

³⁰ Esta es una idea en la que insistiría CHIOVENDA en sus «*Institutioni di diritto processuale civile*, I. Nápoles, 1933, p. 70 y ss. Ello le servía para proclamar la naturaleza privatista del arbitraje frente a los defensores de su supuesta condición jurisdiccional.

El laudo suministra una forma escrita que no es pública ni auténtica y carece de la presunción de validez consustancial a los documentos públicos (artículo 1218 del Código Civil) y en especial la inherente a la escrituras públicas. La presunción de validez en el ámbito extrajudicial no nace del simple hecho de haber realizado un contrato, sino que es una consecuencia de una calificación jurídica previa que acredita su adecuación a la legalidad (artículo 17 bis de la Ley del Notariado).³¹

Otra cosa es que el laudo, como otros documentos privados (por ejemplo, las letras de cambio o las obligaciones representadas en títulos) posea eficacia ejecutiva. La Ley de Enjuiciamiento aparenta parificar la ejecución de los laudos con las sentencias, pero ello obedece a que en ambos casos no cabe introducir como motivos de oposición cuestiones que han sido previamente enjuiciadas en la sentencia o en el laudo como la pluspetición o la oposición de acuerdos, que el hecho de la sentencia o el laudo permiten considerar excluidos, como la transacción.

Sin embargo, entre el laudo y la sentencia militan importantes diferencias, ya que el laudo, al contrario que la sentencia firme, puede ser impugnado y su ejecución, previa caución, es susceptible de suspensión a la espera en cualquier caso del resultado. La ausencia de anulación presupone la aceptación por el ejecutante de la validez del laudo, y es ésta, y no la supuesta presunción, la razón que permite despachar ejecución.

El reconocimiento de la condición ejecutiva no va siempre vinculado a una presunción de validez. La sentencia no la necesita, deriva de su firmeza. Lo mismo en el caso del laudo (a reserva de su anulación), entroncada con el consentimiento prestado en el convenio arbitral. En las obligaciones y letras, de la asunción o firma, o lo que es igual, de una cláusula guarantee implícita, que no otra cosa representa la conformidad prestada al suscribir el título; sólo en la hipótesis de los documentos públicos cabe hablar, junto con el consentimiento prestado, de genuina presunción de validez, lo que ocurre en el caso de las escrituras públicas o de las pólizas intervenidas, o sin ir más lejos con la ejecutoriedad reconocida con carácter general a los actos administrativos (más allá del proceso mismo), y ello porque existe una previa calificación realizada por un funcionario público sobre su adecuación a la legalidad.

³¹ El laudo trae causa del convenio arbitral. Su fuerza vinculante no es consecuencia del supuesto *imperium* del árbitro, ya que en absoluto ejerce la potestad jurisdiccional, que según el artículo 117 de nuestra Constitución, en su apartado tercero, compete exclusivamente a los jueces, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. La calificación del árbitro sobre la adecuación del laudo a la legalidad, implícita en el mismo, no sobrepasa el círculo de las partes en conflicto, no es oponible a terceros en la esfera extrajudicial, a diferencia de lo que acontece en el caso de los documentos públicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1218 del Código Civil.

En el laudo, por supuesto, que el árbitro evalúa la legalidad de su decisión, a fin de evitar la anulación. Pero su juicio no es equivalente al de un funcionario público, no es oponible a terceros, sino que opera exclusivamente entre las partes. En consecuencia, el laudo carece de la oponibilidad reconocida a los documentos públicos en el artículo 1218 y 1280 del Código Civil y no puede, si no reviste forma pública, ostentar la condición de título inscribible (artículo 3 de la Ley Hipotecaria).

Es importante destacar que el notario al protocolizar debe realizar un control de legalidad, como pone de manifiesto ELÍAS CAMPO VILLEGAS³², de manera que sin entrar en las eventuales irregularidades de fondo, para lo que no es competente, sí podrá señalar errores u omisiones que pueden producir su invalidez o ineficacia, fácilmente evitable por medio de la subsanación realizada por los árbitros; así la inexpressión de alguna de las circunstancias exigidas en el artículo 37 de la Ley de arbitraje (firma, ausencia de motivación, indicación de la fecha, indicación de las costas). Asimismo, cuando deban inscribirse en el Registro, deberá advertir sobre las circunstancias necesarias para su toma de razón.

En este proceso, a mi juicio, el notario se habrá de abstener de cualquier valoración sobre el acierto o desacierto de la decisión, pero entiendo que podrá advertir sobre la existencia de normas imperativas, acaso infringidas o de necesaria aplicación, por ejemplo, para la inscripción. Lo que es más dudoso es que el notario pueda denegar la protocolización por esta concreta causa, pero si bien se mira no hay ninguna objeción de peso: la negativa no supone negar la eficacia del laudo, sino su idoneidad para convertirse en documento público.

El hecho de que deba protocolizarse antes de la notificación a las partes facilita la subsanación por los árbitros. Cabe pensar incluso que el notario detecte una extralimitación, de la que advierta a aquéllos, lo que, a mi juicio, permitiría, si estuvieran de acuerdo, la rectificación sin necesidad de que las partes incoen el procedimiento previsto en el artículo 39 de la Ley.

En fin, todas estas consideraciones y las razones expuestas aconsejan que el convenio arbitral se prevenga la obligatoriedad de protocolizar el laudo. Por esto mismo, sería también muy conveniente una demostración de la mayor seriedad que en los reglamentos de las cortes arbitrales se adoptara idéntica prescripción.

*(Trabajo recibido el 17/06/2013
y aceptado para su publicación el 14/08/2013)*

³² «Los notarios frente al arbitraje. Nuestra postura.» *El Notario del Siglo XXI*, núm. 48.

SISTEMAS ADECUADOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (ADRs) EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO

Universidad de Harvard, Cambridge, Massachusetts (USA)

RESUMEN

Los procedimientos judiciales son claramente inadecuados para resolver los conflictos que surgen en el comercio internacional. El arbitraje, por ello, y dadas sus ventajas, se ha impuesto como una verdadera jurisdicción internacional “de hecho”, pese a su carácter privado y atomizado. Aunque no deja de tener inconvenientes. Se exponen los principales resultados de la encuesta realizada por la Universidad Queen Mary a las empresas de este ámbito, sobre las normativas, sedes e instituciones arbitrales preferidas y más usadas por ellas. La mediación, a pesar de sus grandes ventajas y de su adecuación a este tipo de conflictos, está aún pendiente de lograr un desarrollo suficiente, que sin duda vendrá. Lo ideal es su combinación con el arbitraje. Se examinan las opciones de España y de las instituciones españolas para lograr un lugar en la resolución alternativa de estos conflictos.

Palabras clave: Comercio Internacional, Arbitraje, Mediación, Resolución Alternativa de Conflictos (ADR), *Lex Mercatoria*, Corte de Arbitraje, Centro de Mediación, disputas comerciales internacionales.

ABSTRACT

Court proceedings are clearly inadequate to resolve the conflicts that arise in international trade. Arbitration, therefore, and given its advantages, has emerged as a true international jurisdiction *de facto*, despite its private and atomized nature. Although not without drawbacks. We present the main findings of the survey conducted by Queen Mary University of companies asking about regulations, venues, and arbitral institutions preferred and most used by them. Mediation, despite its enormous advantages and its adaptation to this type of conflict has not yet achieved sufficient development, that it will certainly have in the future. Its combination with the arbitration it's the ideal solution. We examine the options that Spain and the Spanish institutions have to achieve a place in the alternative resolution of conflicts.

Key words: International Commerce, Arbitration, Mediation, Alternativa Dispute Resolution (ADR), Lex Mercatoria, Arbitration Court, Mediation Center, International Commercial Disputes.

SUMARIO: I. LA INADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES.—
II. EL ARBITRAJE. 1. Ventajas. 2. Inconvenientes. 3. Situación real y evolución del arbitraje comercial internacional.—III. ELECCIÓN POR LAS EMPRESAS DE FOROS, INSTITUCIONES Y LEYES DE FONDO. 1. La encuesta de la Universidad Queen Mary de Londres. 2. La elección de la Ley nacional o normativa de fondo aplicable para la solución de la disputa. 3. El uso de la Lex Mercatoria. 4. La elección de la Sede geográfica de los arbitrajes. Criterios de selección y opciones. 5. Instituciones de arbitraje más elegidas. Criterios considerados y opciones. 6. Preferencia sobre el número de árbitros.—IV. LA MEDIACIÓN. 1. Las carencias del arbitraje que favorecen soluciones alternativas. 2. Explicación de la mediación y sus ventajas. 3. Desarrollo mundial de la mediación y su situación en España. 4. Adecuación de la mediación a las disputas comerciales internacionales. 5. Obstáculos para su desarrollo en el comercio internacional y alcance de los mismos.—V. OPCIONES PARA CONVERTIR ESPAÑA (MADRID) EN CENTRO INTERNACIONAL DE ADRs. 1. La situación actual. 2. Obstáculos y alcance de los mismos. 3. Fortalezas y estrategias que deben utilizarse. 4. Conclusión.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LA INADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Los conflictos que surgen en las relaciones comerciales internacionales, multiplicados por el desarrollo de tales relaciones debido a la globalización, requieren de sistemas de resolución de los mismos que sean:

- Rápidos.
- Seguros.
- Adaptados a las necesidades de las empresas.
- Confidenciales.
- Y eficaces para ellas.

Requisitos que no son cumplidos por las jurisdicciones nacionales, que adolecen en muchas ocasiones de los defectos contrarios, como son:

— Lentitud. Se dice que incluso los comerciantes prefieren una forma de justicia rápida y aproximada a otra que sea lejana y exacta. Hay que considerar el enorme gasto que supone para las empresas la indeterminación que el pleito supone respecto de determinados créditos y la necesidad de provisionarlos en los balances.

— Inseguridad. Que es una circunstancia muy disuasoria para cualquier iniciativa empresarial. Las empresas necesitan de una suficiente previsión de futuro para poder plantear sus inversiones y sus proyectos. Esta inseguridad de los procesos judiciales puede tener varias causas, entre las que podemos señalar: los problemas de corrupción que aquejan a la judicatura en ciertos países; la insuficiencia de su independencia o incluso de su neutralidad derivada de situaciones de control político, o al menos de excesiva influencia de los gobiernos, azuzada en ocasiones por impulsos nacionalistas y populistas; o la imprevisibilidad de las soluciones que se apliquen, debido a un mal funcionamiento y coordinación de los tribunales o a una insuficiente consideración del valor de la seguridad jurídica.

— Ineficacia. Son las empresas las que han de adaptarse a los requerimientos del proceso oficial, en vez de adaptarse éste a sus especiales necesidades, con las dificultades añadidas de desplazamientos y estancias discontinuadas, incrementadas por las distancias geográficas.

— Generación de un ambiente hostil. Los rigores de un proceso judicial público y las exigencias de la defensa en el mismo de cada una de las partes frente a la otra favorecen su recíproco alejamiento y el crecimiento de la hostilidad entre ellas, lo que dificulta que puedan seguir teniendo relaciones comerciales en el futuro. Y estas rupturas pueden ser enormemente gravosas en costes para las empresas.

— Falta de confidencialidad. Que es un valor que puede ser especialmente apreciado en muchas de estas relaciones, donde pueden disputarse cuestiones de propiedad intelectual e industrial, o donde intervienen importantes factores reputacionales. Las empresas a veces no sólo quieren que no se hagan públicos los detalles del conflicto, sino también la mera existencia del mismo. Y no hace falta más que mirar al sistema judicial español para ver que en muchos de ellos esto es imposible.

Todo lo cual hace sentir a las empresas que participan en el comercio internacional de la necesidad de contar con otros diferentes mecanismos, más efectivos y eficientes, para abordar las posibles controversias que surjan. Y encuentran éstos en las universalmente conocidas, por su acrónimo en inglés, ADRs (Alternative Dispute Resolution Systems), entendidos en un sentido amplio de sistemas extrajudiciales de resolución de disputas.

II. EL ARBITRAJE

1. Ventajas

Frente a los inconvenientes que hemos ido destacando de las jurisdicciones nacionales, el arbitraje ofrece a las empresas que actúan en el comercio internacional indudables ventajas:

— La especialización, en un sector tan específico e internacional y en el que es preciso el conocimiento de fuentes legales específicas no nacionales (Tratados, usos, etc.) y la correspondiente necesaria cualificación de los árbitros. Ambas cualidades se ven favorecidas por la experiencia y, además, favorecen la previsibilidad de las soluciones y por ello la seguridad, tan valorada en este campo.

— La existencia de procedimientos más flexibles y adaptados a necesidades de las partes. Lo que ha sido una preocupación en los reglamentos de las diversas

instituciones arbitrales internacionales, que han sido objeto de continuos procesos de mejora y actualización.

— La mayor agilidad y rapidez del proceso. El cual, salvo excepciones, consta de una sola instancia con escasos recursos contra el laudo o sentencia arbitral (sistema «one shot»). Y dentro del cual, con ese objetivo, se favorecen los plazos perentorios y se trata de obstaculizar las prácticas procesales dilatorias, frecuentemente utilizadas en las jurisdicciones públicas nacionales.

— La Confidencialidad. Valor mucho más garantizado por estos sistemas de ADRs privados, que han de competir en calidad, confiabilidad y prestigio, que en muchas jurisdicciones públicas.

— Otras ventajas son: la facilidad de ejecución, enormemente facilitada por el Convenio de Nueva York, suscrito por la mayoría de los países, hasta el punto de que se dice que en muchos de ellos es más fácil y rápido ejecutar un laudo internacional que una sentencia propia; la garantía de imparcialidad, por la misma exigencia de calidad que la competencia impone; o creación de un ambiente más cercano entre las partes en disputa, que facilita que, a pesar de la misma, sus relaciones comerciales puedan continuar.

2. Inconvenientes

Pero frente a ello, también el arbitraje internacional ha sido objeto de críticas y se le han reprochado algunos inconvenientes:

— Se ha dudado de su imparcialidad. Especialmente en los casos en que el contratante más fuerte, que a menudo es el del país más desarrollado, impone el contenido de las cláusulas arbitrales y elige de esa forma las instituciones, foros y leyes aplicables a la controversia. Con frecuente preferencia, claro está, por los que le resulten más cercanos, y le aporten la ventaja de poder desenvolverse con más facilidad en ellos. Incluso se ha llegado a hablar desde determinadas posiciones ideológicas de la imposición de un verdadero neocolonialismo de tipo jurídico. Aunque probablemente, al menos respecto de las instituciones más prestigiosas, esas críticas resulten exageradas.

— Se habla, cada vez más, de una creciente tendencia a la burocratización y el «procesalismo» en las grandes cortes, con lo que ello supone de aproximación a los foros judiciales nacionales y a muchos de sus citados inconvenientes. Este resultado ha sido en gran parte consecuencia de su inmenso éxito, por la masificación que de él ha derivado. No faltan quienes han considerado que esta tendencia es incluso inevitable, a causa de que ambos tipos de procesos, tanto judiciales como arbitrales, deben responder a unos mismos principios de equidad procesal.

No obstante, las cortes internacionales más prestigiosas han tomado conciencia del problema y buscan a través de sus reglamentos y normas internas la forma de paliarlo.

— Por los mismos motivos se ha reprochado la progresiva pérdida en el proceso arbitral del ambiente de cercanía entre las partes. Sin perjuicio de la posibilidad de paliar también este problema, no me cabe duda de que la mejor solución en el futuro vendrá más bien de la utilización, con carácter previo al proceso arbitral, o incluso por la derivación dentro del mismo, del instrumento de la mediación, que tiene un enorme potencial de desarrollo en este ámbito, del que más adelante hablaré.

— Son también inconvenientes: el que sea un sistema claramente adversarial, donde se busca la derrota de las pretensiones del contrario; la reducción de soluciones a las puramente legales, al margen de los verdaderos intereses de las partes, y la pérdida del control de las partes sobre el resultado, ya que deciden terceras personas, los árbitros.

3. Situación real y evolución del arbitraje comercial internacional

A) El arbitraje como jurisdicción internacional

A pesar de estos inconvenientes, y como consecuencia de sus importantes ventajas citadas frente a cualquier jurisdicción judicial pública, el arbitraje se ha impuesto en el comercio internacional como una verdadera necesidad. Se ha convertido de hecho en una verdadera jurisdicción internacional, a falta de otra de carácter oficial. Lo que ha venido, sobre todo, de la generalización en los contratos reguladores de estas relaciones comerciales de las cláusulas o convenios arbitrales, que generalmente se remiten para la organización y administración del arbitraje a una Institución o Corte arbitral internacional (arbitraje institucional). Aunque también hay supuestos especiales en que el arbitraje se configura fuera de las mismas, en el llamado arbitraje *ad hoc*. Es también cada vez más frecuente que en dichas cláusulas o convenios arbitrales se determine también la sede geográfica del arbitraje y la legislación que se aplicará para resolver el fondo de la controversia.

B) La evolución de las legislaciones nacionales

También ha influido en esta evolución la posición de los legisladores nacionales, que en general se ha transformado a lo largo de las últimas décadas, pasando de una inicial suspicacia, o incluso hostilidad, hacia esta forma privada de justicia, que como tal escapa a su control, a comprender su necesidad y a facilitar

el arbitraje con leyes y convenios internacionales que le han dado un creciente respaldo. Y muchos países han descubierto los beneficios de convertirse en sedes arbitrales de prestigio.

En España, esta evolución ha sido clara a partir de la Ley de 1988, progresivamente mejorada en la Ley de 2003 y en su reforma del 2011. No se oculta el objetivo del legislador de contribuir a que también nuestro país pudiera convertirse en una importante sede arbitral internacional, lo que supondría una importante fuente de riqueza y prestigio. Esta meta, sin embargo, dista hoy de haber sido alcanzada. Con posterioridad me referiré a los que creo que han sido obstáculos para ello y a posibles soluciones.

C) *La tendencia a la uniformización y sus efectos*

También podemos señalar como rasgo característico de la última evolución del arbitraje internacional su tendencia a la uniformización. A ello han contribuido varios factores, como son:

— Los convenios internacionales, entre los que podemos destacar el de Nueva York de 1958, o el europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial de 1961.

— La influencia en las legislaciones nacionales de la Ley Modelo de UNCITRAL y en las diversas instituciones arbitrales de sus reglamentos modelo.

— La contribución a esa uniformización por la labor de las grandes cortes arbitrales internacionales prestigiosas. Y el desarrollo de una sólida doctrina internacional especializada sobre la materia.

Esta uniformización ha tenido efectos muy positivos para el arbitraje. Desde luego, por haber favorecido su conocimiento y su expansión como jurisdicción internacional de hecho. Pero también por haber contribuido a que se extiendan ciertas reglas que facilitan las soluciones arbitrales. Así, se ha generalizado en muchas legislaciones la separación de la cláusula compromisoria del contrato principal, de forma que la posible invalidez del contrato no afecte al arbitraje y en el mismo se pueda discutir sobre ello. Y también el reconocimiento del poder de los árbitros para juzgar sobre su competencia, cuando ésta es cuestionada por una de las partes. Estas reglas son acogidas por el artículo 16 de la Ley Modelo: *«El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato»*. Y, a su vez, este precepto está también reflejado en el artículo 22.1 de nuestra Ley).

Como conclusión, como acertadamente ha escrito José María CHILLÓN en *Tratado de Derecho Arbitral* (MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA; Thomson Civitas, 3.^a edición, 2006), se han dado todos los elementos necesarios para el éxito en el arraigo de una institución jurídica: La existencia de una necesidad a satisfacer, de medios adecuados y de leyes favorables. Por ello, su desarrollo en las últimas décadas ha sido calificado como un auténtico *boom*.

III. ELECCIÓN POR LAS EMPRESAS DE FOROS, INSTITUCIONES Y LEYES DE FONDO

1. La encuesta de la Universidad «Queen Mary», de Londres

Al ser el arbitraje un medio privado de resolución, y estar como tal atomizado entre diversas instituciones por todo el mundo, no es fácil encontrar datos que nos den una imagen de las preferencias arbitrales de las empresas y de las opciones efectivamente tomadas por ellas al respecto. No obstante, existe para ello una útil herramienta: la encuesta realizada en 2010 por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad «Queen Mary», de Londres, que además nos da datos sobre la reciente evolución de esas preferencias, pues puede compararse con otra realizada por la misma Institución en 2006. La encuesta se hizo entre más de 136 empresas de muy diversos sectores, tamaños y origen geográfico para obtener una muestra suficientemente representativa. El 53 por 100 de las empresas encuestadas tenía una facturación de más de cinco mil millones de dólares, pues se considera que las empresas que intervienen en este campo suelen ser de gran tamaño. Pero a partir de ahí se cubrió un amplio espectro, hasta incluir empresas que apenas pasaban de 5.000 \$ de facturación. Se considera, por tanto, que la muestra nos da un retrato bastante preciso de la realidad. A continuación expongo un breve resumen de las conclusiones (*findings*) más importantes:

2. La elección de la Ley nacional o normativa de fondo aplicable para la solución de la disputa

Esta es una cuestión que ha cobrado gran relevancia. Y es muy frecuentemente predeterminada en la correspondiente cláusula contractual. Así se hace en un 79,1 por 100 de los casos según las estadísticas de la CCI (o ICC, en sus siglas en inglés). En menos ocasiones han de ser las partes de mutuo acuerdo, con posterioridad a que surja la disputa, o la institución arbitral en otro caso, quienes decidan sobre ello.

La encuesta nos muestra cuáles son los criterios preferidos por las empresas y sus abogados para la elección de una concreta normativa. Se busca, en primer lugar, que se trate de un Ordenamiento de calidad, que resulte imparcial y no discriminatorio respecto a las partes, y cuyas soluciones sean suficientemente previ-

sibles. De nuevo aparece el importante valor de la seguridad, tan importante para estas transacciones. También se valora, aunque con una importancia menor, el suficiente conocimiento por la empresa y sus representantes legales de tal Ordenamiento. E incluso ejerce una cierta fuerza atractiva, aunque menor, la radicación de la Institución arbitral elegida.

Se preguntó a las empresas qué ley preferirían aplicar, en el caso de que cada una de ellas la pudiera elegir. *A priori* podría pensarse que la gran mayoría se decantaría por aplicar su propia ley nacional, por tener un mejor dominio y conocimiento de la misma. Pero sorprendentemente esta opción sólo la escogió un 44 por 100 de las empresas encuestadas. Lo que da idea del grado de extensión que está alcanzando el conocimiento de otros Ordenamientos diferentes del nacional en el comercio internacional. Así, un 25 por 100 de las empresas optarían por escoger (incluso antes de su ley nacional) la ley inglesa. Y tras la misma, en orden decreciente, se señalaron la ley suiza, por un 9 por 100; la del Estado de Nueva York, por un 6 por 100; la francesa, por el 3 por 100, y la de otros Estados norteamericanos, por el 1 por 100. Todo ello dice mucho de la calidad de los Ordenamientos inglés y suizo.

Sin embargo, estos resultados sobre preferencias obviamente no coinciden con las legislaciones que, para resolver la disputa, más frecuentemente se usan efectivamente, pues es obvio que esta cuestión tan trascendental suele ser objeto de negociación en el contrato. Los resultados de la encuesta sobre cuáles son las normativas nacionales más frecuentemente utilizadas son los siguientes, por orden decreciente: la ley inglesa, 40 por 100; la del Estado de Nueva York, 17 por 100; la suiza, 8 por 100; la francesa, 6 por 100, y otras leyes estatales norteamericanas, 5 por 100.

Sorprende la extensa utilización de la ley inglesa. Ya nos hemos referido a su calidad técnica, especialmente en su regulación comercial internacional. Pero además esta prevalencia se apoya también en otros motivos, como son: su pasada influencia imperial; la importante tradición del arbitraje en ese país y sus garantías de calidad; el ser Londres por motivos históricos centro mundial del derecho marítimo, de gran importancia para el comercio internacional, y cuyas controversias se resuelven muy frecuentemente en arbitraje; el constituir también esta ciudad un importante centro financiero mundial; la facilidad de ser el inglés la lengua franca, especialmente en los negocios internacionales, y el carácter robusto de su sistema procesal, que hace de Londres el primer foro jurídico mundial y facilita el arbitraje cuando éste necesite apoyo judicial. Algunas de estas razones explican la utilización de Londres como sede, pero sin duda ello tiene también una importante fuerza atractiva sobre la elección de la ley aplicable para resolver el arbitraje.

3. El uso de la *Lex Mercatoria*

Junto al uso de las legislaciones nacionales, la encuesta nos da también datos sobre el uso de fuentes legislativas internacionales, lo que se ha denominado la

Lex Mercatoria, para la resolución del conflicto en los arbitrajes. Esta *Lex Mercatoria* está compuesta básicamente de tres tipos de normas: las contenidas en tratados internacionales, los usos comerciales compilados y, dentro de éstos, destacadamente, los «UNIDROIT principles and INCOTERMS» (o sencillamente INCOTERMS), y otras fuentes no escritas (como la equidad, y los usos y principios no compilados).

La aplicación de estas normas tiene, no obstante, el gran inconveniente de constituir ordenamientos incompletos, con el riesgo de que falte la solución legal para algún supuesto y la correspondiente disminución de la certeza de las soluciones, que tanto se aprecia por las empresas que actúan en el comercio internacional. Por eso, se utilizan poco como fuente exclusiva (parece que no llegaría al 2 por 100), pero es creciente su utilización como fuente complementaria (materia que ha sido estudiada por la profesora y catedrática María SIERRA FLORES***).

La encuesta nos da los datos sobre el uso de estas fuentes, indicando las que las empresas recordaban haber usado en los últimos años. Y los resultados, por tipos, son los siguientes:

— Normas no escritas, o el uso de la equidad (p. e., en arbitrajes de equidad): 16 por 100 las recuerda como usadas en sus arbitrajes a menudo y 26 por 100 ocasional mente.

— Tratados internacionales. De éstos, obviamente, el más importante es el Convenio CISG (Contracts for the International Sale of Goods), ratificado por 3/4 partes de los países. A pesar de su aspiración de ser la principal fuente reguladora del comercio internacional de mercancías, su utilización no se ha generalizado y puede hablarse de un cierto fracaso respecto a ese objetivo. Esta fuente fue utilizada a menudo en un 6 por 100 de los arbitrajes de las empresas entre vistas y ocasionalmente por un 41 por 100.

— INCOTERMS. Fueron utilizados a menudo en un 48 por 100 de los casos de las empresas y ocasionalmente por un 14 por 100. Esta fuente es utilizada muy frecuentemente con carácter auxiliar y complementario, como para definir conceptos o cubrir vacíos.

4. La elección de la sede geográfica de los arbitrajes. Criterios de selección y opciones

Es otro dato importante de la encuesta. Las estadísticas de la CCI (ICC) nos indican que la sede arbitral se elige en el contrato, en la correspondiente cláusula o convenio arbitral, en un 74 por 100 de las ocasiones; por común acuerdo, después de surgido el conflicto, en un 12 por 100, y por la institución arbitral en el restante 14 por 100 de los arbitrajes.

Los datos que las empresas más valoran a la hora de elegir sede son: la infraestructura legal del país, y en este sentido hay que destacar que, por ejemplo, en Londres existen despachos jurídicos sólo de árbitros, que nunca actúan como abogados de parte, lo que facilita la imparcialidad y confianza; la calidad de la ley de apoyo; y también de los propios tribunales ordinarios, que pueden ser necesarios para labores de apoyo. Otros factores que se consideran por las empresas, pero de una importancia menor, son los contactos con abogados locales y el idioma y la semejanza cultural y jurídica, así como la fuerza atractiva de Ley Reguladora del fondo de la disputa. Es curioso que los costes de la sede sólo sean determinantes para un 31 por 100 de las empresas, lo que da idea de las importantes cuantías que se juegan en este campo y del valor que se le da a la calidad.

Tengo al respecto una opinión personal que no indica la encuesta, pero puede deducirse de la misma: es muy importante la imagen de respetabilidad del país, de sus instituciones y valores sociales, y la eficiencia de sus servicios jurídicos y especialmente judiciales. Hay que destacar que, para las ciudades que consiguen ser sede habitual de arbitrajes, éstos constituyen una fuente de riqueza muy importante.

La encuesta indica cuáles son las sedes favoritas de las empresas y más elegidas para los arbitrajes, que son: Londres (por un 30 por 100), Ginebra (9 por 100), París (7 por 100), Singapur (7 por 100) y Nueva York (6 %). Podemos destacar también otras sedes importantes, como Estocolmo y Zurich. Si lo comparamos con encuestas anteriores, como la del 2006, vemos que en general se mantienen las sedes tradicionales, pero junto a ellas ha surgido con muchísima fuerza, como sede regional que ya es la primera de Asia y en continuo crecimiento, Singapur.

Fuera de la encuesta, y por informaciones puramente verbales, he sabido que París está recibiendo últimamente también un fuerte auge por su capacidad de atracción de arbitrajes internacionales de América Latina, con una importante penetración de la CCI (ICC).

5. Instituciones de arbitraje más elegidas. Criterios considerados y opciones

Para la elección de la institución o corte arbitral internacional, las empresas consideran las siguientes cualidades, por orden decreciente de importancia: en primer lugar, como la más importante, la garantía que ofrezcan de neutralidad e imparcialidad, y a continuación la especialización de las instituciones en arbitrajes internacionales, y su experiencia, reputación y reconocimiento. Como un factor considerado, pero con menos importancia (citado por un 45 por 100 de las empresas consultadas), podemos también señalar la fuerza atractiva de ley aplicable.

Para hacerlo más rápido, diré cuáles son las instituciones favoritas y cuáles son las más usadas de hecho, según las empresas consultadas. Suelen coincidir, pero no exactamente:

— Corte de la CCI (ICC): 50 por 100 de preferencias, 56 por 100 más usada.

— AAA/ICDR, que es la sección internacional de la American Arbitration Association, constituida en 1996: 8 por 100 de preferencias, 10 por 100 de utilización.

— LCIA (London Court of International arbitration): 14 por 100 de preferencias, 10 por 100 de utilización.

— Otros: DIS alemán, 6 por 100 de utilización; SIAC de Singapur, 5 por 100 de preferencias (asombroso siendo la más nueva), aunque aún sólo un 2 por 100 de mayor uso, que sin duda va a crecer. Otras instituciones relevantes son: JCAA (Japón), SCC (Estocolmo), o HKIAC (Honk Kong).

Por supuesto, las cortes arbitrales españolas ni aparecen. A pesar de los esfuerzos realizados para ello por instituciones como la Corte de Arbitraje de Madrid (de la Cámara de Madrid).

6. Preferencia sobre el número de árbitros

Resulta destacable que, en la práctica, un 87 por 100 de las empresas consultadas dijeron preferir un tribunal de tres árbitros. Y ello a pesar de que el arbitraje en este caso siempre se encarece y en muchas ocasiones de hace más largo y menos ágil. Aunque se aducen otros motivos, como la búsqueda de una mayor garantía jurídica y técnica, la razón principal parece estar en que las empresas prefieren mantener alguna capacidad de influencia al elegir cada una a uno de los jueces, de forma que los dos elegidos eligen a su vez el tercero. No deja de ser esta percepción una patología del arbitraje, como si en el mismo fueran posibles los llamados «árbitros de parte». Pero esta aspiración de las empresas demuestra el enorme potencial de la mediación. Sin duda, esa posibilidad de control sobre la solución se conseguiría mejor en una mediación, dejando el arbitraje para los supuestos en que la mediación no fuera posible o resultara fallida.

IV. LA MEDIACIÓN

1. Las carencias del arbitraje que favorecen soluciones alternativas

Hemos destacado los inconvenientes del arbitraje, acentuados en los últimos tiempos debido precisamente a su gran éxito y a su desarrollo casi explosivo. La

tendencia a la burocratización y a lo que se ha denominado «procesalismo» en las grandes cortes internacionales; la paralela tendencia a que se pierda la cercanía entre las partes y se favorezca así la ruptura de relaciones futuras entre ellas, con todos sus inconvenientes; el hecho de que en muchas ocasiones se prolongue en exceso el tiempo necesario para la resolución de la controversia; una acentuada inclinación al «legalismo», es decir, a la búsqueda de soluciones en las normas, por encima de los verdaderos intereses de las partes, y la pérdida de control de las empresas sobre el resultado final del conflicto.

2. Explicación de la mediación y sus ventajas

Si el arbitraje es una institución tan conocida como para no necesitar explicación, no pasa lo mismo con la mediación, institución que en España es insuficientemente conocida incluso entre los agentes jurídicos. O respecto de la cual, y ello es aún peor, se tienen ideas falsas o distorsionadas. Por ejemplo, hay quien lo confunde con la pasada conciliación ante el juez, previa al proceso, cuando nada tiene que ver, o quien cree que el mediador sermonea a las partes sobre lo estupendo que es llevarse bien, cuando precisamente una de las cosas que nunca debe de hacer el mediador es sermonear.

Es por ello conveniente dar una pequeña explicación sobre qué es la mediación y cuál es su utilidad. La mediación es una negociación asistida por un tercero, el mediador, experto en determinadas técnicas, a través de las cuales, en reuniones conjuntas con las partes, o incluso separadas con cada una de ellas (*caucus*), ayuda a cada parte a comprender y descubrir los intereses de la otra, o incluso los propios, a atenuar las comunicaciones negativas y a facilitar que las partes encuentren soluciones colaborativas que sean satisfactorias para todas. La consecuencia del proceso es casi siempre que se incrementa la confianza de las partes y que mejoren sus relaciones. Incluso cuando no se alcanza acuerdo.

Se trata de un proceso que sitúa la negociación en otro marco, en otro nivel completamente diferente de la negociación bilateral clásica y que consigue resultados sorprendentes: el promedio de éxitos en llegar a un acuerdo en la mediación extrajudicial (plantada antes de abrir un proceso judicial) supera el 70 por 100, porcentaje importante si consideramos que habitualmente se empieza la mediación cuando la negociación directa ha fracasado y se ha llegado a un punto de bloqueo.

Además de sus ventajas en rapidez y costes, la mediación consigue además soluciones más satisfactorias para ambas partes y consentidas por ellas. No hay una parte derrotada, sino que ambas partes resuelven la controversia a su satisfacción (*win/win*). Es incluso frecuente que, al incrementar el conocimiento recíproco, las partes abran después nuevas vías de negocio entre ellas.

La mediación, como proceso de resolución de conflictos, es un proceso muy aconsejable incluso en comparación con el arbitraje, pues es rápido, barato y muy satisfactorio por los motivos indicados. Por eso está llamado a tener un gran desarrollo. Su única desventaja, aparte de ser sólo aplicable a conflictos resolubles mediante negociación, es que no se asegura la solución del problema. Por ello es ideal para combinarse con arbitraje, con diversos instrumentos. Como por las llamadas cláusulas escalonadas multifuncionales, por las que se prevé para caso de disputa un previo intento de solución a través de la mediación y, sólo cuando ésta resulte fallida, un ulterior arbitraje. O sistema Arb-Med, que supone un arbitraje convencional en el que, una vez concluido y redactado el laudo, y antes de hacerse público, el árbitro se convierte en mediador para dar a las partes una oportunidad de resolver la disputa por mediación antes de expedir el laudo. Con los importantes incentivos que ello supone para que en tales casos se alcance un acuerdo, sin necesidad de tener que recurrir al laudo.

3. Desarrollo mundial de la mediación y su situación en España

Al margen de sus muchos antecedentes, la mediación moderna se desarrolla primero en los Estados Unidos, apoyada por una parte por el desarrollo de la teoría y práctica de la negociación, en la que el muy recientemente fallecido profesor FISHER (***) y esta Universidad de Harvard fueron pioneros (el programa *on negotiation* sigue siendo aquí un referente mundial), y por otra por el impulso dado por las autoridades y por diversos agentes jurídicos a las ADRs como forma de paliar la crisis de la justicia. En este país, la mediación se ha desarrollado extraordinariamente, hasta el punto que en algunos tipos de conflicto hoy resuelve entre un 70 y 80 por 100 de lo que antes llegaba a los tribunales, y ya ha superado ampliamente al arbitraje, a pesar de que éste es mucho más utilizado que en España. Es conocida la frase de la que fue fiscal general, Janette RENO, de que estos sistemas de resolución de disputas ya no deberían denominarse «alternative», sino «adequate».

De Estados Unidos ha pasado a otros muchos países, y no sólo los anglosajones, en alguno de los cuales su desarrollo también está resultando espectacular. En general, dicho desarrollo se produce en una progresión geométrica, avanza lentamente al principio, antes de ser suficientemente conocido, y con una fuerza creciente después.

En España, por desgracia, su desarrollo es aún muy escaso y limitado, aunque no se puede poner en duda su potencial de futuro.

4. Adecuación de la mediación a las disputas comerciales internacionales

Este sistema de resolución está especialmente indicado en las relaciones comerciales internacionales, dado que en ellas se dan estas características:

— Suele haber interés en mantener relaciones estables con clientes y proveedores. Con la mediación incluso surgen nuevas posibilidades de negocio.

— Son frecuentes las dificultades de comunicación por distancia geográfica, idiomática, cultural, que favorecen los malentendidos y suspicacias.

— Existe la necesidad de resolver las disputas de la forma más ágil y rápida posible. Además de ser un sistema, por comparación a otras soluciones, bastante más barato.

— En muchas de estas relaciones es también precisa una confidencialidad absoluta.

— Es un sistema que mejora la reputación de las empresa, tan importante en este campo, que pueden dar así una imagen de no conflictividad.

5. Obstáculos para su desarrollo en el comercio internacional y alcance de los mismos

A pesar de todo ello, y de ser una necesidad sentida, se trata de un procedimiento aún poco utilizado, si lo comparamos con el todavía reinado absoluto del arbitraje en las relaciones comerciales internacionales. Las instituciones arbitrales internacionales, aparte de la AAA, que fue en ello pionera, han empezado a utilizarlo hace relativamente poco tiempo, desarrollando secciones especiales para ello (como la sección ICC/ADR). Y en España, en este momento, según mis noticias, la única institución que ofrece ambos sistemas es la Fundación Signum (www.fundacionsignum.org). Existen al respecto pocas estadísticas sobre su efectiva utilización en este sector. La de la Cámara de Estocolmo 2009 indicó que, de 225 disputas resueltas en dicho año, sólo tres lo habían sido a través de un procedimiento de mediación.

Entre las **causas** de esta escasa utilización en este ámbito podemos señalar:

— El de la inexistencia en muchos países de un suficiente amparo legal a la confidencialidad, incluso frente a peticiones judiciales, amparo que es fundamental para que se cree el ambiente de confianza donde la mediación puede fructificar. Este obstáculo, no obstante, está desapareciendo paulatinamente. En los países de Europa continental, en concreto, desde la Directiva 2008/54, cuya trasposición ha dado lugar a nuestra actual Ley reguladora de la mediación en los ámbitos civil y mercantil.

— La principal es sin duda el desconocimiento o insuficiente conocimiento de este procedimiento, su funcionamiento y su utilidad, en muchos países. Se ha

dicho que incluso es preciso que se desarrolle una cierta «cultura de la mediación», que supone una forma nueva de afrontar los conflictos. De ese desconocimiento se derivan temores y recelos: el temor a lo desconocido, a ser explotados y conseguir un mal resultado precisamente por ese insuficiente conocimiento (cuando en una buena mediación eso no es posible), o a lo que se denomina «losing face», que es el temor a que acceder o solicitar una mediación suponga reconocer una posición de debilidad en los propios argumentos o apoyos jurídicos.

Estos recelos se acentúan con frecuentes prejuicios de carácter psicológico. Como el «sesgo o tendencia egocéntrica de superioridad», que hace que se tienda a reconocer a uno mismo como superior a la media en habilidades, y que puede llevar a considerarse uno mismo como un buen negociador, y a creer que acudir a la mediación sería un implícito reconocimiento de lo contrario. O la «deformación profesional», que lleva a los expertos en Derecho que trabajan para la empresa a querer aplicar soluciones puramente jurídicas. Otros obstáculos tienen una base sociológica, como es la llamada «inercia legitimadora de las convenciones sociales», en este caso de los tradicionales medios judiciales y arbitrales de resolución, que supone un obstáculo a explorar y admitir soluciones nuevas, incluso a costa de los intereses personales o de grupo. Prejuicios todos ellos que afectan incluso a un sector tan vanguardista como el comercio internacional.

— Podemos señalar otras posibles causas, la insuficiente promoción de la mediación por las grandes instituciones de arbitraje, tal vez porque, como actores privados que son, consideran el arbitraje más rentable. O los posibles prejuicios de muchos abogados, que pueden creer erróneamente que en la mediación se prescindiría de ellos o relegaría su papel. O la falta de mediadores especializados en este campo de las relaciones comerciales internacionales.

Pero son todos obstáculos temporales. Sin duda, veremos cómo la mediación tendrá un futuro brillante, también para resolver las disputas que surjan en el comercio internacional.

V. OPCIONES PARA CONVERTIR ESPAÑA (MADRID) EN CENTRO INTERNACIONAL DE ADRs

1. La situación actual

No hace falta insistir mucho en la insignificancia actual de España en el arbitraje comercial internacional. Ninguna institución de origen español ha alcanzado un puesto relevante en este complejo mercado, a pesar del esfuerzo desplegado por algunas de ellas, como algunas dependientes de las Cámaras de Comercio. Tampoco ninguna de nuestras capitales han logrado la condición de sede recono-

cida, ni siquiera a través su utilización, por instituciones arbitrales de otros países. Esa insignificancia es aún más acusada en mediación, que sigue siendo una institución demasiado desconocida incluso en las relaciones jurídicas internas.

La pregunta debe ser si esto ha de ser así necesariamente sin que podamos tener opción alguna, o si, aplicando ingenio, esfuerzo y ambición cabría cambiar las cosas a favor de nuestro país. Y, si fuera posible, qué vías habrían de recorrerse y qué estrategias aplicarse para ello. Nosotros tenemos un importante mercado potencial en el mundo iberoamericano, al cual nos vamos a referir. Si, por ejemplo, Singapur ha conseguido en muy pocos años, y partiendo casi de la nada, constituirse en el primer centro arbitral internacional de la región asiática, que es un mercado culturalmente mucho más variado y complejo, ¿por qué no podría conseguir España esta posición respecto a Iberoamérica, con la que tantos lazos culturales, además del idioma, nos unen? Voy a tratar de dar algunas pistas que nos faciliten responder a esa pregunta.

2. Obstáculos y alcance de los mismos

No cabe duda que el desafío, si lo queremos asumir, es grande por las dificultades a superar. Podemos destacar algunas de ellas:

— La potencia de las sedes e instituciones internacionales tradicionales, como Londres, la CCI (ICC) y otras que antes he indicado.

Pero este obstáculo no debe verse como insuperable. Éste es un «mercado jurídico» en permanente transformación. De las grandes instituciones y cortes hoy establecidas se puede aprender lo que hacen bien, e intentar superarlas en lo que no hacen o hacen peor. Como he apuntado en anteriores epígrafes, a las grandes instituciones arbitrales internacionales, como la corte de la CCI (ICC), se les reprocha su masificación y «despersonalización» y lo que se ha denominado su evolución «procesalista», en gran parte debido a su masificación. Además de sus altos precios.

— Otro importante obstáculo es hoy «de imagen». El arbitraje, como hemos visto, se ve atraído por países desarrollados, en los que se valore y proteja la seguridad jurídica, con un sistema eficiente de equilibrios para ello, incluidos los judiciales, y la consiguiente exigencia de responsabilidad ante conductas censurables. Si en ello llevamos ventaja tal vez a todos los países de esa zona (me cabe la duda de Chile), mucho me temo que no es suficiente en relación con otras potencias arbitrales.

El deterioro de la marca España se ha acentuado, además, por nuestra actual crisis política y económica, y por un cierto deterioro de nuestro Estado de Derecho, en cuyas causas no podemos hoy entrar.

Pero afortunadamente tenemos también instituciones confiables que hasta cierto punto han escapado de ese descrédito y conservan una imagen de fiabilidad. Entre ellas, el Notariado.

— Es también un obstáculo el mal funcionamiento de nuestro sistema judicial. Pero en lo que respecta al apoyo al arbitraje, Madrid es una excepción, por la existencia de un juzgado especializado *ad hoc* bastante ágil.

— Es también inconveniente el relativo escaso desarrollo de nuestro arbitraje interno y más aún el internacional. Y la escasa experiencia en éste de las Cortes Arbitrales más importantes. Pero estas dificultades tampoco son insuperables.

A mi juicio, el camino intentado hasta ahora no sólo no ha tenido éxito, sino que tampoco puede tenerlo en el futuro si no se intenta otra vía. Aun a riesgo de poder molestar a alguien, diré que no creo que puedan alcanzar el objetivo de hacerse relevantes en los conflictos del comercio algunas cortes dependientes de Cámaras de Comercio que ya lo han intentado. La limitación estriba en algún caso en la excesiva dependencia de ciertos grandes despachos de abogados. Como éstos tienen proyección internacional, sufren muchas veces la interferencia de intereses cruzados. Esta situación proyecta una sombra de sospecha sobre la neutralidad de sus arbitrajes. Sospecha que será sin duda muchas veces injusta, pues disponen de árbitros íntegros y de gran calidad. Pero que es también inevitable. Hemos visto que esta cualidad de la absoluta neutralidad e imparcialidad de los árbitros y de la corte es, con mucho, el valor más valorado entre las empresas internacionales que utilizan este instrumento. En algunos centros arbitrales importantes, como Londres, existen incluso despachos de juristas que sólo ejercen como árbitros y nunca como abogados de parte. Pero no es el caso en España, ni lo puede ser todavía.

A mi juicio, sería mucho mejor política para los grandes despachos de abogados el renunciar, al menos en este ámbito internacional, a pretender un protagonismo en la institución española que tratara de posicionarse en el mercado de los conflictos internacionales. Así captarían un importante negocio, que hoy de hecho no tienen, como abogados de las empresas internacionales que fueran parte en estos conflictos. Y que para ellos sería mucho más importante.

3. Fortalezas y estrategias que deben utilizarse

Si ya hemos hablado de los inconvenientes, aunque también tratando de relativizarlos con un sentido realista, hay que señalar que también tenemos importantes **posibles fortalezas**. Es a través de ellas, y ofreciendo un servicio distinto y mejor, como se pueden encontrar las fisuras necesarias para conseguir abrir un hueco en ese mercado jurídico mundial. Al respecto es preciso insistir en la bús-

queda de un camino diferente del fallido intentado hasta ahora. Actuar a través de otra institución que no adolezca de los inconvenientes antes señalados. Que tuviera la sede, por obvias razones de centralidad, relaciones y comunicaciones en Madrid. Para ello es preciso insistir en los siguientes puntos de posible apoyo:

— Existen en España, al contrario de lo que ocurre en algunos otros países, juristas de prestigio que actúan al margen de los grandes despachos de abogados. Y por tanto libres de la sospecha antes indicada de interferencias de intereses y que generan suficiente confianza: profesores de Universidad, jueces jubilados, notarios, o abogados independientes, entre otros.

— Existe también un mercado «natural» para nosotros en Iberoamérica, por evidentes lazos idiomáticos, culturales y hasta jurídicos. Se trata, además, de un mercado ya maduro para el arbitraje, pues éste se ha desarrollado allí bastante, impulsado por el mal funcionamiento de sus sistemas judiciales. En algunos de estos países se va conociendo también progresivamente la mediación, aunque no haya empezado a usarse a gran escala en las relaciones internacionales.

Esta región mundial ha entrado ya, con fuerza, en los arbitrajes comerciales internacionales, como el resto del mundo, y especialmente de los países en crecimiento. Pero, a pesar de ello, ningún país ha despuntado en la región como sede de tales arbitrajes. Hoy la mayoría de ellos son administrados por la CCI (ICC), que ha hecho un gran esfuerzo para penetrar en esta zona del mundo, y de hecho se celebran muy frecuentemente en París. He oído, sin que haya podido confirmar el dato, que tales arbitrajes dentro de la CCI en la capital francesa suponen ya un 40 por 100 del total. De su expansión en la zona sí se pueden encontrar datos en la encuesta del Institute for Transnational Arbitration 2011. Si esas empresas se van a París para resolver las controversias, podrían también venir a Madrid.

— Además de poder competir hasta cierto punto en precios, y de prestar unos servicios de alta calidad y exentos de cualquier sospecha de parcialidad, se debe hoy ofrecer a las empresas un servicio diferente y más favorable para ellas. Podemos aportar a este sector la innovación de ofrecer no sólo una Corte arbitral, con su pequeña sección de Mediación, sino un verdadero centro integral de sistemas no judiciales de resolución de conflictos, que podría ofrecer mediación, llamada a un gran crecimiento, arbitraje, o una combinación sucesiva de ambos, a través de las cláusulas escalonadas *med-arb* y del sistema *arb-med*, al que ya me he referido. O también otros sistemas «ADR», como valoración de experto, arbitrajes no vinculantes, y otros. Sistemas que se usan mucho aquí, en los EE.UU., y que en el mundo del arbitraje comercial internacional, a pesar de su potencial, están aún por desarrollar.

Esto supondría anticiparse al *boom* de la mediación como sistema alternativo de resolución de disputas que, sin duda, va a llegar al comercio internacional,

favorecerlo y en «aprovechar la ola» de ese impulso. Las grandes instituciones arbitrales internacionales no parecen haber tenido hasta hoy gran interés en promover la mediación, tal vez, como he dicho, por motivos de rentabilidad. Por ejemplo, la CCI (ICC) tiene un sistema de resolución amigable de conflictos. Pero ninguna institución, salvo tal vez, hasta cierto punto, la AAA International ADR Center, ha desarrollado esta idea global. Se trataría de ofrecer a ambas partes la posibilidad de la mediación, incluso en el caso de que no se hubiera pactado, y siempre que todas las partes accedan a ello, para intentar una salida satisfactoria y amistosa entre ellas. La negativa a intentar una mediación podría incluso considerarse como un motivo relevante en la distribución de los gastos del arbitraje, y en la condena a sus costas, para favorecer aquélla. E incluso, cuando el árbitro lo considerara pertinente, a lo largo del proceso arbitral podría en cualquier momento ofrecer a las partes intentar una mediación dentro de la misma institución, aunque por supuesto con una persona diferente de mediador.

4. Conclusión

En definitiva, es un objetivo, el del desarrollo en Madrid de un centro internacional de resolución extrajudicial de conflictos que consiga ser exitoso y reconocido que, si en principio parece difícil, no lo sería tanto utilizando estas estrategias, y siempre que se cuenten con los medios, las rigurosas exigencias y la organización adecuada. Doy por supuesto que el centro debería ser de iniciativa privada. Y tener como primer objetivo (aunque no exclusivamente) América Latina. Donde por cierto los notarios españoles mantienen cordiales relaciones con muchos de los Notariados, que pueden ayudar a encontrar vías de penetración.

Sin perjuicio de otras posibilidades, la Fundación Notarial Signum, para la Resolución Alternativa de Conflictos, ha sido pionera en el ámbito interno de esa idea global, con variedad de ADRs como herramientas, como sistema de abordar la resolución de los conflictos. Sin perjuicio de las colaboraciones con otras instituciones que en este ámbito pudieran lograrse. Y desde luego con la necesaria colaboración de otros profesionales no notarios que pueden aportar mucho. Desde luego, sería una importante contribución a la creación de riqueza, al sistema jurídico y a la imagen de nuestro hoy atribulado país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

MERINO MERCHÁN, José F., y CILLÓN MEDINA, José M.^a: *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera edición. Cizur Menor (Navarra), 2006. 1852 pp.

NARIMAN, FALI S.: *The spirit of arbitration*. En *Arbitration International*, London Court of International Arbitration, vol. 16, núm. 3, 2000. 17 pp.

OPPETIT, Bruno: *Théorie de l'arbitrage*. Primera edición. París: PUF, 1998. 127 pp.

KOLKEY, Daniel M.; CHERNICK, Richard, y REEVES NEAL, Barbara: *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*. Tercera edición. Huntington, New York: Juris Net, LLC. 2012. 1165 pp.

STIPANOWICH, Thomas J., y LAMARE, Ryan: "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1.000 Corporations". En *Social Science Social Network*. Posted 21 de febrero de 2013. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2221471]. 49 pp. 14.

HOELLERING, Michael F.: *World Trade: To Arbitrate or Mediate— That is the Question*. *Dispute Resolution Journal*, 67 (March 1994). 49 pp.

(Trabajo recibido el 23/05/2013
y aceptado para su publicación el 14/08/2013)

EL BUQUE COMO OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO: UNA FICCIÓN NECESARIA PARA SU FINANCIACIÓN

RAQUEL PALACIOS LÓPEZ

Abogado Maritimista

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto exponer que el derecho marítimo se caracteriza por la proliferación de especialidades derivadas de la naturaleza del sector de negocio que regula y de la necesidad de dinamizar éste. Entre las especialidades se encuentra la consideración del buque como garantía real, pudiendo ser objeto de hipoteca. Se provee así de una respuesta a las necesidades del acreedor marítimo, a través de una configuración regulada por el legislador de manera relativamente acertada. Para ello, en primer lugar, se analiza la naturaleza jurídica de este bien y también su consideración como objeto de hipoteca a través de las normas de aplicación. En segundo lugar, y tras observar que se trata de un sistema que se propone otorgar seguridad en las transacciones crediticias marítimas, desde un punto de vista práctico, se analiza que este sistema de garantía ideado por el legislador reposa en la validez del contrato de préstamo del que deviene y asegura, con el objetivo de descubrir la relación existente entre el contrato de préstamo y las garantías articuladas con las posibilidades de realización del derecho de garantía constituido a través de la hipoteca naval, especialmente atendidas las influencias extranjeras a la hora de suscribir los contratos de préstamo.

Palabras-clave: derecho marítimo, buque, bien inmueble, financiación, contrato de préstamo con garantía hipotecaria, hipoteca naval, seguridad jurídica, validez, eficacia y elemento extranjero.

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to set out how maritime law is characterized by a proliferation of specialities derived from the nature of the business sector it regulates and the need to keep it dynamic. These specialities include the consideration of vessels as potential subjects for *in rem* guarantees such as mortgages. This provides a response to the needs of marine creditors through an arrangement regulated by lawmakers in a relatively accurate way. To this end, the article first analyses the legal nature of these properties and

also their consideration as the subject of mortgages through the applicable rules. Secondly, after observing that the system proposes to ensure the certainty of maritime credit transactions, it analyses from a practical perspective how this system of collateral devised by the legislator is founded on the validity of the loan contract giving rise to it and which it guarantees, with a view to discovering the relationship between the loan contract and the guarantees effected with the possibilities of executing the guarantee established by means of a naval mortgage, especially in light of foreign influences when subscribing loan contracts.

Key-words: maritime Law, ship, vessel, property, financing, loan agreement secured by mortgage, maritime mortgage, legal certainty, legal validity, effectiveness, foreign element.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BUQUE COMO OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA. 1. Naturaleza jurídica del buque. 2. El concepto buque como elemento real de la Hipoteca Naval.—III. LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRAVENTA DE UN BUQUE Y SUS GARANTÍAS. 1. Evolución de los medios de financiación. 2. El contrato de préstamo y la Hipoteca Naval. Especial atención al elemento extranjero.—IV. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El éxito en el sector naval del contrato por excelencia de financiación de la compraventa, modificación y reparación de buque, al que podríamos referirnos *como préstamo hipotecario naval*, se basa precisamente en la seguridad que genera en el acreedor la puesta en garantía del buque para el cobro de las cantidades pactadas tanto del principal como de los intereses. Si bien es cierto que, *a priori*, esta garantía podría acarrear alguna inquietud respecto de su naturaleza, el legislador ha dado una respuesta eficaz mediante la creación de una ficción legal que sitúa al buque al mismo nivel que los bienes inmuebles, siendo indiscutible su carácter real y de inmueble a los efectos de ser objeto de hipoteca y de registro, con independencia de su naturaleza material.

No obstante lo anterior, en cuanto a la financiación, no podemos dar la espalda a la realidad, sobre todo en lo que concierne a los buques en construcción, ya que el crédito, salvo a través de determinadas fórmulas, ha venido —*y sigue viniendo*— del extranjero. En efecto, la mayoría de los buques que se están construyendo en los astilleros españoles son financiados por entidades extranjeras, y muchos de ellos serán exportados, ya que las empresas navieras provienen también del exterior, pero no así todos. Este fenómeno se debe a la falta de capacidad financiera de las empresas navieras españolas, que tímidamente se atreven a renovar la flota o ampliarla, dada la actual situación económica. Sin embargo, es de recibo poner de manifiesto que la industria de construcción naval española goza de gran prestigio y es considerada de excelente calidad con una política de precios que la hacen muy competitiva, de ahí que despierte celos en países competidores.

Los contratos de financiación con intervención de parte extranjera, entre partes extranjeras y/o formalizados en el extranjero, revestirán normalmente formas jurídicas ajenas a nuestra ortodoxia contractual. Pero, lejos de la forma y la retórica propia del contrato, el hecho cierto de la introducción de determinadas cláusulas que

podrían ser contrarias a nuestro ordenamiento jurídico implicaría privar al acreedor de la realización de su garantía a la hora de ejecutar la hipoteca constituida.

En este punto es donde los diferentes intervinientes en el proceso hipotecario deben tener un papel relevante, evitando la entrada de *elementos extraños* provenientes de ordenamientos jurídicos extranjeros —y en éstos, probablemente válidos—, los cuales además, podrían redundar en una falta de seguridad jurídica que ocasionaría un perjuicio a la reputación de un sistema que, como veremos, se ha ideado a partir de la preocupación por la protección de las distintas partes contractuales, fomentando la financiación para la adquisición de buques a través de un sistema de garantías reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y cuya efectividad debe ser protegida en calidad de incentivo económico.

II. EL BUQUE COMO OBJETO DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

Se viene reiterando la idea de buque como eje fundamental del sistema de garantías del crédito marítimo o *privilegios marítimos*, pues realmente sobre su capacidad de realización descansa la seguridad que aporta al crédito garantizado.

1. Naturaleza jurídica del buque.

La naturaleza mixta o «*sui generis*»¹ del buque se basa en el hecho de que, si bien se trata de una cosa compuesta mueble, es, al mismo tiempo, un bien susceptible de ser objeto de una hipoteca y, finalmente, también lo es de inscripción registral, participando, en consecuencia, de la naturaleza de bien inmueble para determinados efectos:

— **Cosa compuesta**, en cuanto a que está integrado por diversas partes, las cuales pueden ser individualizadas, si bien, conforman una unidad orgánica. Estas partes pueden ser constitutivas, pertenencias y accesorios²:

i) Las partes constitutivas serán aquellas que tengan autonomía material propia, pero no pueden separarse del buque sin que afecten a la existencia misma de éste y a su funcionalidad, como el casco, las máquinas, etc.; deberán ser conformes a la normativa internacional dispuesta en relación con la funcionalidad y seguridad del buque³ a un nivel que podríamos considerar de estructural;

¹ ARROYO MARTÍNEZ, I: «Curso de Derecho Marítimo», Curso de Derecho Marítimo, pp. 336, 337 y 338.

² ALONSO LEDESMA, C.: «El Estatuto Jurídico del Buque», IV Jomadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, San Sebastián, 1997, pp. 10-52.

³ *Vide*, entre otros, Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS —*Safety Of Life At Sea*-), 1974, y sus posteriores modificaciones. El citado

ii) Las pertenencias son aquellas partes que componen el buque, pero están íntimamente relacionadas con su utilización y con los requisitos legales necesarios para el aprovechamiento de éste, tales como, por ejemplo, los botes salvavidas, entre otras. Dicho en otras palabras, las pertenencias son las partes del buque que no llegan a formar parte de la estructura de éste, y por tanto, en nada condicionan su funcionamiento disfrutando, en consecuencia, de una virtualidad jurídica independiente del mismo; y

iii) Los accesorios, que vendrán a ser los elementos fungibles al servicio del buque; así, el combustible y los alimentos, entre otros muchos.

Esta clasificación y su mención, lejos de ser caprichosa, goza de una trascendencia jurídica otorgada por el propio Código de Comercio a través del artículo 576 en relación con la venta del buque⁴; el artículo 579 respecto a la venta forzosa; el artículo 586, en el que se regula el ejercicio del derecho de abandono para la delimitación de la responsabilidad, y el artículo 837, respecto a los límites en los supuestos de abordaje. Siguiendo con este razonamiento, y a nuestro juicio, cobra especial relevancia, a los efectos aquí analizados, el artículo 745 del Código de Comercio, al determinar en relación con el seguro cuya póliza se refiera al *buque genéricamente*, que por éste se entenderán las partes que lo integren y que se encuentren en el buque, a excepción del cargamento, aunque también pertenezca al naviero. Consecuentemente, se entenderán como integradoras del concepto de buque, en su acepción de bien asegurado, las partes de la nave correspondientes a la clasificación que acabamos de exponer.

Es digno de especial atención el artículo 7 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, en adelante *LHN*, que determina lo que sigue: «*Se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque, y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario, el aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen a la sazón en el dominio del dueño o dueños de la nave hipotecada; los fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo, o el último que hubiere rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario; las indemnizaciones que al buque correspondan por abordaje u otros accidentes que den lugar a aquéllas y por la del seguro caso de siniestro*».

Convenio contiene normas específicas sobre diseño, prescripciones contra incendios, elementos de salvamento, comunicaciones, sistemas de propulsión y gobierno, cargas, etc.; Código Internacional de Mercancías Peligrosas (Código IMDG-*International Maritime Dangerous Goods (Code)*—, versión en vigor recogida en la Disposición General 8877 del BOE núm. 191 de 2013, las Enmiendas de 2010 al Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas (CÓDIGO IMDG), adoptadas en Londres el 21 de mayo de 2010 mediante la Resolución MSC.294(87).

⁴ Si bien es cierto que, a los efectos descritos en el citado artículo, se excluyen determinados accesorios como los víveres y el combustible, el resto de artículos sí que hacen mención a los accesorios como partes integrantes del buque; baste, como ejemplo, el artículo 579. 1ª: «*Se tasarán, previo inventario, el casco del buque, su aparejo, máquinas, pertrechos y demás objetos, facilitándose el conocimiento de estas diligencias a los que deseen interesarse en la subasta*».

No resultaría del todo inapropiada la consideración de que nuestra *Norma Hipotecaria Naval*, extendiendo el concepto de buque más allá de las disposiciones previstas en el Código de Comercio, cuando el mismo se erige en garantía hipotecaria, amplía también las posibilidades económicas de realización del crédito con ella garantizado.

— **Cosa o bien mueble**, dada su naturaleza de objeto móvil y con capacidad de traslación⁵, sancionando este concepto inequívocamente el artículo 585 del Código de Comercio al establecer que en tanto no sea dicha naturaleza modificada o restringida por los preceptos en él contenidos, se reputará como bien mueble.

— **Cosa o bien inmueble**, siendo tal estatuto otorgado *ex lege*, por cuanto no deriva de su naturaleza material, salvando así la yuxtaposición *movilidad-hipoteca*. De esta manera, tendrá tal clasificación y no se entenderá como bien mueble cuando estemos ante supuestos de transmisión de un buque (artículo 573 del Código de Comercio), de venta judicial (artículo 579 del Código de Comercio), de constitución y modificación de los derechos de garantía derivados de créditos marítimos privilegiados (artículos 580 y 584 del Código de Comercio)^{6, 7, 8}. De igual modo,

⁵ Artículo 335 en relación con el artículo 334 del Código Civil.

⁶ Vide Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, Instrumento de Adhesión depositado el día 31 de mayo de 2002, BOE. número. 104, de fecha 2 de mayo de 2002, entrando el vigor el 11 de septiembre de 2011, transcurridos seis meses desde la fecha de la adhesión a este convenio por el décimo país (Albania).

⁷ Al objeto de desarrollar la normativa interna para facilitar la aplicación del CEPB 99, el 26 de agosto se dictó el Real Decreto-Ley 12/2011, que introduce una nueva disposición final vigésimo sexta en la LEC que, con efecto desde el 28 de marzo de 2012, establece: «*Disposición final vigésimo sexta. Embargo preventivo de buques. 1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques se regulará por lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, por lo dispuesto en esta disposición y, supletoriamente, por lo establecido en esta Ley*».

⁸ El artículo 1 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, define como créditos marítimos privilegiados que podrán ser objeto de la especial protección que el mismo otorga —*inmovilización o restricción a la salida de un buque impuesta por resolución de un tribunal en garantía de un crédito marítimo, pero no comprende la retención de un buque para la ejecución de una sentencia u otro instrumento ejecutorio*— respecto al embargo del buque los siguientes: Por «crédito marítimo» se entiende un crédito que tenga una o varias de las siguientes causas: a) Pérdidas o daños causados por la explotación del buque; b) Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque; c) Operaciones de asistencia o salvamento o todo contrato de salvamento, incluida, si corresponde, la compensación especial relativa a operaciones de asistencia o salvamento respecto de un buque que, por sí mismo o por su carga, amenace causar daño al medio ambiente; d) Daño o amenaza de daño causados por el buque al medio ambiente, el litoral o intereses conexos; medidas adoptadas para prevenir, minimizar o eliminar ese daño; indemnización por ese daño; los costos de las medidas razonables de restauración del medio ambiente efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; pérdidas en que hayan incurrido o puedan incurrir terceros en relación con ese daño, y el daño, costos o pérdidas de carácter similar a los indicados en este apartado d); e) Gastos y desembolsos relativos a la puesta a flote, la remoción, la recuperación, la destrucción o la eliminación de la peligrosidad que presente un buque hundido, naufragado, embarrancado o abandonado,

dota de tal naturaleza al buque la LHN ya en su artículo 1: «*Pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes con arreglo a las disposiciones de esta Ley. Para este solo efecto se considerarán tales buques como bienes inmuebles, entendiéndose modificado en este sentido el artículo 585 del vigente Código de Comercio*».

2. El concepto buque como elemento real de la Hipoteca Naval.

Es pacífico el hecho de que el objeto de la Hipoteca Naval es, como su propio nombre indica, el buque o nave —del latín *navis* y del griego *naús*—, convirtiéndose a la nave en elemento «real» de este derecho de garantía⁹.

No obstante, el anterior consenso quiebra a la hora de delimitar el concepto de buque en cuanto a garantía real susceptible de ser hipotecada. Los conflictos originados con ocasión de este concepto obedecen a dos razones fundamentalmente: la primera, radica en la timidez del legislador español a la hora de fijar una definición uniforme y válida como acepción universal de buque¹⁰, y la segunda se

incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de un buque, y los costos y desembolsos relacionados con la conservación de un buque abandonado y el mantenimiento de su tripulación; f) Todo contrato relativo a la utilización o al arrendamiento del buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo; g) **Todo contrato relativo al transporte de mercancías o de pasajeros en el buque formalizado en póliza de fletamento o de otro modo**; h) Las pérdidas o los daños causados a las mercancías (incluidos los equipajes) transportadas a bordo del buque; i) La avería gruesa; j) El remolque; k) El practica; l) Las mercancías, materiales, provisiones, combustibles, equipo (incluidos los contenedores) suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento; m) **La construcción, reconstrucción, reparación, transformación o equipamiento del buque**; n) Los derechos y gravámenes de puertos, canales, muelles, radas y otras vías navegables; o) Los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre; p) Los desembolsos hechos por cuenta del buque o de sus propietarios; q) Las primas de seguro (incluidas las cotizaciones de seguro mutuo), pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque; r) **Las comisiones, corretajes u honorarios de agencias pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, o por su cuenta, en relación con el buque**; s) Toda controversia relativa a la propiedad o a la posesión del buque; t) Toda controversia entre los copropietarios del buque acerca de su utilización o del producto de su explotación; u) **Una hipoteca, «mortgage» o gravamen de la misma naturaleza sobre el buque**; v) Toda controversia resultante de un contrato de compraventa del buque.

⁹ Habrase de tener en consideración que, si bien tradicionalmente la garantía hipotecaria ha tenido como objeto los bienes raíces, el alto valor económico de determinados bienes muebles ha requerido que su tratamiento jurídico-registral se equipare a aquéllos: «1.º Los establecimientos mercantiles. 2.º Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular. 3.º Las aeronaves. 4.º La maquinaria industrial. 5.º La propiedad intelectual y la industrial», artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión».

¹⁰ En el derecho comparado tampoco son abundantes los precedentes de que el derecho positivo defina la noción de buque, restringiéndose en la mayoría de los casos a describir el mismo en relación con sus funciones. La US Merchant Marine Act, de 1920, define al buque como «toda construcción

deriva del hecho de que el legislador no sólo no determina los límites de lo que ha de entenderse como buque en nuestro *sistema interno*, sino que, además, las definiciones que del mismo hace en las normas en que se regula como tal, definen en términos diferentes el concepto de buque en función de cada una de ellas.

Esta indeterminación legislativa se plasma de manera irrefutable en el artículo 585 del Código de Comercio, referido anteriormente, en relación con el recientemente citado artículo 1 LHN —*que determina que sólo podrán ser objeto de Hipoteca Naval los buques mercantes*—, y en contraposición, el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, en adelante RRM, dispone que «*se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial*»¹¹.

Hemos de advertir que el artículo 146 RRM ha sido objeto de innumerables críticas en el sentido de que la idea de buque debe responder a un concepto técnico— marítimo y no legal, en cuanto a que ostenta una realidad material propia e identificable¹². No sin cierta razón, esta reprobación por cierto sector doctrinal se basa en el olvido que el referido artículo hace respecto a las características físicas que debe reunir un buque para que pueda ser considerado como tal, inclinándose hacia el concepto histórico de nave o navío, en nuestra opinión. En cambio, otro sector doctrinal, con peso específico, ha propugnado lo que podríamos calificar

acuática cualquiera que sea su descripción ya se encuentre en astillero o botada, que se utiliza o es susceptible de ser utilizada como medio de transporte por agua». Asimismo, la Ley francesa reguladora de esta materia, *Loi n. 67-5, du 3 janvier 1967, Portant Statut des Navires et Autres Bâtiments de mer*, tampoco ofrece definición alguna, estableciendo reglas de conducta y funcionales respecto al buque. Sin embargo, llama poderosamente la atención el título de la norma aludida cuya traducción al castellano es «de régimen jurídico de los buques y otras embarcaciones marítimas», pudiendo estar más en consonancia con el concepto contenido en el artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil. En contraposición con los dos Ordenamientos anteriores, podría decirse que el más definitorio es el Ordenamiento italiano, ya que en el *Codice della Navigazione*, en su artículo 136 define al buque como «toda construcción destinada al transporte por agua aun cuando sea con fines de remolque, pesca, deportivos u otros» —*Per nave s'intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto, o ad altro scopo*.

¹¹ Reglamento del Registro Mercantil (RRM) de 14 de diciembre de 1956 (BOE número 66, de 7-3-1957). Los artículos 145 a 190 y concordantes han sido declarados transitoriamente en vigor por la Disposición transitoria decimotercera del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, vigente hasta que no se publique el Reglamento de Registro de Bienes Muebles a que se refiere la Disposición final segunda de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación mercantil a las directivas comunitarias. Para un estudio de los antecedentes, vide RIOS MOSQUERA, A: «Los Buques ante el Registro Mercantil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo XIV (año XVII), enero de 1941, núm. 152, 1941, pp. 1 y ss.

¹² VICENTE Y GELLA, Agustín, «Curso de Derecho Mercantil Comparado», tomo II, pág. 195, Ed. La Académica, Zaragoza, 1948.

de teoría reduccionista del concepto de buque en lo que al artículo 146 RRM concierne, limitando a uno los elementos necesarios para que en referencia a dicho artículo podamos entender la existencia de un buque: la flotabilidad. En efecto, el profesor Arroyo Martínez contempla la flotabilidad como única exigencia: «*la finalidad mercantil no debe ser un criterio delimitador de la noción de buque*»; «*el requisito de la flotabilidad es el único elemento que contempla el Reglamento*»; «*ni la finalidad lucrativa ni el tipo de navegación son criterios excluyentes*»¹³.

En consonancia con esta última corriente, la jurisprudencia más reciente ha venido admitiendo como noción de buque la contenida en el RRM¹⁴, en oposición a la más tradicional que venía diferenciando entre los buques y los artefactos navales, adscribiendo a los servicios de puerto los artefactos y clasificando los buques en proporción a su velocidad y máquinas propulsoras. Simultáneamente, concede el carácter de artefactos navales a dragas, gánguiles, aljibes, pontones y chalanas, sin que pudiera aplicarse a éstos la pretensión no discriminatoria del RRM, dada la índole distinta de buques y artefactos¹⁵.

Sin embargo, este conflicto conceptual, a nuestro juicio, debe ser superado por cuestiones pragmáticas, sin perder de vista la vocación dinamizadora del

¹³ ARROYO MARTÍNEZ, I: Opus cit. Nota número 1, pp. 336, 337 y 338, J. M. Bosch Editor y Alferal, S. L., Barcelona, 2001. En el mismo sentido, v. ALONSO ESPINOSA, F.J: «Marina Mercante, Buque y Naviero en la Ley 27/1992», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 225, 1997, pág. 1251.

¹⁴ Entre otras, STS Nº 1235/ 2000, de 29 de diciembre de 2000: «*Sabido es que el Código de Comercio no contiene una definición del buque, al que sí se refiere el art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, transitoriamente vigente a tenor de la Disposición Transitoria 6.ª del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, según el cual se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial*»; este concepto tiene un carácter restrictivo acorde con el concepto tradicional, mantenido por el Código de Comercio, del tráfico marítimo, reducido al transporte de mercancías o personas con finalidad lucrativa; frente a ello, la doctrina moderna tiene un concepto más amplio del Derecho marítimo que se extiende a otras actividades, incluso con finalidad no lucrativa, como son la pesca, turismo, estudios oceanográficos, ecología, etc., a las que se entiende son aplicables las normas reguladoras de la navegación marítima. Esta concepción amplia tiene su reflejo en el concepto de buque, en el que se incluyen los aparatos que reúnan los requisitos de flotabilidad y navegabilidad y que pueda ser utilizado como medio de transporte por mar, excluyéndose de este requisito la necesidad de que sea destinado al tráfico marítimo con finalidad lucrativa, concepto amplio del buque que se manifiesta en alguna legislación extranjera, como el «Código de Navegación» italiano, cuyo artículo 136 define el buque como «*cualquier construcción destinada al transporte por agua incluso con finalidad de remolque, de pesca, de deporte y otra cualquiera*».

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1963, en la que nuestro más Alto Tribunal termina fundamentando en la ley penal y disciplinaria de la marina mercante la diferenciación basada en «*la especial cualidad y misión navegante*» del buque.

negocio que ha de estar presente en cualquier discusión jurídico-mercantil, ni tampoco determinados límites que vendrán de la mano de la seguridad jurídica y que otorgarán, a su vez, seguridad en el tráfico mercantil.

En consecuencia, subsumiendo las diferentes interpretaciones de buque como bien inmueble en la dicotomía vocación mercantil-lucrativa¹⁶ y flotabilidad¹⁷, deberemos decantarnos por la más funcional de ambas, es decir, la segunda. Acogiendo de esta manera la definición contenida en el artículo 146 RRM. Esta conclusión responde lógicamente a necesidades prácticas y de adaptación a la realidad del sector y material, como venimos sosteniendo. En palabras del profesor GARCÍA-PITA LASTRES «no importa que se superen los límites razonables de la noción técnica de buque, porque lo importante no son los aspectos técnicos con trascendencia jurídica, sino aspectos de puro derecho patrimonial crediticio y real»¹⁸.

La anterior proposición quedaría refrendada, a nuestro entender, por dos deducciones: la primera, si la consideración de buque como bien inmueble se produce *ex lege*, el contenido de este concepto deberá ser otorgado lógicamente por las normas que regulan esa condición más allá de las técnicas; la segunda se basa en una interpretación integradora de la regulación contenida en la LHN¹⁹, en concreto en los artículos 5, 14, 15, 16, 20 y 47, en los que se regula la hipoteca cuando el buque se encuentra en fase de construcción, debiendo de ser previamente matriculado²⁰ y registrado en el Registro de Bienes Muebles de la Provincia donde esté matriculado (artículos 14 y 16 LHN). Podemos concluir que el buque en sus distintas fases de construcción no puede ser tratado como buque mercante —tampoco buque— (artículo 1 LHN) en un sentido riguroso, mas si puede ser objeto de hipoteca naval²¹, por lo que sí es posible registrar e hipotecar un buque por partes o fases de construcción, pudiéndose considerar como un

¹⁶ GARRIGUES CAÑABATE, J. «Curso de derecho Mercantil», 8.ª ed., rev. con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, F., tomo II, páginas 550 y ss., Ed. Imprenta Aguirre, 1983, Madrid. El autor sostiene que esta reflexión obedece a la voluntad del legislador del Código de Comercio de 1885.

¹⁷ Vide notas números 13 y 14.

¹⁸ GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L. «El buque como objeto de garantía (Consideraciones sobre la Hipoteca Naval)». Ed. Edersa, Madrid 2000, pp. 122 y ss.

¹⁹ En relación con los artículos 1 LHN y 146 RRM.

²⁰ El registro buques en el sistema interno español se nos presenta como un sistema de doble registro de buques y abanderamiento. De esta manera, antes de proceder a la inscripción y registro del buque en la Sección 1.ª del Registro de Bienes Muebles, el buque deberá ser inscrito en el Registro de Matricula de Buques (con sede en las distintas Capitanías Marítimas de los Puer tos con competencia a tales efectos). Este registro es de naturaleza administrativa de abanderamiento y en nuestro país cuenta con un registro ordinario y otro especial situado en las Islas Canarias (el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias o REBECA, regulado en la disposición adicional decimosesta de la LPEMM). Se ha venido teorizando por la doctrina especializada en relación con el «proceso de personalización» que experimenta el buque al dotarlo, entre otros estatutos, con el de una nacionalidad determinada.

²¹ Vide referencia núm. 17.

artefacto, cuanto menos determinadas embarcaciones, como las de recreo o las dragas, por ejemplo, las cuales gozan de una realidad material frente a la virtual del buque en construcción y cuya falta de finalización o matrícula definitiva²² podría frustrar la función de garantía real del buque.

En conclusión, debemos aceptar la consideración de buque como garantía real objeto de la hipoteca naval en su sentido más amplio, si queremos conseguir dotar de seguridad jurídica a la realidad del tráfico mercantil de este negocio, ampliando de esta manera el ámbito de aplicación de las normas especializadas en el mismo, posibilitando y adaptando la regulación ya existente a las nuevas figuras constructivas navales.

II. LA FINANCIACIÓN DE LA COMPRAVENTA DE UN BUQUE Y SUS GARANTÍAS

Debemos de partir de la necesidad del crédito como medio indispensable para la adquisición de bienes, sin que escape de esta realidad el sector naval, más aún cuando se trata de un sector que podríamos calificar de costoso en cuanto a los medios que necesita, a cambio de unos márgenes de rentabilidad no muy altos y normalmente a largo plazo. A la luz de lo anterior, cuanto mayor es el coste de la inversión, mayor habrá de ser la financiación de ésta y, en el caso de las empresas navieras, va adquirir dimensiones ostensiblemente altas en términos cuantitativos.

Las necesidades de financiación de las empresas navieras²³ se remontan al comienzo mismo de la navegación dada la envergadura y el coste tanto del buque en sí mismo, como el derivado de su avituallamiento, tripulación, etc.²⁴ Todos ellos desembolsos necesarios antes de comenzar la rentabilización de la inversión realizada a través de la explotación del buque, en cualquiera de sus formas²⁵.

La incertidumbre del financiador es lógica ante esta realidad y la movilidad del que normalmente constituye el único patrimonio del deudor, y es por esta

²² El artículo 16 LHN prevé que «La inscripción de la propiedad de una nave en construcción tendrá carácter de provisional hasta que, terminada ésta, pueda ser matriculada en el Registro de la Comandancia de Marina. Cumplido este requisito, se convertirá en definitiva dicha inscripción, en la forma que determinarán los reglamentos».

²³ Por empresas navieras se entenderán, a los efectos del presente artículo, su acepción de armadoras propietarias del buque.

²⁴ GONZÁLEZ LEBRERO, R.A. «Curso de derecho de la navegación» Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, página 133.

²⁵ Hacemos referencia a los contratos de explotación de buque, los cuales podemos listar a grandes rasgos, en los siguientes y, entre otros, contrato de arrendamiento, de fletamento por viaje (*voyage charter*), de fletamento por tiempo (*time charter*), de fletamento por viajes consecutivos, por viaje redondo (*round o trip charter*), contrato de tonelaje (*tonnage charter*), fletamento en nidos (*slot charter*) de transporte en régimen de conocimiento, el contrato de pasaje, de crucero marítimo y de remolque.

razón que la garantía exigida por el acreedor en las relaciones jurídico-privadas ha sido el eje fundamental del sistema de financiación naval coexistiendo ambos conceptos, financiación y garantía, hasta el punto de ser inseparables en su tratamiento; tanto, como la idea y la realidad de que el buque es la garantía por excelencia para asegurar el pago de su precio de adquisición²⁶ o de reparación, el pago de los servicios a él prestados para su funcionalidad y aprovechamiento e incluso el pago de las indemnizaciones derivadas de los daños ocasionados con ocasión de la navegación —*maritime torts*—²⁷.

El legislador, a través de la ficción creada y a la que hacíamos referencia, ha dado forma y relevancia jurídica a una necesidad real del tráfico mercantil en este sector, siendo, por consiguiente, una configuración eficaz la del buque como objeto de garantía.

1. Evolución de los medios de financiación

La financiación o «*Crédito marítimo*»²⁸ ha adquirido formas jurídicas de diversa naturaleza a lo largo de su historia:

— Fórmulas asociativas²⁹, que responden a la necesidad de dividir los riesgos de la empresa naval entre diferentes personas —*personers*—³⁰. Surge de este modo, el llamado condominio naval, el cual consiste básicamente en que los *personers* asumen simultánea e indistintamente diferentes roles de la aventura marítima, participando del papel de naviero con el de capitán o tripulación. Esta figura ha pasado hasta nuestros días (artículo 589 del Código de Comercio), discutiéndose su naturaleza civil o mercantil³¹, siendo pacificadora, a este respecto, la Jurisprudencia que se decanta por la naturaleza civil de esta forma, en tanto que participa de los elementos de la comunidad de bienes³².

— Fórmulas de préstamo: i) el préstamo a la gruesa —*bottomry loan*— se trata de un préstamo concedido al naviero y condicionado al éxito del viaje y/o la llegada de la carga a destino pactado, se vinculan el buque y la carga como garan-

²⁶ RODIÈRE R. «Traité Général de Droit Maritime — Le Navire » Edit. Dalloz, París, 1978 pp. 133 y ss. y DU PONTAVICE, E. «Le statut des navires: lois des 3 janvier 1967 et 29 avril 1975», 5.ª Ed. Librairies Techniques, París, 1976, pp. 137 y ss.

²⁷ MARAIST, Frank L. and Thomas.C. GALLIGAN, «Admiralty in a Nutshell». 5.ª Ed. Thomson West Group, St. Paul, 2005.

²⁸ GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L. *Opus cit.* Nota núm. 18, pp. 19 y ss.

²⁹ JORDANO BAREAM, J.B. «Comunidad y sociedad entre los propietarios de buques». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 10, número 2, 1957, págs. 447-470.

³⁰ Libro del Consulado del Mar, Valencia, 1539.

³¹ ARROYO MARTÍNEZ, I.: «Curso de Derecho Marítimo», 2.ª Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2005, pp. 394 y ss.

³² Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1955 y de 22 de febrero de 1958.

tía. A pesar de su prolija regulación en el Código de Comercio (Sección 2.^a, «Del contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo», del Título III, «De los contratos especiales de comercio», artículos 719 a 736), ha caído en desuso y ofrece determinadas analogías con el contrato de seguro marítimo³³; ii) crédito concedido por el Capitán al naviero y que consiste en el adelanto de cantidades por parte de éste para hacer frente a los gastos corrientes y/o extraordinarios de la travesía, que deberán ser reembolsados por el naviero, pudiendo el capitán librar efectos sobre aquél (artículo 611.3.º del Código de Comercio); iii) el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el cual será objeto de análisis más adelante.

— Fórmulas modernas: los nuevos sistemas de financiación están determinados en función de la persona del acreedor; en la actualidad, el acreedor más recurrente es la banca comercial, entidades de crédito, mercado de capitales, las entidades de *leasing*, emisión de deuda, inversores, etc. Se caracterizan en su mayoría por tratarse de relaciones *intuitu personae* e *intuitu rei* ya que las fuentes de financiación van a otorgar ésta en función de la capacidad individual del solicitante respecto a la devolución del crédito en los términos acordados, mediante la explotación de un buque determinado, unos recursos humanos identificados y un mercado específico.

Con base en estos puntos de partida, es lógico que las empresas navieras también gocen de una libertad relativa a la hora de buscar financiación, no ya por cuestiones meramente monetarias, sino por las relacionadas con el país de registro o bandera del buque, lugar de establecimiento de la compañía naviera, sociedad de clasificación, seguro, etc., las cuales vendrán impuestas por la fórmula de financiación y entidad de la que eventualmente ésta se pretenda.

Estas nuevas formas a las que venimos haciendo referencia revestirán nombres diversos en función de la fuente de financiación y sistema obligacional:

i) el llamado *Project finance* o financiación de proyecto: técnica o mecanismo de financiación de inversiones cuyo fundamento es la capacidad del proyecto para generar flujos de caja positivos en vez de la solidez y solvencia de los patrocinadores, que son quienes proponen la idea de negocio que constituye el proyecto que hay que financiar. De esta manera, la financiación del proyecto no depende tanto del valor de los activos que los patrocinadores están dispuestos a poner como garantía del proyecto, como de la capacidad del proyecto para pagar de la deuda contraída y remunerar el capital invertido³⁴; de aquí la radical importancia del estudio e imposiciones de los inversores a la hora de satisfacer la demanda de crédito a la que ya hacíamos referencia;

³³ LASSO GAITE, J.F. «Crónica de la codificación española: Codificación mercantil», vol. 6, Ed. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1999, Madrid, pp. 392 y ss.

³⁴ VV. AA.: «Project finance = financiación de proyectos internacionales», ICEX, 2002.

ii) el *leasing* o arrendamiento financiero³⁵: se trata de un negocio jurídico mediante el cual el arrendador concede el uso y goce de determinados bienes, muebles o inmuebles, por un plazo de cumplimiento forzoso, al arrendatario, obligándose este último a pagar un canon de arrendamiento, más la carga financiera, y los gastos adicionales que contemple el contrato. Al final del plazo estipulado, el arrendatario tendrá la opción de comprar el bien a un precio predefinido, devolverlo o prorrogar el plazo del contrato por períodos ulteriores³⁶;

iii) por último, y en relación con los buques en construcción y adquisición, no podíamos pasar por alto el llamado *Tax Lease*, o sistema de amortización fiscal acelerada³⁷, el cual estriba en un incentivo fiscal que posibilita la amortización acelerada de la adquisición de buques³⁸, de forma que la amortización anual fiscalmente deducible admitida puede llegar incluso hasta un límite máximo del 35 por 100 del valor del precio de adquisición del buque nuevo o del valor de la mejora a pagar por el armador. Su estructura se soporta en una operación triangular, a través de la cual se consigue reducir ampliamente los impuestos debidos a pagar por las empresas que conforman este tipo de operaciones de arrendamiento financiero; dicho de otro modo, se trata de un complejo de operaciones cuyo objetivo es generalmente la adquisición de un buque para obtener un ahorro en el precio final de compra, a través de sujetos intermedios financiadores, cuyo beneficio consiste en un ahorro fiscal. En la actualidad —*tras haberse declarado ilegal por la Comisión Europea*³⁹—, este sistema continúa en vigor⁴⁰, aunque ha observado algunas modificaciones, debido a las cuales el llamado *nuevo tax lease* supone un ahorro final de hasta un 20 por 100, equiparándose al ahorro que podríamos obtener en países como Francia y Holanda.

³⁵ De amplia repercusión en las Sociedades Comanditarias nórdicas y germanas, «Kommandittselskap».

³⁶ SANCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Instituciones de Derecho Mercantil», 36 ed., Aranzadi, 2013, Pamplona.

³⁷ Disposición Adicional 15 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y modificada por Ley 55/99).

³⁸ En concreto, adquisición o construcción de buques utilizados en el transporte de mercancías y pasajeros, así como en asistencia marítima, como son remolque o salvamento, o transporte ligado a otros servicios prestados en el mar, conforme a la normativa citada en la nota anterior.

³⁹ Decisión de la Comisión Europea IP/13/706 17/07/2013 (Ayuda de Estado núm. SA. 21233 (2011/C), considera que el régimen español de arrendamiento fiscal para la adquisición de buques ha otorgado una ventaja competitiva a las empresas miembros de las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) creadas con la finalidad de financiar la construcción y adquisición de los buques. Pese a ello, la Comisión habría considerado compatible la parte del régimen que se corresponde con las eventuales ventajas recibidas por navieras hasta la intensidad máxima prevista en las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo.

⁴⁰ Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

En conclusión, las diferentes formas de aportación de capitales han evolucionado en la medida que lo han hecho los sistemas de financiación en general y las necesidades propias del sector y su modernización, aunque con la peculiaridad del mantenimiento y relevancia del sistema de garantías propio del derecho marítimo, que parece haber sido una constante a lo largo de este tiempo, pues todas giran en torno a la figura del buque —y/o su explotación—⁴¹.

2. El contrato de préstamo y la Hipoteca Naval. Especial atención al elemento extranjero

No podemos dejar a un lado que el marítimo es un Derecho en el que las injerencias de ordenamientos extranjeros protagonizan de manera muy significativa su regulación y *realidad negocial*, y cuyas incorporaciones a nuestro sistema podrían degenerar, en algunas ocasiones, en fuente de conflicto, influyendo negativamente en la seguridad del tráfico mercantil, por una hipotética imposibilidad de realización de un crédito garantizado. Esta afirmación debe ser motivo de atención, sobre todo si tenemos en cuenta que actualmente la adquisición —*también entendemos la construcción*— de buques está siendo financiada por entidades extranjeras.

El contrato de hipoteca naval podría definirse como «contrato por el que se afecta un buque registrado a la garantía real de una obligación dineraria, de forma que el acreedor disponga de un derecho de embargo y realización, oponible *erga omnes* y pueda concurrir en situación preferente sobre el precio obtenido en la realización del buque»⁴².

La hipoteca naval ha sido el medio de financiación histórico para la adquisición de un buque, siendo el préstamo el contrato más común a tal fin. Por lo que respecta a la dimensión contractual de la Hipoteca Naval, en tanto que relación jurídico-personal y sus elementos, los personales no varían sustancialmente de los previstos para el régimen hipotecario común⁴³.

En lo atinente a sus elementos reales, en relación con el objeto del citado contrato, recordemos que aquél genera una relación de garantía destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación determinada y principal cuya garantía

⁴¹ Al contrario de lo que ocurre en el sistema de Derecho común, donde el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros frente al acreedor, conforme al artículo 1911 del Código Civil, la llamada *responsabilidad patrimonial universal* del deudor. En este sentido, el deudor marítimo tiene una limitación de responsabilidad mayor que la arbitrada por el Derecho común.

⁴² VIGIER DE TORRES, A: «Curso de Derecho Marítimo», Editorial: Subsecretaría de la Marina Mercante, Madrid, 1972.

⁴³ Artículo 1857 y concordantes del Código Civil, sin olvidar el carácter primordial de los artículos 50 y ss. del Código de Comercio.

real viene a caer sobre un bien determinado: el buque. Por ello, habremos de distinguir entre el elemento objetivo⁴⁴, que no es otro que la obligación garantizada, y el elemento real: el buque, el cual ha sido objeto de análisis en el Expositivo II del presente trabajo.

Por último, concerniente a la exigencia de elementos formales, la validez del contrato está sujeta al requisito de forma escrita —escritura pública, póliza intervenida y documento privado—, conforme al artículo 3 LHN⁴⁵. En cuanto a su eficacia como derecho real, está supeditada a su inscripción en el Registro de Bienes Muebles donde esté matriculado el buque conforme al artículo 14 LHN⁴⁶. Dichas exigencias no suponen una singularidad de nuestra regulación interna, siempre presidida por su condición formalista, sino que están presentes el Derecho comparado de igual forma, exigiéndose como mínimo la forma escrita y su intervención por fedatario público para la validez del contrato de Hipoteca Naval⁴⁷, así como su inscripción en el registro correspondiente para su eficacia.

⁴⁴ A este respecto, podríamos afirmar sin temor a discusión que la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, al no establecer un sistema de *numerus clausus* de obligaciones garantizables a través de Hipoteca Naval, ni tampoco limitar su naturaleza, no quiere dotar de contenido al elemento objetivo del contrato de Hipoteca Naval, dejándolo tan amplio como el propio tráfico y la autonomía que las partes determinen.

⁴⁵ Asimismo, el artículo 6 de la Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, establece un contenido mínimo que deberá consignarse en el contrato: «*En todo contrato en que se constituye hipoteca naval se hará constar: 1.º Los nombres, apellidos, estado civil, profesión y domicilio del acreedor y del deudor. 2.º El importe, en cantidad liquidada y determinada, del crédito garantizado con hipoteca y de las sumas a que en su caso se haga extensivo el gravamen por costas y por los intereses devengados que excedan de dos años y la anualidad corriente. 3.º— Fecha del vencimiento del capital y del pago de los intereses, y todas las demás estipulaciones que establezcan los contratantes sobre intereses, seguros, exclusión de la hipoteca de diversos accesorios del buque, etc. 4.º Expresión de si el crédito hipotecario se constituye a la orden o simplemente a nombre de persona determinada. 5.º Nombre, señas distintivas del buque, su descripción completa, número y fecha de su inscripción para navegar y su matrícula. Si el buque hipotecado estuviese en construcción, las condiciones que para su inscripción establece el artículo 16. 6.º El valor o aprecio que se hace de la nave al tiempo de hipotecarse, si es conforme a lo que ordena el artículo 16, el acreedor y el deudor establecen en el contrato que este aprecio se tome como tipo para la subasta. 7.º Cantidad de que responde cada nave, en el caso de que se hipotequen dos o más en garantía de un solo crédito*».

⁴⁶ «Para que surta la hipoteca naval los efectos que esta ley le atribuye, ha de estar inscrita en el Registro Mercantil de la provincia en que esté matriculado el buque objeto de ella, o en el correspondiente al lugar de la construcción, cuando se trate de buques no matriculados. También ha de constar anotada por el Registrador en la certificación del Registro que acredite la propiedad del buque, y que el Capitán de él ha de tener a bordo, con arreglo a los dispuesto en el art. 612 del Código de Comercio, siendo motivo suficiente para denegar la inscripción la falta de presentación de este documento. Solamente en el caso de manifestar el dueño del buque hallarse éste en viaje, podrá omitirse la anotación indicada, que deberá hacerse inmediatamente que la nave regrese del viaje para que estaba destinada. En la inscripción que en el Registro mercantil se verifique de la hipoteca, se hará constar expresamente si la anotación a que se refiere el párrafo anterior de este artículo se hizo o si, por el contrario, se omitió y por qué causa».

⁴⁷ El artículo 501 de la Ley Número 20094/1973 —Ley de Navegación— argentina—, de 15 de enero de 1973, *Boletín Oficial*, 2 de marzo de 1973, establece: «*Formalidades: La hipoteca sobre*

Con independencia de la mayor o menor vinculación y el grado de conexión entre el crédito concedido y la garantía exigida, la hipoteca naval como contrato queda incorporada al contrato de préstamo, siendo una de las estipulaciones que regirán las relaciones entre las partes del mismo, mientras que, como derecho real, es accesorio de la obligación principal consistente en la restitución del principal, y los intereses.

Nos gustaría atraer la atención en el hecho de que, con independencia de la subordinación incontestable de la validez del contrato de hipoteca naval al contrato principal de préstamo, es muy frecuente en la práctica que ambas relaciones jurídicas se documenten en un único contrato, de manera tal que la hipoteca se ofrece como un pacto dentro de las condiciones generales y particulares del contrato de préstamo al cual garantizan.

A este respecto, nótese que el sector y mercado marítimo, como se apuntaba, están profundamente marcados por la internacionalidad de sus transacciones y, en consecuencia, también lo está su principal fuente de obligaciones, esto es, los contratos en los que se sustenta el tráfico mercantil marítimo, no siendo ajeno a dicha realidad el contrato de *préstamo hipotecario naval*.

En el sentido anteriormente apuntado, puede darse la circunstancia de que el contrato de préstamo esté suscrito por una parte nacional y otra extranjera, dos partes extranjeras, extranjeras entre sí, y que el contrato esté perfeccionado en el extranjero alternativamente, o incluso a su vez, sometido a un ordenamiento extraño a las partes contractuales, pero al estar el buque matriculado en registro español, la hipoteca deberá ser inscrita en España, quedando sometida a la regulación prevista en nuestro ordenamiento.

Es en estos casos donde los diferentes intervinientes en el proceso de constitución e inscripción de la hipoteca deberán poner especial atención —nos referimos a un nivel de vigilancia mayor, si cabe, que en las transacciones entre nacionales— en la introducción de cláusulas en el contrato principal, que si bien podrían ser válidas en los ordenamientos jurídicos de procedencia, no así en el

un buque debe hacerse por escritura pública o por documento privado autenticado con los requisitos previstos en el artículo 503, y sólo tendrá efectos con respecto a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de Buques. Debe además tomarse nota de ella en el certificado de matrícula del buque así como en el título de propiedad». En un mismo sentido, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos —mejicana—, Nueva Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2006, en su artículo 79: «El documento en el que conste la propiedad de una embarcación, los cambios de propiedad o cualquier gravamen real sobre ésta, deberá constar en instrumento otorgado ante notario o corredor público, contener los elementos de individualización de la embarcación y estar inscrito en el Registro Público Marítimo Nacional. Si el documento se otorga en el extranjero, deberá ser legalizado ante el cónsul mexicano respectivo, salvo cuando tal requisito no sea necesario por haber sido apostillado de conformidad con el Tratado Internacional en la materia».

nuestro interno, pudiendo frustrar la finalidad última del contrato de garantía que se pretende. Nos encontraríamos, por eso, ante una extralimitación de la autonomía de la voluntad de los contratantes que reconoce nuestro Derecho común⁴⁸.

Lo anterior acarrearía eventualmente, por un lado, un impedimento desde el punto de vista de la eficacia del contrato, en la medida en que determinadas cláusulas no quedarían incorporadas en la inscripción de la hipoteca naval que garantiza el crédito, quedando fuera de ésta. A título ilustrativo y especial, entre otras, no tendrán acceso al Registro de Bienes Muebles los pactos de naturaleza personal, como las prohibiciones de enajenar o gravar el bien hipotecado, esto es, el buque para cuya adquisición se otorga el préstamo⁴⁹. Especialmente llamativo es este impedimento, pues de la práctica podemos extraer que ésta es una de las cláusulas incorporadas generalmente en los llamados *loan agreement* —contratos de préstamo—, cuya utilización está muy extendida en los países anglosajones. No olvidemos que hacíamos mención de la especial relevancia que tiene la persona del deudor y la garantía a la hora de formar el consentimiento en el acreedor o prestamista.

Por otro lado, la redacción de los contratos en el extranjero —o *redactados en nuestro país, pero observando formas contractuales extranjeras*— y su ortodoxia trae consigo consecuencias que plantearían, llegado el momento, la consideración de determinadas cláusulas como no incorporadas al contrato de préstamo⁵⁰ —en todo caso, sería viable su invocación en el procedimiento correspondiente, lo que conllevaría la dilación respecto del cobro junto con la inquietud del acreedor por un hipotético resultado contrario a sus intereses—.

Especialmente alarmante es el sistema de cálculo de intereses del principal articulado en este tipo de contratos tan utilizados y que, más allá de ser considerado oscuro e incomprensible, pudiera llegar a ser *usurero*⁵¹, entrando de esta manera en la esfera del Orden Público⁵², el cual es susceptible de ser invocado no sólo en un procedimiento declarativo en nuestro país⁵³ con ocasión del incumplimiento del contrato principal, sino que también podría ser motivo de oposición en

⁴⁸ Artículo 1255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

Vide GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L., «La autonomía de la voluntad en la contratación mercantil» (*La LEY*, 13 de octubre de 2011, pp. 3 y ss.

⁴⁹ DGRN, Resolución, 22-2-2001, BOE 80/2001, de 3 abril de 2001: Se admite la venta de un buque con la excepciones previstas en la normas de aplicación.

⁵⁰ Artículo 7 y ss. de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁵¹ Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1933, entre otras.

⁵³ Afirma Francisco Javier JIMÉNEZ en su obra «La usura. Evolución histórica y patología de los intereses», Ed. Dykinson, Madrid, 2010, páginas 108 y ss., que el contrato de préstamo viciado por la usura no debe considerarse como inexistente sino como nulo por imperativo de esta Ley.

el proceso de homologación correspondiente⁵⁴ de una sentencia o resolución declarativa recaída en un ordenamiento jurídico extranjero y cuya ejecución deba ser realizada en España, con motivo del contrato de préstamo garantizado con hipoteca naval.

Sin duda, este planteamiento, aunque sea en un plano hipotético, podría afectar a la seguridad jurídica aportada por la hipoteca al crédito garantizado, pero habrá de estarse al caso concreto para determinar el alcance de estas cláusulas y su redacción, siendo cada vez más necesario el protagonismo de los distintos intervinientes en el proceso de constitución de la hipoteca naval⁵⁵. Lo anterior, sin olvidar que la ilicitud de determinadas cláusulas vendrá determinada necesariamente por la jurisprudencia, al devenir ésta de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, como el Orden Público. Por otro lado, entendemos que este tipo de cláusulas o pactos deben ser interpretados teniendo en cuenta la realidad mercantil del mercado en que se producen⁵⁶, para que no se originen situaciones de bloqueo económico en sectores tan especializados como el marítimo.

IV. CONCLUSIONES

El antiguo axioma de «la adquisición del buque se financia con la hipoteca naval» se vertebró en la realidad del *negocio marítimo* y sus particularidades, las cuales se derivan de las características propias de este sector altamente especializado, sujeto no sólo a los ciclos económicos globales, sino también a las contingencias de su propio mercado, así como a los riesgos operacionales inherentes a la navegación como actividad. Sin embargo, la principal singularidad de este *negocio* deviene de la naturaleza del objeto sobre el que ha pivotado tradicionalmente toda la regulación del mismo —*especialmente su sistema de garantías*—, es decir, el buque. Se configura así lo que en palabras del profesor URÍA se denomina «fisonomía especial del Derecho Marítimo».

⁵⁴ El procedimiento de *exequatur* se encuentra regulado en la Sección II, «De las Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros», del Título VIII, «De la ejecución de las Sentencias», de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en los artículos 951 a 958. Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, cuando se trate de reconocer y ejecutar una sentencia dictada por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea, se aplica el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento europeo y del Consejo, de 21-04-2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

⁵⁵ Artículo 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁵⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1913, y 3 de julio y 26 de noviembre de 1959, señala que es correcto, lícito y exigible el 12 por 100 del préstamo concertado para dar impulso y mayor desarrollo a la industria de los prestatarios.

En relación con lo anterior, al hacer referencia a la financiación, necesariamente debemos tratar de las garantías que, lógicamente, van a ser exigidas en calidad de condición para la concesión de los recursos financieros, y es en este momento donde entra la hipoteca como un mecanismo frecuentemente utilizado, admitido en el sector por la seguridad que genera la posibilidad de realización del buque en las condiciones previstas en la normativa nacional e internacional que regula esta figura.

Podríamos decir que el legislador ha dado respuesta al tráfico mercantil mediante la asimilación de un bien mueble, cual es el buque, a un bien inmueble, y al que hay que considerar como garantía real en su concepto funcional más amplio, para agilizar determinados negocios e intensificar la actividad industrial y comercial del sector naval.

Aportada la seguridad suficiente por el legislador al prestamista a través de esta garantía y su sistema, sería del todo ilógico que la vertebración del contrato de *préstamo hipotecario naval*, normalmente influenciada por elementos extranjeros, deje sin efecto la garantía pretendida por el acreedor. Por ello, la autonomía de la voluntad de las partes en aquel contrato tendrá determinados límites que deberán ser alertados por los intervinientes en el proceso de su constitución, en la medida en que esto sea posible, dependiendo de cada caso concreto, para precisamente proteger los intereses de ambas partes en la consecución de los fines pretendidos a través del contrato de crédito que se pretenda suscribir, convirtiéndose, en efecto, en garantes indispensables de la seguridad perseguida.

Finalmente, habrá que advertir que la falta de flexibilidad en la aplicación de las normas por el órgano competente podría acarrear una no dinamización del sector marítimo y naval, entrando en disputa la seguridad jurídica del tráfico mercantil con la realidad económica de éste. En definitiva, habrá que evitar estas situaciones a través de una interpretación de la norma acorde con la realidad económico-mercantil comparada, usos y costumbres de un sector cuya regulación históricamente ha sido específica y lo aparta de concepciones tradicionales del Derecho común, dejando a un lado la lectura exegética de las normas, aunque siempre respetando las fronteras de nuestro Ordenamiento jurídico.

*(Trabajo recibido el 21/01/2014
y aceptado para su publicación el 13/02/2014)*

PRÁCTICA JURÍDICA

LA REFORMA LEGISLATIVA DE LOS JUICIOS DE DESAHUCIO

DR. FEDERICO ADAN DOMÉNECH

Profesor Derecho procesal Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN

La actividad diaria de cada uno de los ciudadanos constituye el origen de multitud de relaciones contractuales reguladas por normas jurídicas. La justicia exigida al derecho tiene como plasmación la necesidad de que éste se adapte a las realidades sociales y económicas de la sociedad. Constituye un ejemplo de esta circunstancia la tutela judicial en materia arrendaticia. En el ámbito de los juicios de desahucio, la actividad legislativa ha resultado ser prolífera, introduciéndose, en esta modalidad procedimental, no vedosos cambios, muchos de ellos resultado de la complicada situación económica que estamos viviendo. En el presente artículo se pretenden analizar las diferentes modificaciones que ha experimentado la reglamentación de los juicios de desahucio, como consecuencia de la entrada en vigor de distintos textos normativos, de especial incidencia en esta disciplina jurídica.

Palabras claves: Desahucio, contrato, arrendador, arrendatario, demanda, enervación, condonación.

ABSTRACT

The daily activity of individual citizens is the source of numerous contractual relations that are regulated by legislation. The need for justice requires that the law adapt to the social and economic reality of society. One example of this is effective legal protection on landlord and tenant issues. In the case of legal action for eviction, legislative activity has been prolific and novel changes have been made to the procedure, many of which are the direct result of the difficult economic situation that we are undergoing. The present article analyses the various changes that have been made to the legislation on eviction as a consequence of the entry into force of several normative texts that have particular impact on this legal discipline.

Key words: eviction, contract, landlord, tenant, legal action, right to redemption, writing off.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL OBJETO DEL PROCESO.—III. ACUMULACIÓN DE ACCIONES.—IV. CONCRECIÓN DE LA CUANTÍA.—V. CONTENIDO DE LA DEMANDA ARRENDATICIA.—VI. CITACIÓN DE LAS PARTES DEMANDADAS.—VII. LAS NOTIFICACIONES AL ARRENDATARIO.—VIII. LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA CONDONACIÓN.—IX. LA ENERVACIÓN.—X. CONSECUENCIA DE LA INASISTENCIA DE LAS PARTES A LA VISTA DEL JUICIO.—XI. RECLAMACIÓN DE CANTIDADES DE FUTURO.—XII. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA.—XIII. LA COSA JUZGADA.—XIV. LA RECONVENCIÓN.—XV. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.—XVI. RECURSO DE QUEJA.—XVII. CREACIÓN DE REGISTRO DE SENTENCIAS FIRMES DE IMPAGOS DE RENTAS DE ALQUILER.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias que ha experimentado una mayor modificación legislativa en los últimos años ha estado en los procesos de desahucio. La normativa legal reguladora de esta materia ha pretendido dar solución a los problemas reales de la sociedad. Así, la fuerte crisis económica que vivimos ha tenido, como consecuencia, el hecho de que la adquisición de una vivienda devenga una situación de difícil ejecución. Ante esta dificultad, los poderes públicos buscan alternativas, potenciando de modo decisivo la opción del alquiler. No obstante, para asegurar, o cuanto menos ayudar, a la efectividad de esta propuesta resulta no sólo necesario la adopción de medidas estructurales y sustantivas, sino también la creación de instrumentos de carácter procesal que equilibren la posición tanto del arrendador como del arrendatario, en relación a sus derechos y obligaciones.

De esta forma, la inicial redacción del articulado de la Ley 1/2000 ha sufrido hasta cinco modificaciones, a saber: a) La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; en adelante, LGVBC; b) La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la nueva Oficina Judicial; en adelante, LRLPIOJ ; c) La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de Medidas de Fomento y Agilización Procesal del Alquiler y de la Eficiencia Energética de los Edificios; en adelante, LMFAP; d) La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal y el Desahucio Exprés; en adelante, LMA-PDE; y e) La Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas; en adelante, LMFMAV. El estudio de estas modificaciones legislativas constituye el punto central de este trabajo.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS JUICIOS

En base a la dicción literal del precepto 250 LEC, se configuraba el proceso verbal como la vía judicial apta para la recuperación de la finca por desahucio,

tanto por razón de falta de pago como por expiración del plazo legal o contractual, sin que en esta norma se efectuara previsión alguna en relación a la reclamación de la cantidad debida por impago de las obligaciones pecuniarias del arrendatario, reclamación que, generalmente, sólo era permitida en los procesos verbales cuando se ejercitaba acumuladamente a la acción de desahucio, o excepcionalmente, cuando la cuantía no sobrepasase la suma de 3.000 euros, inicialmente límite económico para la utilización del juicio verbal.

Con la entrada en vigor de la LMFAP, el ámbito de aplicación de los procesos verbales arrendaticios se amplía, al introducirse en la redacción del artículo 250 LEC la posibilidad de incoar un juicio en que su objeto sea la única reclamación pecuniaria desligada del desahucio y con independencia de la cuantía de la misma. Así, el nuevo texto dice: 250. 1. *Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1. Las que versan sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana dada en arrendamiento, ordinario o financiero o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.*

Esta modificación tiene una segunda consecuencia, a efectos de mantener la coherencia interna de la LEC. En base a ello, se altera también la redacción del artículo 249 LEC, en el sentido de excluir expresamente del ámbito de aplicación de los juicios ordinarios en materia arrendaticia no sólo la solicitud del desahucio, sino también la reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas por el arrendatario, resultando la redacción definitiva de esta norma de la siguiente forma: Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 6. *Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.*

En consecuencia, se produce una ampliación del objeto de los procesos verbales arrendaticios, ampliación concretada en la posible reclamación de las cantidades debidas con independencia de su cuantía y sin necesidad de acumular la reclamación pecuniaria a la acción de desahucio propiamente dicha.

III. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Otro de los objetivos del legislador se concreta en conceder un tratamiento unitario a la regulación de los procesos de desahucio con independencia de su causa, objetivo que es plasmado en el preámbulo de la propia LMFAP, al afirmar

que: se someten al mismo régimen jurídico los procesos de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas y los procesos de desahucio por expiración legal o contractual del plazo de arrendamiento.

La primera modificación legislativa que sufre el artículo 438.3.3 LEC es fruto de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, pues si bien con la redacción inicial del Código procesal la acumulación de la reclamación de las rentas impagadas con el desahucio sólo se podría efectuar cuando la suma no superase los 3.000 euros, con el nuevo texto legislativo se elimina el límite cuántico, pudiéndose reclamar con independencia de la cantidad adeudada.

A pesar de ello, en este precepto no existía tratamiento unitario en cuanto a la acumulación de acciones. Uno de los ejemplos de tal situación aparecía consignado en el artículo 438.3.3 de la Ley procesal, que sólo preveía que la acumulación de acciones se produjera entre la reclamación de cantidades adeudadas y el desahucio por falta de pago, existiendo un absoluto silencio legal en cuanto a la posible acumulación de la reclamación pecuniaria con la expiración del plazo como causa de resolución de la relación arrendaticia.

Esta falta de previsión legislativa es solucionada con la nueva redacción que se concede al precepto 438 LEC por la LMFAP, que permite acumular la reclamación de cantidades no sólo al desahucio por falta de pago, sino también al causado por la expiración contractual, al configurarse como una excepción más a la prohibición de acumular acciones en el juicio verbal. Sin embargo, las modificaciones, en cuanto a la acumulación de acciones, no sólo se circunscriben solamente al ámbito objetivo del proceso, sino también incide en su vertiente subjetiva, pues la nueva redacción del precepto permite, de forma expresa, circunstancia que antes no acontecía, la acumulación en la misma demanda de las acciones que el arrendador ostentase contra el arrendatario y el fiador o avalista.

IV. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA DEL PROCESO

Quizá la tarea de fijar la cuantía del proceso arrendaticio ha sido una de las cuestiones que ha generado una mayor problemática en cuanto a la aplicación judicial de estos juicios, extremo que ha generado históricamente una jurisprudencia contradictoria.

El problema se concretaba en la interpretación del artículo 251 LEC. El artículo 251.3 LEC, en su regla novena, establecía que en los juicios sobre arrendamientos de bienes, excepto los que tienen por objeto la reclamación de rentas vencidas, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de la renta sea cual sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato. Sin

embargo, cuando se reclame la posesión del bien arrendado, se estará a lo dispuesto en la regla tercera de este artículo.

En el apartado tercero, regla quinta, del artículo 251 del texto procesal se establecía que, cuando el proceso tratase respecto de la posesión, se debía estar a lo dispuesto en la regla contenida en su ordinal anterior, esto es, en el segundo, en el que se configuraba el valor de los bienes en el mercado como el criterio decisivo y determinante a efectos de concretar la cuantía del juicio. En base a esta normativa, algunos Juzgados fijaban la cuantía del proceso en base al valor del bien arrendado.

En contrapartida, esta solución para otras resoluciones judiciales resultaba ser un error, sosteniendo que se originaba una desproporción entre el valor del bien y la sencilla tramitación procesal de los juicios verbales. Este segundo criterio jurisprudencial sostenía, en consecuencia, que, en todo caso, la cuantía del proceso se debía determinar por el valor correspondiente a una anualidad de la renta.

La entrada en vigor de la LMFAP resuelve este problema, pero no da una solución única, sino que debemos diferenciar cuál es el objeto del proceso para aplicar una u otra regla.

- Procedimientos en los que sólo se solicita el desahucio: La solución viene concedida por la nueva redacción que se otorga al artículo 251 LEC, en el que se afirma que: *9. En los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo cuando tengan por objeto reclamaciones de las rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de renta, cualquiera que sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato.* Por tanto, con esta nueva redacción, la cuantía del proceso verbal arrendaticio será siempre la correspondiente a una anualidad de la renta.
- Procesos en los que se ejercite sólo la reclamación de la renta: Estos procedimientos son la única excepción regulada en el artículo 251.9 LEC, pues en esta modalidad procedimental no se aplicará el apartado noveno de este precepto, sino el primero, en el que se manifiesta que *si se reclama una cantidad de dinero determinada, la cuantía de la demanda estará representada por dicha cantidad.* No obstante, en este punto debemos efectuar una precisión, pues para determinar la cuantía del proceso se tendrá en cuenta las rentas vencidas en el momento de la presentación de la demanda, no las que puedan vencer durante la tramitación del proceso.

Pero la labor de fijar la cuantía del juicio no resulta tan sencilla, pues hay un segundo precepto de aplicación, en concreto el 252 LEC, que regula la fijación de la cuantía ante la acumulación de acciones, precepto que también ha sido modificado con la entrada en vigor de LMFAP.

Anteriormente, no existía ninguna norma específica para los procedimientos verbales arrendaticios en materia de acumulación de acciones, y se aplicaba, de forma genérica, el artículo 252 de la Ley procesal. La LMFAP introduce un nuevo apartado a la regla segunda del precepto 252 LEC, sosteniendo que *si las acciones acumuladas fueran la de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y la de reclamación de rentas o cantidades debidas, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la acción de mayor valor*. En consecuencia, cuando el arrendador pretenda hacer valer acumuladamente ambas acciones deberá efectuar una previa función de concreción de cuál de las dos cuantías, la correspondiente a una anualidad de la renta o la suma total de las cantidades adeudadas es superior, ya que la de valor más elevado será la que determinará la cuantía del juicio en cuestión.

V. DEMANDA ARRENDATICIA

Una de las normas que es objeto de mayor número de modificaciones se concreta en el artículo 437.3 LEC, al que se le concede la siguiente redacción: *Si en la demanda se solicitase el desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, o por expiración legal o contractual del plazo, el demandante podrá anunciar en ella que asume el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, que no podrá ser inferior al plazo de quince días desde que se notifique la demanda*.

La primera de las innovaciones introducida por la LMFAP se concreta en la institución procesal de la condonación, institución jurídica que presenta tres novedades que a continuación detallamos:

1. Supuestos en que se puede ofrecer: De acuerdo con la legislación derogada, sólo se podía ofrecer la condonación en los procedimientos de desahucio por falta de pago. Con la nueva regulación, también se permite en las hipótesis de desahucio por expiración del plazo de alquiler.

2. Plazos para hacer efectivo el lanzamiento: Inicialmente, el lapso temporal, del que disponía el arrendatario para proceder al desalojo de la finca, no podía ser inferior a un mes desde la aceptación de la condonación. Con la vigente dicción del artículo 437.3 LEC se reduce a quince días.

3. Legitimación para concretar el plazo: Con anterioridad, al no existir en esta norma ninguna previsión respecto sobre quién recaía la función de fijar este plazo, se originaba un cierto debate acerca de si era tarea del Órgano judicial que conocía del proceso o del mismo arrendador, debiéndolo plasmar en la demanda

arrendaticia. La LMFAP aclara cualquier duda, al establecer, de manera expresa, que será en el arrendador sobre el que recaerá la carga de la fijación del concreto plazo temporal en el escrito que principia el proceso.

La segunda de las novedades se centra en la previsión de la actividad ejecutiva, y se concreta en la modificación de las normas 437 y 549 LEC, manifestándose en el primero de los preceptos que: *Igualmente, podrá interesarse en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el Juzgado a los efectos señalados en el apartado 3 del artículo 549.* De acuerdo con estas normas, se convierte en innecesaria la presentación de la demanda ejecutiva en los procesos de desahucio para aquellas hipótesis en que el inicio de la actividad conmitiva ya se hubiera interesado en la demanda incoadora del juicio en cuestión. No obstante, la no presentación de demanda ejecutiva no es predicable de todos los procesos. Afirmación que defendemos en base a la literalidad del apartado tercero del artículo 437 LEC, que matiza que las especialidades que contiene son de aplicación a las demandas en que se solicitase el desahucio de finca urbana por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, sin hacer ninguna declaración respecto a los procesos en que el objeto se concreta en la reclamación independiente de la cuantía debida. Al constituirse la innecesariedad de presentación de la demanda ejecutiva como una medida de carácter excepcional, ésta no debe hacerse extensible a situaciones no previstas expresamente por el legislador, por tanto, en los procesos donde sólo se reclame la renta sí es necesario presentar demanda ejecutiva.

VI. CITACIÓN DE LAS PARTES DEMANDADAS

De manera análoga a la regulación del contenido de la demanda arrendaticia, el artículo 440 LEC dedica a los procesos verbales arrendaticios un apartado concreto en el que se regulan unas particularidades propias de acuerdo con las especialidades de la materia, que sobrepasan las reglas comunes de aplicación a la generalidad de los juicios verbales.

La primera de las modificaciones que sufre este artículo se produce con la entrada en vigor de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Así, esta norma introduce la previsión de equiparar la aceptación de la enervación a un allanamiento, indicándole al arrendatario el plazo de cinco días a efectos de que manifieste su voluntad de aceptar o no el requerimiento. La segunda de las novedades recae en la figura del Órgano judicial, al indicarle que en el mismo auto de admisión de la demanda se debía fijar día y hora para efectuar el lanzamiento por un plazo que potestativamente se manifestaba que podía ser inferior a un mes, procediéndose, en consecuencia, al lanzamiento en la fecha fijada, de forma directa, si la sentencia era condenatoria.

La LMFAP vuelve a modificar la literalidad del artículo 440.3 LEC. Así, del mismo modo, que pasaba con la legislación derogada, la nueva redacción de esta norma advierte al arrendatario que su falta de comparecencia a la vista del juicio es sancionada con la declaración inmediata del desahucio. En este sentido, a efectos de facilitar la práctica efectiva del mismo, el cuerpo procesal exige la necesidad de consignar en la resolución de admisión de la demanda arrendaticia día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento del arrendatario de la finca, estableciéndose como plazo temporal para su efectivo desalojo el correspondiente a un mes. La innovación procesal se concreta en la reducción del plazo de espera del arrendador para recuperar la plena utilización de la finca. Así, si con la anterior redacción se concedía la posibilidad de que el plazo fijado en la resolución judicial pudiera ser inferior a un mes, con la nueva legislación se enfatiza que el plazo del que dispone el arrendatario para abandonar la finca deberá ser inferior a un mes, sustituyendo el carácter potestativo del plazo por su carácter imperativo.

El resto de novedades introducidas en la interinidad del apartado tercero del artículo 440.3 LEC, por la LMFAP, se concretan en la actividad posterior a la emisión de la sentencia recaída en los juicios verbales arrendaticios. En este ámbito, la primera de las innovaciones es relativa a la notificación de la sentencia, precisando la LMFAP que en la misma resolución de convocatoria a la vista, se citará al arrendatario que no comparezca a la vista a recibir la notificación de la resolución judicial que pone fin al procedimiento el sexto día siguiente, a contar desde el señalado para la vista. Otra de las variaciones experimentadas por esta norma se concreta en la modificación de la actuación exigida por parte del arrendador para que se inicie la actividad ejecutiva, manteniendo una perfecta correlación con las previsiones contenidas en la nueva redacción de los preceptos 437.3, 440.3 y 549.3 LEC, eliminando la necesidad de cualquier conducta del arrendador para la realización del lanzamiento, no exigiéndose, en consecuencia, presentación de demanda ejecutiva alguna.

Sin embargo, la mayor modificación del artículo 440.3 LEC se produce por las reglas contenidas en la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal y el desahucio exprés, variaciones que se concretan en los siguientes puntos:

a) Las previsiones agilizadoras del proceso y actuaciones del deudor previstas en el artículo 440.3 LEC, que con anterioridad sólo hacían referencia a los juicios de desahucio, con la nueva redacción también resultan de aplicación a los procesos donde exista acumulación de acciones de pago y resolución contractual.

b) De acuerdo con las nuevas funciones del secretario judicial, se establece su función de analizar y admitir la demanda, requiriendo de pago al deudor, tras su admisión a trámite, y concediéndole tres posibles actuaciones, pagar y desalojar la vivienda, aceptar la enervación, en caso de proponerse o ser posible, o formular oposición a la demanda.

c) Se especifica la forma de la notificación del requerimiento, estableciendo que se efectuará conforme a las normas contenidas en el artículo 161 LEC.

d) Se determinan las consecuencias de la no comparecencia del deudor ni de la formulación de oposición, concretándose en la finalización del proceso, mediante la emisión de un decreto del secretario judicial que se notificará al acreedor, a efectos de solicitar el despacho de ejecución con una simple solicitud esto es, sin necesidad de formular demanda ejecutiva.

Finalmente, la norma 440 de la Ley procesal ha vuelto una vez más a ser objeto de modificación, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2013, novedades que se concretan en los siguientes extremos:

a) Inactividad ante el requerimiento de pago: Se realiza un mayor énfasis en el hecho de la inactividad del arrendatario en cuanto a que la omisión de oposición al requerimiento conlleva tácitamente la conformidad con la resolución del contrato de arrendamiento, procediéndose de manera inmediata a su lanzamiento, finalizando el proceso mediante decreto del secretario judicial, sin que sea necesario para iniciar la actividad ejecutiva solicitud alguna del acreedor.

b) Cumplimiento del apercibimiento judicial, en cuanto al desalojo de la vivienda. En el caso de que el arrendatario cumpla el apercibimiento judicial y, en consecuencia, abandone la vivienda, el proceso finaliza existiendo dos novedades en cuanto a su tramitación. La primera de ellas, en relación a la actividad ejecutiva, especificando la Ley procesal que sólo será necesaria la formalización de la solicitud del despacho de ejecución en cuanto a la cantidad reclamada, no en relación al desahucio y, en segundo lugar, se deja sin efecto la diligencia de lanzamiento, al abandonar el arrendatario la finca voluntariamente, salvo que le interese al arrendador su práctica, con la finalidad de levantar acta del estado en que se encuentra el inmueble en el momento de su desalojo.

c) Notificación del proceso. Esta novedad constituye una muestra más de la instrumentalización del proceso verbal arrendaticio como una tramitación judicial que pretende una rápida disolución del vínculo contractual arrendaticio, flexibilizando, en demasía, a nuestro entender, las garantías del arrendatario en cuanto a la notificación del proceso. De esta forma, si bien establece esta norma el necesario respeto a las reglas contenidas en los artículos 155 y 164 de la Ley procesal, este último precepto resulta también modificado por la entrada en vigor de la Ley 4/2013, regulándose un nuevo párrafo en el que exime al personal judicial de practicar las medidas de averiguación del domicilio del deudor, según previene la regla 156 del texto procesal, por lo que ante la imposibilidad de poder practicarse el requerimiento en los domicilios correspondientes, se procederá a su comunicación edictal, sin la necesidad de llevarse a cabo ninguna otra actividad tendente a conocer el domicilio del arrendatario.

d) Pago de los gastos y las rentas sobrevenidas. Concreta la Ley procesal, con la normativa vigente, la necesidad de señalar en el decreto que finalice el proceso, tanto por omitir el arrendatario la formulación de la oposición como por desalojar voluntariamente la vivienda, que las costas deberán ser sufragadas por el demandado conjuntamente con las rentas que puedan ser devengadas desde la presentación de la demanda hasta el desalojo efectivo de la vivienda.

e) Modificación terminológica. La Ley 1/2013 introduce una última modificación en el precepto 440 de la Ley procesal, en concreto en su apartado cuarto, innovación vacía de contenido y simplemente de carácter formal, sustituyendo la palabra mes por treinta días, a efectos de verificar el lanzamiento desde la fecha de la celebración de la vista ante la formulación de oposición por parte del arrendatario.

VII. LAS NOTIFICACIONES AL ARRENDATARIO

En relación a los actos de comunicación, en los procesos verbales arrendaticios, se seguían las reglas del artículo 155 LEC, intentando la notificación en los domicilios genéricos regulados en este precepto, con la especialidad de que en los procesos de desahucio se podía comunicar la demanda en el domicilio correspondiente a la vivienda o local arrendado, si así se había acordado. A pesar de ello, la práctica forense acreditaba que, en multitud de ocasiones, esta actividad de comunicación resultaba infructuosa en base a una actitud fraudulenta o negligente del arrendatario.

A efectos de evitar el fracaso de la comunicación y de la citación, la LMFAP regula un régimen específico de notificación para los procesos verbales arrendaticios, extremo que realiza con la modificación de las reglas contenidas en los artículos 155 y 164 de la Ley procesal. En relación al primero de los mencionados preceptos, las innovaciones se concretan en el hecho de que la posibilidad de practicar, ante ausencia de otro domicilio, la notificación y citación en el propio de la finca arrendada, con la LMFAP deja de ostentar carácter potestativo para convertirse en obligación. De esta forma, al domicilio correspondiente a la vivienda o local arrendado se le concede carácter preferente, ya que el mismo será siempre válido legalmente, salvo que las partes hayan, según dicción literal de la Ley, decidido señalar otro en el contrato de arrendamiento, señalamiento que deberá ser aceptado por el arrendador, sin que su imposición constituya un acto unilateral del deudor.

Esta nueva previsión legal tiene una segunda consecuencia, evitar ante los casos de desconocimiento del domicilio del arrendatario una actividad del Órgano judicial, ahora del secretario judicial, encaminada a la averiguación de algún domicilio del deudor, de acuerdo con las diligencias reguladas en el artículo 156 de la Ley procesal.

La flexibilización que se produce con la nueva legislación procesal *versus* la búsqueda del domicilio del deudor se culmina con la introducción de un nuevo apartado al precepto 164 LEC, en el que se establece que ante el fracaso de la notificación en el domicilio del arrendatario se procederá sin más trámites a la notificación edictal, al afirmarse que: *En los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de rentas o cantidades debidas o por expiración legal o contractual del plazo y en los procesos de reclamación de estas rentas o cantidades debidas, cuando no pudiese hallársele ni efectuarle la comunicación al arrendatario en los domicilios designados en el segundo párrafo del número 3 del artículo 155, ni hubiese comunicado de forma fehaciente con posterioridad al contrato un nuevo domicilio al arrendador al que éste no se hubiese opuesto, se procederá, sin más trámites, a fijar la cédula de citación en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial.*

En relación a la notificación edictal es preciso realizar cuatro matizaciones. La primera se concreta en determinar en qué modalidad procedimental se puede utilizar. En este punto, no se efectúa diferenciación de trato jurídico alguno entre los procesos de desahucio por falta de pago y/o expiración del plazo legal o contractual y los juicios en que se pretende exclusivamente la reclamación de las cantidades debidas por el deudor, pues, de forma específica, el nuevo párrafo, introducido por la LMFAP al artículo 164 de la Ley procesal, determina que la citación edictal es predicable para todos los procesos verbales arrendaticios sin diferenciación alguna, al enunciar en la literalidad de la norma, expresamente, cada una de las diferentes modalidades procesales verbales arrendaticias.

La segunda matización es relativa a determinar si la notificación edictal debe permitirse en relación a todos los demandados o solamente a alguno de ellos. El artículo 438.3.3 LEC permite, con la nueva redacción, ampliar el ámbito subjetivo del proceso, al poder demandarse al fiador y al avalista. Por nuestra parte, entendemos que la notificación edictal solamente se puede efectuar en relación al arrendatario, pero no respecto del avalista o fiador, pues cuando el artículo 164 LEC regula la posible notificación edictal sólo menciona la persona del arrendatario y estas circunstancias tan gravosas deben ser interpretadas de forma restrictiva.

La tercera matización se concreta en determinar si la notificación edictal se practicará de oficio o a instancia de parte. De acuerdo con la literalidad de la Ley procesal, entendemos que debería decretarse directamente por el Órgano judicial sin necesidad de petición por parte del arrendador, pues el nuevo párrafo del artículo 164 LEC manifiesta que, ante la infructuosa comunicación, la notificación edictal se efectuará sin más trámites.

La cuarta matización es referente a los supuestos en que será válida la notificación edictal. De acuerdo con la Ley procesal, la misma se producirá cuando sea

infructuosa la comunicación en cualquiera de los domicilios señalados a tal efecto en el contrato o en el correspondiente a la vivienda o local arrendado.

Sin embargo, la flexibilización en cuanto a las garantías del arrendatario en relación con la notificación del proceso en cuestión, se acentúan con la entrada en vigor de la Ley 4/2013, al introducirse mediante este texto legal un nuevo apartado al artículo 440 del Cuerpo procesal, como hemos avanzado en el apartado anterior. Así, de la dicción de este nuevo apartado se suprime, ante la infructuosa notificación al arrendatario en los domicilios señalados en el artículo 155 LEC, la necesidad de llevar a cabo actuaciones encaminadas al conocimiento de nuevos o diferentes domicilios donde practicar la notificación/requerimiento, procediéndose de manera inmediata a la práctica de la notificación edictal.

No finalizan en este punto las reformas en cuanto a la práctica de la notificación edictal, introduciéndose novedades referentes a su formalización. La primera de las modificaciones se produce con la Ley 13/2009, al añadirse a la norma 497 de la Ley procesal un segundo apartado en que se establece que la notificación por edictos, fruto del paradero desconocido, se publicará en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma* o del Estado, regla que la misma ley matiza introduciendo un tercer apartado a esta norma, en que en el que se exime de la publicación de este edicto en alguno de los boletines mencionados, en aquellos procesos en que la sentencia no tenga efectos de cosa juzgada, esto es, hipótesis en las que encontrarían cabida los juicios de desahucio por alguna de las causas previstas por la Ley arrendaticia.

Con posterioridad, la Ley 4/2013 incrementa los supuestos en que no es necesaria la publicación del edicto, afirmando que tampoco resultará necesario en los juicios en que se acumule la acción de desahucio conjuntamente con la reclamación de cantidad, resultando suficiente en ambos casos la notificación edictal en el tablón de anuncios de la Oficina judicial. En consecuencia, solamente resultaría necesaria, en materia arrendaticia, la publicación del edicto en los boletines oficiales en los procedimientos en que exclusivamente se reclamase la cantidad adeudada por impago de manera autónoma a la acción de desahucio.

VIII. LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE LA CONDONACIÓN

De esta figura ya hemos avanzado alguna cuestión cuando hemos analizado las modificaciones de la demanda arrendaticia, pero es preciso concretar algún aspecto más. Anteriormente, el artículo 440.3 de la Ley procesal equiparaba la condonación al allanamiento y le otorgaba los mismos efectos jurídicos. Sin embargo, la práctica forense defendía la necesidad de ofrecer un tratamiento específico para esta figura procesal.

Este tratamiento autónomo toma realidad con la LMFAP, y en concreto con la introducción de un nuevo apartado en el artículo 21 de la Ley procesal, específicamente el tercero, que establece: *Si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del artículo 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución.*

De la lectura del precepto podemos extraer las siguientes consecuencias:

Primera.—No se establece diferenciación de tratamiento jurídico alguno entre las diferentes modalidades de desahucio, permitiéndose que la condonación pueda efectuarse tanto en los desahucios por falta de pago como en aquellos en que la causa resolutoria sea la expiración del plazo legal o contractual.

Segundo.—El artículo 21.3 LEC regula el preciso instante en que debe hacerse efectivo el lanzamiento del inquilino de la vivienda arrendada ante el incumplimiento del arrendatario de sus obligaciones derivadas de la aceptación de la condonación; sin embargo, la norma no regula un único documento donde consignarse la fecha, sino que el mismo difiere en función del momento procesal en que se haya producido la aceptación de la condonación en el proceso arrendaticio.

a) Si la condonación es aceptada por el arrendatario, de manera previa a la práctica de la citación para la vista del juicio, el compromiso adquirido por el deudor se plasmará en una resolución judicial, en la que, entre otros contenidos, se concretará el día y hora en que se efectuará el lanzamiento sin más trámite y sin notificación al arrendatario, para los supuestos de no cumplir con el plazo de desalojo establecido en la transacción.

b) La segunda posibilidad se concreta en aquellos casos en que el arrendatario acepta la condonación una vez efectuada la citación para la vista; en estas hipótesis, la concreta fecha en que se procederá al desalojo no voluntario del inquilino de la finca arrendada será la señalada en la propia citación para la vista.

Tercero.—La tercera de las modificaciones es la relativa al contenido de la sentencia en aquellas hipótesis en que el arrendatario, que inicialmente aceptó la condonación, no cumple su contraprestación, es decir, el abandono voluntario de la finca en el plazo prefijado en la aceptación de la condonación. Esta novedad viene recogida en el artículo 447 LEC, manifestando que: *Sin perjuicio de lo anterior, en las sentencias de condena por allanamiento a que se refieren los*

apartados 3 de los artículos 437 y 440, en previsión de que no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora en que tendrá lugar; en su caso, el lanzamiento directo del demandado, que se llevará a término sin necesidad de ulteriores trámites en un plazo no superior a 15 días desde la finalización de dicho periodo voluntario. Del mismo modo, en las sentencias de condena por incomparecencia del demandado, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada sin más trámite.

La norma prevé que el desalojo será inmediato y sin la necesidad de efectuar ningún trámite más, por lo que resulta innecesaria la presentación de demanda ejecutiva. Sin embargo, en relación al plazo para hacer efectivo el desalojo, se deben hacer las siguientes precisiones. A diferencia del plazo propuesto en la demanda arrendaticia por el arrendador que no podía ser inferior a quince días, la fijación de este segundo término, que la Ley exige que no sea superior a quince días, corresponde al Órgano judicial. Asimismo, el cumplimiento del plazo fijado por el juez se convierte en subsidiario del inicialmente pactado y aceptado por las partes, por lo que es necesario el transcurso del primero de ellos para que adquiera virtualidad práctica este segundo, lo que conlleva que el inicio del cómputo de este segundo plazo, no superior a quince días, comenzará a transcurrir cuando se verifique el incumplimiento del prefijado en la demanda arrendaticia.

IX. LA ENERVACIÓN

La reforma en la regulación de la enervación se produce modificando el apartado cuarto del artículo 22 LEC, y añadiendo un quinto apartado a este mismo precepto.

El apartado cuarto establece: *Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior; excepto que el cobro no hubiese tenido lugar por causas imputables al arrendador; ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago el arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.*

Las novedades introducidas en este apartado cuarto del artículo 22 LEC por la LMFAP se resumen en cuatro:

La primera de las alteraciones se concreta en proteger al arrendatario que pretende hacer uso de la facultad enervatoria que le concede la Ley procesal ante la actitud maliciosa del arrendador. Una de las características propias de la enervación es su límite cuántico, es decir, el arrendatario sólo podrá hacer uso efectivo de la misma por una vez, siendo improcedente cualquier intención enervatoria

posterior. Sin embargo, una regulación tajante e inflexible de tal límite podía originar situaciones de injusticia, pudiendo existir casos en que el arrendador, consciente de la imposibilidad del arrendatario de efectuar una segunda actividad enervatoria, se negara al cobro de las obligaciones pecuniarias del arrendatario, para posteriormente pedir judicialmente el desahucio por falta de pago. En estos supuestos de actuación maliciosa del arrendador decae la limitación numérica de la actividad enervatoria, ya que, de acuerdo con la nueva dicción del apartado cuarto de la norma 22 de la Ley procesal, el arrendatario podrá hacer efectiva otra enervación cuando el cobro de las cantidades reclamadas no hubiera tenido lugar por causas imputables al arrendador. No obstante, la efectividad de esta segunda enervación no es automática, sino que sobre el arrendatario recaerá la carga de demostrar su voluntad de pago y la negación a su recepción por parte del arrendador.

La segunda de las innovaciones contenidas en el apartado cuarto del artículo 22 de la Ley procesal se plasma en la regulación del plazo en que con anterioridad a la presentación de la demanda arrendaticia debe haberse efectuado la reclamación extrajudicial. Este plazo ha sido objeto de constantes modificaciones legislativas. Así, con la redacción inicial de la Ley procesal, el plazo temporal que debía mediar entre la advertencia extrajudicial y el inicio del juicio arrendaticio era de cuatro meses. Con la entrada en vigor de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo de 2003, se reduce a dos meses el tiempo pre vio para reclamar extrajudicialmente el pago de la suma adeudada, vetando la posible posterior enervación que pretendiera hacer el arrendatario. Y, finalmente, la nueva legislación procesal, fruto de las modificaciones procesales contenidas en la LMFAP, reduce a un mes el tiempo que debe existir entre el requerimiento judicial y la presentación de la demanda arrendaticia.

La tercera de las innovaciones se concreta en la persona de la oficina judicial que asume el protagonismo para declarar finalizado el proceso de desahucio en cuestión, pues si antes le correspondía al Órgano judicial y se reconocía con un auto, ahora recae el mismo en la figura del secretario judicial, que declarará enervada la acción, con la consecuente terminación del juicio con la emisión de un decreto.

La cuarta de las alteraciones tiene como finalidad conceder al arrendador la posibilidad de defenderse ante la pretensión enervatoria del arrendatario, posibilidad que, con anterioridad, no se encontraba regulada expresamente. Según la LEC, la tramitación de esta oposición se realizará de acuerdo con las vistas propias de los juicios verbales, en base a la remisión que el nuevo precepto 22.4 del cuerpo procesal efectúa al artículo 443 del mismo texto normativo. La resolución que ponga fin a esta vista debe ser una sentencia, no un auto, y declarará la enervación o en caso contrario el desahucio. En este punto se plantean, no obstante, algunos interrogantes por falta de concreción, siendo alguna de las preguntas que

podríamos formularnos: ¿cómo será el escrito para oponerse a la enervación?, ¿dentro de qué plazo se puede presentar ?...

Bien, como ya hemos manifestado, las innovaciones efectuadas en el artículo 22 de la Ley procesal no se circunscriben a la alteración de la literalidad de su apartado cuarto, sino que la LMFAP introduce un nuevo apartado, en concreto el quinto, con la siguiente redacción: *La resolución que declare enervada la acción de desahucio condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador.*

La normativa procesal anterior se caracterizaba por una ausencia total de regulación en cuanto a la imposición de las costas. Debido a esta omisión legal no existía una jurisprudencia unánime en cuanto a la concreción del sujeto pasivo al que condenar en costas, aunque la jurisprudencia «menor» de nuestras audiencias provinciales, en su mayoría, había defendido su imposición a la persona del arrendatario-demandado.

La vigente literalidad del artículo 22.5 LEC soluciona esta omisión, concediendo cobertura legal a aquellas resoluciones judiciales que, con anterioridad a la entrada en vigor de la LMFAP, ya defendían la imposición de costas a la persona del arrendatario, con independencia del momento procesal en que se hacía efectiva la acción enervatoria. Regla general que, sin embargo, presenta una única excepción, que se concreta en los supuestos en que el impago sea a causa del comportamiento negligente o malicioso del arrendador, actuando por tanto el arrendatario de forma correcta. Excepción que también resultaba reconocida jurisprudencialmente, como resulta patente en la SAP Tarragona, 3.^a, 22.05.08 (Id Cendoj: 43148370032008100160), al establecerse que: «puede estarse ante un supuesto no de falta de pago, sino de falta de cobro y entonces lo procedente es la desestimación de la demanda y no declarar enervada la acción de desahucio».

Las posteriores modificaciones legislativas de la institución de la enervación resultan de escasa importancia sustancial, y se concretan en conceder una nueva redacción a la norma 22 de la Ley procesal mediante adiciones o modificaciones puntuales. De esta forma, la Ley 37/2011 se limita a precisar que con anterioridad a la enervación debe efectuarse el requerimiento judicial, mientras que dos son las precisiones que establece la Ley 4/2013, la primera de ellas a efectos de puntualizar que la entrega de dinero justificante de la enervación debe efectuarse en el interin del plazo concedido al arrendatario en el requerimiento de pago, y la segunda de ellas, de nula importancia, se limita a modificar el vocablo «un mes» por «treinta días», en cuanto al plazo en que debe efectuarse el apercibimiento al deudor con anterioridad a la presentación de la demanda con el objetivo de imposibilitar que el arrendatario efectúe el pago enervatorio.

X. CONSECUENCIA DE LA INASISTENCIA DE LAS PARTES A LA VISTA DEL JUICIO

Con la anterior redacción del artículo 440.3 LEC había un tratamiento jurídico diferenciado entre las consecuencias derivadas de la incomparecencia del deudor al acto de la vista, según nos encontráramos ante un desahucio por falta de pago o por expiración de plazo. La incomparecencia en casos de desahucio por falta de pago era sancionada con el desahucio inmediato, finalizando el proceso sin necesidad de realizar más trámites, omitiéndose de esta regulación específica cualquier previsión relativa a la resolución de la relación arrendaticia por terminación del plazo, de modo que este supuesto fáctico tenía que ajustarse a las normas genéricas y, por tanto, siendo necesaria la prosecución del juicio.

El diferente tratamiento jurídico ante la incomparecencia del arrendatario resulta patente en las siguientes resoluciones judiciales. Así, para el supuesto de desahucio por falta de pago, en la SAP Barcelona, 13, 6.03.07 (Id Cendoj: 08019370132007100016), se establece que: «El apartado 3 del artículo 440 LEC establece que en los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, en la citación para la vista, se apercibirá al demandado que, de no comparecer a la misma, «se declarará el desahucio sin más trámites». Así pues, ante la incomparecencia de la demandada, debidamente citada, procedía dar por concluido el acto, debiéndose en todo caso y sin más trámites dar lugar al desahucio». En contrapartida, ante la incomparecencia del arrendatario ante un desahucio por expiración del plazo, la SAP Barcelona, 13, 19.06.07 (Id Cendoj: 08019370132007100454), manifiesta que: «La incomparecencia del demandado emplazado válidamente, como es el caso, determina la correspondiente declaración de rebeldía, a través de la correspondiente providencia. Esa rebeldía (situación «provisional» de ausencia jurídica del demandado en el proceso, subsanable mediante su personación en forma, aunque sin retrotraer las actuaciones), no supone allanamiento ni conformidad con los hechos de la demanda, ni por ello la condena del demandado, al no existir la carga de personarse en el juicio, sino simplemente una pérdida de posibilidades procesales, sin reflejo en las cargas y posibilidades del actor, que mantiene la carga de la prueba».

La nueva redacción del artículo 440.3 LEC, concedida por la LMFAP, da por cerrada esta duplicidad de tratamiento jurídico, al afirmar que: *En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en la citación que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites, equiparando para ambos supuestos de desahucio las mismas consecuencias jurídicas.*

XI. RECLAMACIÓN DE CANTIDADES DE FUTURO

La posibilidad de reclamar en la interinidad de un proceso civil condenas de futuro encontraba cobertura legal en el artículo 220 LEC. No obstante, si bien no

existía problema para reclamar las rentas devengadas desde la presentación de la demanda hasta la sentencia, sí existían problemas ante algunos Órganos judiciales para reclamar también el pago de las rentas que venciesen hasta que se produjese el efectivo lanzamiento del inquilino. Un ejemplo del reconocimiento jurisprudencial de la posibilidad de reclamar cantidades de futuro lo encontramos en la SAP de Tarragona, 1.^a, 19.07.05 (Id Cendoj: 43148370012005100498), en la que se establece que: «la regulación del artículo 220 LEC excluye toda duda respecto de la cuestión planteada, es decir, sobre si se puede o no reclamar las rentas posteriores a la sentencia».

Con la entrada en vigor de la LMFAP se introduce un segundo apartado a esta norma, manifestando que: *2. En los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo hubiere interesado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia incluirá la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.*

Con la regulación de este segundo apartado en dicho precepto 220 de la Ley procesal desaparece el tratamiento unitario de la regulación de las condenas de futuro, existiendo una doble previsión legal, una de carácter genérico para la totalidad de juicios civiles y una segunda de naturaleza específica para los procesos de desahucio. Las características de esta novedad son:

a) Sometida al principio rogatorio: De acuerdo con el principio dispositivo, informador de todo proceso civil, el apartado segundo del artículo 220 LEC condiciona la inclusión en la sentencia de la condena de rentas futuras a su expresa reclamación por parte del arrendador en el escrito de demanda. La exigencia de consignar esta petición en el escrito que principia el procedimiento arrendaticio tiene una segunda consecuencia, que se concreta en que cualquier solicitud por parte del arrendador de reclamación de rentas futuras con posterioridad a la presentación de la demanda arrendaticia resulta extemporánea. La admisión por parte del Órgano judicial de una solicitud posterior conllevaría la vulneración de las reglas contenidas en el apartado segundo de la norma 220 LEC.

b) Cantidad a reclamar: Con la intención de facilitar la posterior actividad liquidativa y ejecutiva, el artículo 220.2 LEC ofrece, como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda, regulación legal que permitirá no calificar de ilíquidas las futuras cantidades a ejecutar, siendo sólo necesario hacer simples operaciones aritméticas con el fin de concretar la cantidad futura reclamada. En este punto, se presenta un interrogante, pues sólo se refiere a las rentas, pero guarda silencio absoluto en

relación a las cantidades asimiladas. ¿Se pueden pedir? Y, en su caso, ¿en relación a qué cantidad?

La Ley 4/2013 completa la regulación de las condenas de futuro, pues si bien hasta su entrada en vigor sólo se preveía la condena al pago de las mismas en la sentencia que pusiese fin al proceso, el legislador reconoce su error en cuanto a la omisión de la previsión de la condena en otras formas diferentes a la finalización del proceso distintas a la sentencia, bien sea como consecuencia de un auto dictado por el propio Órgano judicial o bien mediante un decreto del secretario judicial. De esta forma, con independencia de cuál sea la resolución que da por terminado el juicio, en todas ellas, de manera uniforme, se prevé la condena de las rentas que devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda y hasta la entrega de la posesión efectiva de la vivienda al arrendador.

XII. NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Los juicios verbales arrendaticios presentan unos plazos propios para la emisión de las resoluciones judiciales y su notificación; la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del Tribunal para recibir la notificación, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.

La regulación efectuada por el artículo 447 LEC, en relación a los plazos para dictar sentencia y su notificación, se respetan con la entrada en vigor de la LMFAP, con una única salvedad relativa a los procesos en que no comparece el arrendatario al acto de la vista, regulándose esta salvedad en el artículo 440.3 de la Ley procesal, en el que se afirma que: *En todos los casos de desahucio, también se apercibirá al demandado en la citación que, de no comparecer a la vista, se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia el sexto día siguiente a contar del señalado para la vista.* Así, si bien se respetan los cinco días de que dispone el Órgano judicial para dictar la sentencia, en cambio se disminuye el plazo de los días que pueden transcurrir entre la emisión de la resolución judicial y la notificación al arrendatario, concretando la notificación el sexto día siguiente, a contar desde el señalado para la celebración de la vista, por lo que se reduce de los cinco posibles días previstos para la regulación genérica a uno el plazo de que dispone el Órgano judicial para comunicar la resolución judicial al arrendatario.

La tipificación legal de la sentencia dictada ante la incomparecencia del deudor al acto de la vista es objeto de otra innovación por el texto normativo mencionado en el anterior apartado, añadiendo un nuevo párrafo al apartado segundo del artículo 497 del cuerpo procesal, al afirmar que: *cuando se trate de sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o*

por expiración legal o contractual del plazo, y el demandado citado en forma no hubiera comparecido en la fecha o en el plazo señalado en la citación, la notificación se hará por medio de edictos fijando copia de la sentencia en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial. En consecuencia, cuando no comparece el arrendatario el día señalado en la citación para la notificación de la sentencia, ésta se hará directamente mediante edictos. Finalmente, también es objeto de corrección el soporte material donde se debe publicar el edicto, ya que si bien la regulación genérica obliga a su publicación bien en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma*, bien en el *Boletín Oficial del Estado*, la regulación específica prevé su publicación en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial. Evidentemente, esta medida conlleva una mayor agilidad y un menor coste económico en la notificación de la sentencia.

XIII. LA COSA JUZGADA

Tradicionalmente, el alcance de los efectos de la cosa juzgada de la resolución judicial recaída en los procesos de desahucio resultaba dispar en función de cuál fuera el motivo que fundamentara el mismo. En los supuestos de desahucio por falta de pago, la sentencia tenía limitada sus efectos de cosa juzgada, de acuerdo con la dicción contenida en el artículo 447.2 LEC, en el que se afirmaba que: *no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales (...) sobre la pretensión de desahucio o recuperación de la finca, rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler.*

Esta limitación de la cosa juzgada incidía, directamente, respecto de las cuestiones que podían ser objeto de enjuiciamiento en la interinidad de estos procesos, ya que al conceder naturaleza sumaria, en los mismos no debían discutirse cuestiones complejas que excediesen del análisis puntual del pago, debiéndose aplazar el examen de cualquier otra cuestión a la incoación de un posterior juicio ordinario.

En contrapartida, la redacción originaria del apartado segundo del artículo 447 de la Ley procesal omitía cualquier referencia en relación a los juicios de desahucio por expiración del plazo legal o contractual. En consecuencia, la sentencia dictada en los juicios verbales de desahucio por expiración del plazo producía efectos de cosa juzgada plena, permitiendo discutir en su interinidad cualquier cuestión, al calificar a esta modalidad de desahucio de proceso plenario, imposibilitándose un proceso ordinario posterior.

Siguiendo estos razonamientos en relación al proceso de desahucio por falta de pago, la STS, 1.^a, 27.03.07 (Id Cendoj: 28079110012007100368), sostiene que: «Sabido es que las sentencias dictadas en juicio de desahucio por impago de la renta, dado el carácter sumario del mismo, no producen efecto de cosa juzgada según dispone el artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En cambio, en relación a los juicios de desahucio por expiración de plazo, la SAP Barcelona, 13, 26.07.07 (Id Cendoj: 08019370132007100483), sostiene que: «En el presente caso, el procedimiento es adecuado (ya resuelta en el auto del Juzgado de 23.9.2003), máxime cuando ya existe un declarativo anterior que motivó la suspensión de éste, precisamente por «prejudicialidad», y cuando el desahucio por expiración del término ya no es un sumario, sino un plenario con todas las posibilidades y amplitud de éste, en el sentido indicado».

Esta regulación normativa cambia con la entrada en vigor de la LMFAP, al conceder una nueva literalidad al apartado segundo del artículo 447, en el sentido de afirmar que: *No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión ni las que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler o por expiración legal o contractual del plazo, y sobre otras pretensiones de tutela que esta Ley califique como sumarias.*

Con la nueva regulación se equiparan los efectos de la cosa juzgada limitada para todas las sentencias que pongan fin a los juicios de desahucio, con independencia de cuál fuera el motivo en que fundamentara el arrendador su pretensión. La solución adoptada por el legislador influye directamente en la aplicación judicial de la sustanciación de los procesos de desahucio por expiración de plazo, ya que si con anterioridad, y de acuerdo con su naturaleza plenaria, en los mismos se podía discutir cualquier cuestión, con la vigente reglamentación jurídica, en estos juicios sólo se podrán analizar cuestiones caracterizadas por su falta de complejidad y siempre que se circunscriban al análisis de la expiración del período temporal prefijado contractual o legalmente. En este punto, el legislador comete un olvido, pues para que realmente los juicios por expiración de plazo sean de naturaleza sumaria, también se debe modificar el artículo 444 LEC, donde únicamente se reducen las posibilidades de defensa del deudor en relación a los juicios de desahucio por falta de pago.

No obstante, cabe señalar que la limitación de los efectos de la cosa juzgada no es predicable de la totalidad de los procesos verbales arrendaticios. En cuanto a los procesos en que sólo se reclame la cantidad debida, al no incluirse en la literalidad del artículo 447.2 LEC como excepción a la plenitud de los efectos de cosa juzgada, no resulta posible defender la restricción de estos efectos de la sentencia que ponga fin al procedimiento en cuestión.

XIV. LA RECONVENCIÓN

La nueva redacción del apartado segundo del artículo 447 LEC no sólo incide respecto de la amplitud de la cosa juzgada de la sentencia, sino que produce un

segundo efecto que condiciona la posibilidad del arrendatario de formular reconvencción. La regla general en cuanto a la posibilidad de formular reconvencción la tenemos en el artículo 438 de la Ley procesal, en su apartado primero, al manifestar que: *en ningún caso se admitirá reconvencción en los juicios verbales que, según la Ley, deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada.*

Partiendo de esta tipificación legal, los Órganos judiciales denegaban la formulación de la reconvencción en los juicios verbales de desahucio por falta de pago, por ser procesos caracterizados por la falta de eficacia de cosa juzgada, permitiéndose, originariamente, con la anterior normativa, su formulación en los juicios en los que el desahucio sea por expiración del plazo por calificarse a éstos de plenarios.

La inadmisión de la reconvencción en los juicios verbales de desahucio por falta de pago queda plasmada en la SAP Tarragona, 1.^a, de 29.06.06 (Id Cendoj: 43148370012006100227), en la que se afirma que: «El ejercicio de esta acción declarativa por la parte demandada exigía haberse deducido mediante reconvencción (arts. 406 y 408 L. Enj. Civil). No sólo no se hizo así, sino que se opone a ello lo dispuesto en el artículo 438.1 L. Enj. Civil respecto a la reconvencción en los juicios verbales».

En contrapartida, su admisión en los juicios de desahucio por expiración de plazo queda defendida en la SAP Barcelona, 13, 12.12.07 (Id Cendoj: 08019370132007100700), al manifestar que: «Únicamente debe resaltarse como especialidad frente al desahucio por falta de pago que, conforme al artículo 447.2, que no lo incluye entre las excepciones, la sentencia que recaiga producirá efectos de cosa juzgada. Como consecuencia de ello, en los juicios verbales por expiración del plazo contractual cabrá la reconvencción (438.1) y la acumulación de acciones (438.4), conforme a las reglas generales, y las causas de alegación y prueba no están tasadas».

Esta argumentación no es sostenible con la entrada en vigor de la LMFAP y, en concreto, como consecuencia de la actual redacción del artículo 447.2 del texto procesal, en el que se defiende la falta de cosa juzgada para la totalidad de los procesos de desahucio, de forma homogénea, de modo que la legislación vigente modificará la interpretación efectuada por nuestros Órganos judiciales en relación a la admisión de la reconvencción en los juicios de desahucio por expiración de plazo, en el sentido de considerar improcedente su alegación por parte del arrendatario, acorde con las directrices consignadas en el precepto 438.1 LEC.

XV. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Dos son los preceptos reguladores de la actividad ejecutiva en los procesos verbales arrendaticios que son objeto de modificación con la entrada en vigor de la LMFAP.

El primero de ellos, la norma 549 LEC, regla que sufre dos alteraciones de la misma naturaleza, es decir, la adición de dos apartados, el tercero y el cuarto.

En el primero de estos apartados, como ya hemos tenido ocasión de examinar, se exime al arrendador de la necesidad de presentar demanda ejecutiva cuando los procesos de desahucio por falta de pago de las rentas o cantidades debidas o por expiración legal o contractual del plazo finalicen con una sentencia condenatoria del arrendatario y la pretensión ejecutiva ya se hubiera requerido en la demanda arrendaticia. La Ley 4/2013, en coherencia con las modificaciones efectuadas a lo largo del texto procesal, vuelve a remarcar que los juicios de desahucio no solamente pueden finalizar mediante una sentencia, sino que también pueden terminarse con la redacción de un decreto, en aquellos casos en que el arrendatario no se defiende mediante la formulación de la pertinente oposición. Así, la excepción de la presentación de la demanda ejecutiva no sólo se refiere a los juicios de desahucio que finalicen con sentencia, sino también aquellos en que resulte el decreto la resolución que acaba el juicio en cuestión.

Sin embargo, la literalidad de esta norma no se encuentra exenta de problemas, ya que, al hacer referencia sólo a los juicios en que se pretende el desahucio, debemos entender que, en contrapartida, sí constituirá una obligación del arrendador presentar demanda ejecutiva en los procedimientos en los que sólo se pretenda la restitución económica por los impagos del deudor. Mayores problemas presenta el caso en que, de forma acumulada, se pida el desahucio y la reclamación de cantidad, ya que si bien en relación a la primera de las pretensiones no es necesaria la presentación de demanda ejecutiva, en relación a la segunda sí resultará exigible.

La segunda de las innovaciones se concreta en la adición de un cuarto apartado al artículo 549 LEC con la siguiente redacción: *El plazo de espera legal al que se refiere el artículo anterior no será de aplicación en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, que se regirá por lo previsto en tales casos.*

El artículo precedente, es decir, el 548 del cuerpo procesal establece que el tribunal no despachará la ejecución de resoluciones judiciales dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena haya sido notificada al ejecutado. De acuerdo con las nuevas directrices de la norma 549.4 del texto procesal desaparece la necesidad de esperar el transcurso de estos veinte días, iniciándose la actividad ejecutiva de forma inmediata, extremo que sólo adquiere virtualidad práctica en los procedimientos en los que se pretenda el lanzamiento, no en los que únicamente se reclamen cantidades de modo desligado al desahucio.

La segunda de las normas relativas a la ejecución modificada por la LMFAP es el artículo 703.4 LEC, la única aspiración de esta modificación es equiparar el tratamiento jurídico para las dos modalidades de desahucio, tanto por falta de pago como por expiración del plazo, regulando la tramitación procesal que se le debe dar al procedimiento cuando el arrendatario entrega la posesión efectiva de la finca al demandante antes de la fecha del lanzamiento, previsión que con anterioridad a la reforma legislativa sólo se efectuaba en relación a los juicios de desahucio por falta de pago.

No obstante, deviene preciso en este punto precisar que la finalización del proceso no será automática cuando el arrendatario afirme que ha entregado la finca al arrendador, sino que se requerirá de una manifestación de este último ante el secretario judicial, asegurando la efectiva restitución de la finca, procediendo, a continuación, el secretario judicial a poner fin a la principal actividad ejecutiva mediante la emisión de un decreto.

La Ley 4/2013 introduce una modificación de este artículo, añadiendo un nuevo párrafo que tiene como único objetivo agilizar el lanzamiento y entrega de la vivienda. De esta forma, prevé la vigente redacción que el secretario judicial autorice en la figura de un funcionario con la categoría de gestor la práctica del lanzamiento, el cual podrá solicitar el auxilio, en su caso, de la fuerza pública.

XVI. RECURSO DE QUEJA

De acuerdo con las normas genéricas contenidas en el articulado de la LEC, en los procesos verbales arrendaticios en que se denegase el recurso de apelación era posible la formulación del pertinente recurso de queja.

Una de las características que informan la reforma legislativa operada por la LMFAP en el texto procesal civil se concreta en la regulación de regímenes específicos para los juicios de desahucio que conviven con la normativa genérica tipificada para el resto de procesos civiles. Esta singularidad no constituye una excepción en la regulación del derecho a recurrir en esta modalidad de procesos verbales arrendaticios.

Así, si en el primero de los apartados del artículo 494 LEC se permite, de manera genérica, la posibilidad de formular recurso de queja contra las resoluciones dictadas por el Órgano judicial denegando la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación, como consecuencia de la entrada en vigor de la LFMAP, se introduce, en esta norma, un nuevo párrafo de aplicación específica para los procesos en que se pretenda el desahucio, afirmando que no procederá el recurso de queja en los procesos de desahucios de finca urbana y rústica, cuando la sentencia que procediera dictar en su caso no tuviese la consideración de cosa juzgada.

Como hemos analizado con anterioridad, tanto en los procesos de desahucio por falta de pago como en aquellos en que el fundamento de la resolución arrendaticia sea la expiración del plazo, la sentencia dictada en los mismos no producirá efectos de cosa juzgada. De este modo, en ambos procesos deviene improcedente la formulación del recurso de queja. Conclusión que no resulta de aplicación cuando el objeto del procedimiento sea la reclamación independiente de cantidades debidas por el arrendatario, ya que, en esta última modalidad verbal arrendaticia, la sentencia desplegará en su plenitud los efectos de cosa juzgada, pudiéndose, por tanto, formular recurso de queja, por no cumplirse las peculiaridades del tipo legal que regula el nuevo párrafo de la norma 494 de la Ley procesal.

XVII. CREACIÓN DE REGISTRO DE SENTENCIAS FIRMES DE IMPAGOS DE RENTAS DE ALQUILER

Con carácter novedoso, la Ley 4/2013 prevé la creación de un Registro en el que consten las sentencias firmes condenatorias de impago de alquiler. Dicho Registro concederá al posible arrendador información sobre los antecedentes de impago de arrendatarios fruto de anteriores vínculos contractuales, siendo necesario para obtener dicha información la presentación de una propuesta de contrato de arrendamiento en el que se identifique al eventual arrendatario.

La información contenida en este Registro se obtendrá no sólo de la transmisión de las sentencias por parte del secretario judicial, sino también con la inclusión de los laudos por parte del árbitro, cuando se resuelva en un proceso arbitral una cuestión arrendaticia derivada del impago de las correspondientes rentas, equiparándose los efectos de las sentencias con los laudos arbitrales.

Las personas inscritas en este Registro pueden solicitar su cancelación previa justificación del pago de la cantidad adeudada, siendo, en todo caso, el plazo de seis años el término máximo de la vigencia de la inscripción.

*(Trabajo recibido el 9/1/2014
y aceptado para su publicación el 13/2/2014)*

LOS APODERAMIENTOS ELECTRÓNICOS EN LA LEY DE EMPRENDEDORES¹

JUAN PÉREZ HEREZA
Notario de Madrid

RESUMEN

Las presentes notas tienen por objeto dar respuesta razonada a los problemas que los poderes electrónicos que contempla el artículo 41 de la Ley de Emprendedores pueden generar en la práctica, especialmente en el ámbito notarial. Dos son las cuestiones planteadas: ¿Es aconsejable que las sociedades mercantiles o emprendedores de responsabilidad limitada utilicen los poderes electrónicos fuera del reducido campo de las relaciones con las administraciones públicas? ¿Debe aceptarse este tipo de apoderamientos en la práctica notarial aunque estén inscritos?

Palabras-clave: apoderamientos electrónicos, artículo 41, Ley de Emprendedores, práctica notarial, administraciones públicas.

ABSTRACT

The aim of the present notes is to give a reasoned response to the problems potentially posed by the electronic powers of attorney contemplated in article 41 of the Entrepreneurs Act in everyday practice, especially among notaries public. Two questions are raised: Is it advisable for trading companies or limited liability entrepreneurs to use electronic powers of attorney outside the limited field of their relations with the public administrations? Must this kind of empowerment be accepted in notary practice even if registered?

Keywords: electronic empowerments, article 41, Entrepreneurs Act, notarial practice, public administrations.

¹ Las notas que siguen tienen su origen en mi intervención en el Seminario de Derecho Privado celebrado el día 7 de noviembre de 2013 en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid. Tiene por tanto una finalidad meramente práctica, fundamentalmente ofrecer una opinión personal sobre la actuación que, en relación a los poderes electrónicos, debe presidir la actuación notarial. No pretendo por ello ofrecer una exposición teórica y completa de la abundante problemática que plantea el artículo 41 de la Ley de Emprendedores, empresa que, por otra parte, desborda mis limitadas capacidades.

SUMARIO: I. ¿ES ACONSEJABLE QUE LAS SOCIEDADES MERCANTILES O EMPRENDEDORES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA UTILICEN LOS PODERES ELECTRÓNICOS FUERA DEL REDUCIDO CAMPO DE LAS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?—II. ¿DEBE ACEPTARSE ESTE TIPO DE APODERAMIENTOS EN LA PRÁCTICA NOTARIAL AUNQUE ESTÉN INSCRITOS? 1. Conforme a nuestra legislación, el poder conferido en soporte electrónico con firma electrónica reconocida es un poder que consta en documento privado. 2. La inscripción no altera la naturaleza del documento en el que se haya formalizado el negocio inscrito.

Entre las novedades introducidas por la Ley de Emprendedores se encuentra dentro del Capítulo I (Simplificación de las cargas administrativas) del Título IV (Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales) el siguiente artículo:

«Artículo 41. Apoderamientos electrónicos. Los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda.»

Aunque la primera duda que suscita el citado artículo sea determinar si es o no inscribible en el Registro Mercantil un poder que conste en soporte electrónico, debo comenzar advirtiéndole que no me ocuparé de esta cuestión en el presente artículo. En el mismo se pretende dar una respuesta razonada a los problemas que los poderes electrónicos inscritos (en el caso de que lleguen a existir) pueden generar en la práctica, especialmente en el ámbito notarial.²

² Pese a lo dicho en relación al objeto del artículo, anticipo que mi opinión acerca de la posible inscripción de estos poderes en el Registro Mercantil es negativa. Si bien los antecedentes del proceso normativo son favorables a una interpretación positiva, del tenor literal del precepto no se deduce explícitamente que un poder que conste en documento privado electrónico sea inscribible y, ante la falta de claridad de la norma, a mi juicio, debe imponerse la norma general contenida en el artículo 18.1 del Código de Comercio, según el cual «la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil». Por otra parte, esta interpretación es coherente con el artículo 1280.5 del Código Civil, que tampoco ha sido derogado expresamente por la Ley de Emprendedores. La interpretación mayoritaria del artículo 1280.5 considera que (salvo en el poder para pleitos y el

Dejando, por tanto, a un lado la problemática de índole registral, mi exposición se centrará en dos aspectos:

I. ¿ES ACONSEJABLE QUE LAS SOCIEDADES MERCANTILES O EMPRENDEDORES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA UTILICEN LOS PODERES ELECTRÓNICOS FUERA DEL REDUCIDO CAMPO DE LAS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?

Me inclino por la respuesta negativa sobre la base de los siguientes argumentos:

1. Por su riesgo: por un lado está el riesgo de sustracción de la firma electrónica y su utilización por empleados infieles, lo que aconseja limitar el ámbito de utilización de la firma electrónica, excluyendo en todo caso que con la misma puedan otorgarse poderes para entablar relaciones jurídicas con entidades privadas. El riesgo de suplantación es aún mayor si se tiene en cuenta que, una vez inscrito el poder por la fuerza legitimadora del Registro, el tercero que contrate con el apoderado quedará protegido aunque después se anule el poder (v. gr., por haber sido otorgado sin el consentimiento del poderdante)³.

Pero además está el riesgo de que, una vez conferido el poder e inscrito el poderdante, **pierda el control sobre su utilización**. En el esquema legal vigente el poderdante puede controlar cuándo el apoderado ejercerá el poder mediante la retención de la copia ... sólo mediante la entrega de la copia «activa» el poder. Y de hecho, una destrucción de la copia equivale a la revocación del poder. En cambio, en el poder inscrito la legitimación derivará del asiento registral, que es lo que da publicidad al poder, de modo que, mientras esté vigente el asiento, el apoderado podría utilizar el poder sin conocerlo el poderdante, que sólo a través de la revocación inscrita podrá extinguirlo.

poder para contraer matrimonio) la escritura no es forma sustancial para la validez del poder, sino requisito de oponibilidad frente a terceros. Por tanto, en la medida en que el artículo 1280.5 del Código Civil se considere no alterado por el artículo 41 de la Ley de Emprendedores, es un argumento de peso para negar la posible inscripción en el Registro Mercantil del poder conferido en soporte electrónico, puesto que sería inoponible a los terceros (entre quienes se encuentra el registrador mercantil). En todo caso, por encima de los argumentos teóricos, mientras no haya desarrollo reglamentario, no parece que vayan a existir poderes inscritos, y es seguro que, en ese momento, el Reglamento del Registro Mercantil resolverá las dudas que plantea actualmente la dicción legal del precepto analizado.

³ Soy consciente que la aplicación automática del principio de fe pública registral plantea evidentes problemas en el marco del Registro Mercantil, más aún si la inscripción no tiene como base un título fehaciente, por lo que no es seguro cuál será la respuesta jurisprudencial a este tipo de casos..., pero en todo caso no puede obviarse el riesgo de su aplicación.

2. Por su coste: La existencia del poder sólo puede manifestarse a los terceros que se relacionen con el apoderado mediante la exteriorización del contenido del Registro Mercantil. Ya sea mediante certificación o nota simple, esto tendrá un coste que además se tendrá que repetir cada vez que se utilice el poder para tener la seguridad de que no está revocado.

Además, esta «mediación» registral en la exteriorización planteará evidentes problemas de agilidad (pues es evidente que la oficina registral no está preparada para expedir certificaciones al mismo ritmo que las notarías expiden copias) y, otra vez de coste, pues obliga a que todo poder, aunque sea especial, tenga que inscribirse.

3. Porque su utilización va a generar problemas de aceptación entre los operadores del mercado. Por encima de cuestiones teóricas, es evidente que la costumbre de exigir poder notarial no va a desaparecer de la noche a la mañana y que los terceros con los que contrate la sociedad se sentirán más seguros con la forma tradicional.

Además, teniendo en cuenta los argumentos que se exponen a continuación, difícilmente este tipo de poderes van a ser admitidos por notarios y, a mi juicio, tampoco deberían ser admitidos por los registradores de la propiedad.

II. ¿DEBE ACEPTARSE ESTE TIPO DE APODERAMIENTOS EN LA PRÁCTICA NOTARIAL AUNQUE ESTÉN INSCRITOS?

Para resolver esta cuestión, debemos partir de dos premisas irrenunciables:

1. Conforme a nuestra legislación, el poder conferido en soporte electrónico con firma electrónica reconocida es un poder que consta en documento privado.

Así resulta del artículo 6 de la Ley de Firma electrónica, apartados 6 y 7, según los cuales: «6. *El documento electrónico será soporte de:* a) *Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.* b) *Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.* c) *Documentos privados.* 7. *Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».*

Y también del artículo 23.4.II de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: *«Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica».*

2. La inscripción no altera la naturaleza del documento en el que se haya formalizado el negocio inscrito.

La certificación registral es documento público que acredita fehacientemente el contenido del asiento registral (223 y ss. LH y 77.2 RRM), pero el asiento no altera el negocio que no pasa a estar formalizado en documento público. El documento electrónico es la forma en la que se ha manifestado la voluntad negocial y el Registro se limita a publicar la existencia de un negocio que nació fuera de él. Lo único que atribuye el Registro al negocio es una oponibilidad *erga omnes* por el juego de los principios de legitimación y fe pública registral.

Partiendo de lo anterior, a mi juicio, la norma fundamental que impide que los notarios puedan aceptar los poderes electrónicos es el **artículo 98 de la Ley 24/2001**, el cual establece que el notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.

Del tenor literal del precepto entiendo que **no será posible realizar un juicio de suficiencia si el poder no consta en documento auténtico.**

En contra de lo señalado, podría decirse que la certificación puede ser el documento auténtico invocado en el artículo 98. Sin embargo, a mi juicio, esta tesis no se sostiene porque la representación se ha formalizado en el documento electrónico y la certificación se limita a acreditar el contenido del asiento que a su vez publica la existencia de un negocio. Pero lo fundamental es que el negocio inicial constaba en un documento electrónico privado.

Prueba de ello es el tenor literal del apartado 2 del citado artículo 98 de la Ley 24/2001: *«La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario...».* Parece claro que el documento al que se refiere el precepto es aquél en el que se ha formalizado la relación representativa, es decir, el documento de poder.

Todo lo anterior es coherente con el artículo 17.bis. 2 de la Ley del Notariado, según el cual *«el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio **tienen capacidad y legitimación**, de que el consentimiento ha sido libre-*

mente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes».

El notario sólo puede dar fe de aquello que le consta fehacientemente, bien por la presencia física, bien porque consta en un documento auténtico. Como dice Díez-PICAZO⁴, la exigencia del 1280.5 del Código Civil, en relación a los poderes que tengan por objeto actos redactados o que deban redactarse en escritura pública, «viene impuesta por la fehaciencia y estructura misma del documento notarial».

Frente a los otros apartados del artículo 1280, en donde la exigencia de escritura pública es una opción de política legislativa, a mi juicio, la supresión de la exigencia contenida en el último inciso del apartado 5 exigiría con carácter previo o simultáneo la modificación del sistema de actuación de los notarios y, en definitiva, de los caracteres y función del documento público (lo que no se ha producido en este caso).

Por último, cabe señalar que la oponibilidad *erga omnes* que añade al poder electrónico el Registro Mercantil a través de la inscripción no debe afectar a la labor notarial. Que al notario le pueda constar por cualquier medio una relación representativa no le permite tomarla en consideración a efectos del juicio de suficiencia si no consta en un documento fehaciente; así:

- No podemos juzgar acreditada la representación de un factor notorio (artículo 286 CCom) y por eso exigimos a los directores de sucursal sus poderes aunque nos conste y sea notorio que ostentan dicho cargo.
- Tampoco aceptamos la actuación de un mandatario verbal (cuando el representado telefónicamente o por cualquier otro medio de comunicación a distancia nos los manifiesta).
- Y tampoco, por la misma razón, podemos admitir un poder electrónico remitido al *mail* corporativo del notario por mucha firma electrónica reconocida que lo adorne⁵.

En este sentido, cabe recordar aquí la dicción del artículo 166 del Reglamento Notarial, que sólo admite la notoriedad en los casos de representación legal.

Por todos los argumentos expuestos creo que, en el supuesto de autorizarse una escritura en el improbable caso de que la contraparte insistiese en su otorgamiento a pesar de la advertencia del notario, en ningún caso podría contener el juicio de suficiencia, lo que hará que el documento no sería inscribible en el Registro de la Propiedad (por todas, cabe citar la RDGRN 20-9-2006).

⁴ «La representación en el negocio jurídico.» Ed. Civitas.

⁵ Que la actuación notarial no puede guiarse por criterios de oponibilidad lo demuestra el caso del administrador cuyas facultades están limitadas estatutariamente, ya que a mi juicio está claro que no debemos aceptar su actuación si conocemos que excede de sus facultades estatutarias (aun no estando las limitaciones inscritas).

Pero es que, de no compartir el notario autorizante los argumentos expuestos, incluso aunque la escritura incluyera el juicio de suficiencia, tampoco creo que sea inscribible en el Registro de la Propiedad, ya que difícilmente el registrador podrá calificar positivamente la validez del acto dispositivo si no le consta fehacientemente el consentimiento del poderdante (artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

La exigencia de que todos los elementos que determinan la validez del negocio deben constar en documento público deriva con carácter general del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, si bien la misma obligación se recoge de forma explícita en el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, el cual señala que: «*Se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite*. Baste recordar que la relación representativa forma parte del contenido de la inscripción (artículo 51.9.º del Reglamento Hipotecario).

Conviene recordar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de poderes extranjeros, que exigía en todo caso la presencia física del poderdante ante el notario o autoridad extranjera (por todas, las resoluciones de 11 de abril de 1999 y 21 de abril de 2003). También puede traerse a colación la resolución del Centro Directivo de 3 de marzo de 2000, que no admitió un poder en escritura que tenía que ser complementado por documento privado con firma legitimada. Aunque tal vez la formulación más clara la encontramos en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 1991, según la cual no cabe admitir a efectos registrales consentimientos que no consten fehacientemente, ni tampoco los tácitos.

Y es que, como ha señalado GONZÁLEZ-MENESES⁶, «la verdadera base de todos los efectos del Registro es el consentimiento negocial real del titular registral bajo control notarial en la escritura pública».

Todo lo cual es una demostración del peligro que supondría para el sistema la incorporación al Registro de la Propiedad de negocios a los que la intervención notarial no haya dotado de seguridad para poder imputar a una persona la declaración de voluntad negocial.

(Trabajo recibido el 12/11/2013
y aceptado para su publicación el 29/11/2013)

⁶ «La imputación jurídica de las declaraciones de voluntad negocial.» Ponencia presentada en la cuarta sesión del Congreso Notarial español y publicada en la sección 2R de la edición digital de la revista *El Notario del siglo XXI*, cuya lectura recomiendo y que me ha servido de inspiración para la preparación de estas notas.

LA FISCALIDAD DE LA EMPRESA

EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES DE LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES DE SOCIEDADES CIVILES

JOAQUÍN ZEJALBO MARTÍN

Notario

RESUMEN

La exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de las participaciones en las sociedades civiles ha sido tradicionalmente negada por las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores de Justicia. La fundamentación de su negativa ha estado determinada por la doctrina de la Dirección General de Tributos, que ha rechazado la exención por estimar que la sociedad civil carece de personalidad jurídica, apoyándose también en una concepción estricta del término valor a efectos del artículo 108 de la LMV. Sin embargo, a partir de 2005, la Dirección General de Tributos ha venido a reconocer que la exención puede ser estimada si se afirma la personalidad jurídica de la sociedad civil, cuestión que en la actualidad es incontrovertible, por lo que se debe reconocer la exención referida y los tribunales declararla así en sus pronunciamientos.

En los últimos tiempos, la Dirección General de Tributos ha reconocido la exención de la transmisión de las participaciones de las sociedades agrarias de transformación, entidades cuya naturaleza civil es innegable; no reconociendo, obviamente, dicho beneficio fiscal a la transmisión de las participaciones en las comunidades de bienes.

El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, interpretado con arreglo a su finalidad y de acuerdo con el derecho comunitario, no excluye de su ámbito de exención a las transmisiones de las participaciones en las sociedades civiles, y más partiendo de una concepción unitaria de las participaciones sociales, que defiende la doctrina más reciente, que examinamos.

Palabras clave: Exención, impuesto sobre el valor añadido, participación, sociedad civil y personalidad jurídica.

ABSTRACT

The Judgements handed down by the High Courts of Justice have traditionally denied any exemption from Property Transfer Tax for conveyances of stock certificates in civil partnerships. The arguments underlying these refusals have been determined by the legal thinking of the Directorate-General for Taxation, which has ruled out the exemption on the grounds that a civil partnership lacks any legal personality, also supported by a strict conception of the term value for the purposes of article 108 of the Securities Market Act (LMV). Since 2005, however, the Directorate-General for Taxation has been acknowledging that the exemption could be granted if the legal personality of the civil partnership is affirmed, a question that is currently indisputable, therefore the said exemption must be recognized and the Courts must so declare in their pronouncements.

In recent times, the Directorate-General for Taxation has recognized an exemption for the transfer of stock certificates in agrarian transformation partnerships, entities whose civil nature is undeniable; obviously without recognizing this tax benefit for any conveyance of stock certificates in joint property regimes.

Article 108 of the Securities Market Act, construed in accordance with its purpose and Community law, does not exclude transfers of stock certificates in civil partnerships from the scope of its exemption, especially starting from a unified conception of stock certificates, as defended by the most recent legal thinking, which we examine.

Key words: Exemption, value added tax, stock certificate, civil partnerships and legal personality.

A pesar de su relativa importancia, los problemas fiscales relativos a la transmisión de participaciones en sociedades civiles apenas han sido estudiados por la doctrina especializada. El primer autor, que conozcamos, que ha reflexionado con profundidad sobre la cuestión ha sido el profesor César GARCÍA NOVOA, catedrático de Derecho Financiero en la Universidad de Santiago de Compostela, al abordarlo en su monografía titulada «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antielusoria»¹. A continuación intentaremos resumir el pensamiento del autor.

Para GARCÍA NOVOA, el concepto de valor que utiliza el actual artículo 108 es mucho más amplio que la expresión contenida en el artículo 40.dos de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que determinaba el gravamen como transmisiones patrimoniales de la transmisión onerosa de acciones o participaciones representativas del capital de sociedades, habiéndose desvinculado de la dependencia casi absoluta con el concepto de título-valor. La categoría de valor hace referencia a la existencia de un valor económico derivado de la susceptibilidad de negociación de un título. El artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores define como valor negociable «cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero». La Ley del Mercado de Valores se refiere, en concreto, al valor, que tiene dos características: ser negociable en un mercado y estar agrupado en emisiones.

Expuesto lo anterior, el autor aborda la cuestión de las participaciones de las sociedades civiles ante la regulación contenida en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, reconociendo que, en principio, el término valor no com-

¹ GARCÍA NOVOA: «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores: aproximación a una técnica antielusoria», monografía número 3 de AEDAF, marzo, 2008, pp. 47 a 56.

prende las participaciones, y que lo mismo cabría decir de otros títulos que no tienen la condición de valor, como los resguardos nominativos determinantes de una participación en una Sociedad Agraria de Transformación.

Pero frente a una interpretación literal, nos añade el profesor compostelano, se viene propugnando una interpretación finalista del artículo 108, atendiendo a la verdadera voluntad del legislador, interpretando las normas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, criterio al que se remite el artículo 12.1 de la Ley General Tributaria de 2003. Constata que la interpretación finalista es la que asume el Tribunal Económico-Administrativo Central en la Resolución de 2 de junio de 1993: la exégesis del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores «*no debe hacerse exclusivamente en el contexto de la Ley del Mercado de Valores, sino también en el sistema tributario*». Lo anterior determina que para la Ley 37/1992, del IVA, las participaciones son valores, puesto que su artículo 20.1.18 K) proclama la exención de «*los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones de sociedades, obligaciones y demás valores no mencionados en las letras anteriores de este número*», manifestando que, aunque en la normativa reguladora de TPO no se menciona en ningún momento el concepto de participaciones, «*implícitamente están comprendidas en la regla especial de tributación de los títulos-valores*».

Para el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la sentencia de 10 de junio de 1994, la exención de la transmisión de valores, en la modalidad de TPO, no supone otra cosa que hacer extensiva a este impuesto la exención prevista en el IVA para las operaciones sujetas al mismo, que abarca, además de las acciones, a las participaciones de sociedades y, por consiguiente, a las transmisiones de participaciones sociales. La consecuencia es la admisión de la idea de que el régimen del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores se aplica tanto a las acciones como a las participaciones de todo tipo.

Por otro lado, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dispuso «*que el régimen de la tributación de la transmutación de participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*», por lo que resulta claro que las participaciones de sociedades limitadas, pero también la transmisión de otros títulos, quedarán incluidas en el ámbito del artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores. Lo determinante será que los títulos transmitidos otorguen el derecho a participar en los fondos propios, y ello porque el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores prevé que pueda aplicarse a valores o participaciones transmitidos o adquiridos que representen partes alicuotas del capital social o fondos propios de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades.

Lo decisivo es que se transmitan participaciones en fondos propios o patrimonios de una entidad, por eso la Administración Tributaria viene defendiendo que el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores no se podrá referir nunca a par-

participaciones en sociedades civiles que supongan exclusivamente la transmisión de la parte alícuota del bien o derecho que pertenezca en copropiedad, lo que ha llevado a algún autor, PÉREZ FADÓN, a decir que el artículo 108 sólo se aplica a la transmisión de participaciones sujetas al Impuesto sobre Sociedades, criterio que es criticado por GARCÍA NOVOA por entender que el artículo 108.2 a) no limita su ámbito de aplicación a los valores, sino a las participaciones en otras entidades.

En conclusión, el artículo 108 se aplica siempre que se transmitan o adquieran valores que representen partes alícuotas del capital social, participaciones en cualquier entidad, no siendo necesario que la misma tenga capital en un sentido técnico-jurídico. Dichas participaciones deben representar un patrimonio propio de la entidad diferenciado de los socios partícipes. Y ello porque lo que se pretende combatir con el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores es que se encubra la transmisión de inmuebles transmitiendo la titularidad de participaciones de una entidad que es titular de inmuebles. No se puede decir que no se puede aplicar el artículo 108 a la adquisición de participaciones de una sociedad civil.

La consecuencia que se obtiene es la de que se puede encubrir la finalidad de ocultar la transmisión de inmueble cuando se transmite la participación en una sociedad civil o en una sociedad agraria de transformación.

A juicio del mercantilista Cándido PAZ ARES, la transmisión de la parte de socio en una sociedad civil puede tener lugar a través de un doble contrato celebrado, respectivamente, por el saliente y por el entrante con el resto de los socios, o por medio de una auténtica transmisión, que es lo más frecuente. El autor desecha la reticencia de la doctrina tradicional acerca de esta segunda posibilidad, pues la condición de socios no es estrictamente intransmisible, al cumplirse los requisitos y derivados del *intuitus personae*, en especial el consentimiento de los demás socios; no hay dificultad en admitir la transmisión de la participación en la sociedad civil. Aún admitiendo la posibilidad de la transmisión *strictu sensu* de la parte del socio, hay que dilucidar si lo que se transmite es la posición contractual o la transmisión de un derecho de participación objetivado y autónomo. PAZ ARES rechaza el modelo de cesión del contrato, tributario de la figura de las *societas*, que se aviene mal con el modelo de sociedad personificada por el que optó nuestro legislador. Entiende que la construcción más adecuada de la transmisión de la parte de socio es la cesión del derecho de participación: «sobre el vínculo con los demás socios prevalece el puesto objetivo dentro de la organización; en este sentido hemos de recordar que la participación en la sociedad civil no es sólo una relación jurídica, sino un derecho subjetivo y, por ende, un objeto autónomo de los ordenamientos». En este derecho se comprenden de manera unitaria todos los derechos y obligaciones derivados de la posición de socio².

² PAZ ARES: «Comentario al Código Civil», tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 1470 a 1473.

El profesor PAZ ARES ha vuelto a estudiar el tema en el Curso de Derecho Mercantil, cuya segunda edición es de 2006³. En primer lugar, con relación con las sociedades, afirma que la aportación es un acto de enajenación y no de comunicación, como tradicionalmente se le concebía, apoyándose en Resolución de la Dirección de los Registros del Notariado de 17 de julio de 1917. Para PAZ ARES, la función de la participación es la determinación de la posición relativa del socio dentro de la sociedad y, en esa medida, la participación refleja el grado de influencia que tiene cada socio en la determinación de la vida social y la cuota de aprovechamiento que le corresponde en sus rendimientos.

En cuanto a la transmisión de parte de socio, escribe PAZ ARES, *«la doctrina viene discutiendo si se trata de una auténtica transmisión o de un doble contrato (de admisión del socio nuevo o de extinción del vínculo del antiguo), que se encuentran recíprocamente condicionados. En nuestra opinión, sin embargo, la discusión no está así bien planteada, puesto que ambas alternativas son perfectamente viables. Dependerá en cada caso de la voluntad de las partes. La sustitución de un socio por otro puede tener lugar, en efecto, a través de un doble contrato celebrado respectivamente por el saliente y por el entrante con el resto de los socios. El hecho de que ambos contratos se recojan en el mismo documento no es obstáculo para ello. En el caso de que la operación se articule de esta manera, el socio entrante y el socio saliente, normalmente —pero no necesariamente—, establecerán entre ellos relaciones obligatorias con objeto de regular de una manera común y simplificada la liquidación. Fundamentalmente se convendrá que el socio entrante satisfaga en concepto de aportación al socio saliente lo que la sociedad le debe en concepto de liquidación. Esta construcción de la sustitución de socios determina que el entrante adquiere ex novo su condición de socio y que, salvo prescripción diversa, las vicisitudes de uno y otro contrato son independientes.*

No obstante, lo más frecuente en la práctica es que la sustitución de un socio por otro se lleve a efecto por medio de una auténtica transmisión. Esta posibilidad debe admitirse sin ambages. Las reticencias de la doctrina tradicional —que sólo admitía la transmisión en relación a los derechos patrimoniales; para el resto acudía a la idea del doble contrato— han de desecharse. La condición de socio no es estructuralmente intransmisible. El intuitus personae impone ciertos condicionamientos, y especialmente el consentimiento de los demás socios, pero, cumplidos éstos, no hay dificultad en admitirla.

La diferencia entre una y otra fórmula no es sólo teórica. Tiene también un cierto relieve práctico, pues en un caso hay sucesión y en el otro no. Si ha habido transmisión, el socio entrante pasa a ocupar la posición del anterior con todas

³ PAZ ARES: «Curso de Derecho Mercantil», dirigido por Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, tomo I, segunda edición, Thomson-Civitas, 2006, pp. 509 a 510, 647 a 649 y 686 a 689.

sus peculiaridades (v. gr., una participación en los resultados no proporcional a la aportación, etc.), excepción hecha, naturalmente, de las personalísimas. Por el contrario, si ha habido un doble contrato, la posición del saliente y del entrante no tienen por qué coincidir.

Aun admitiendo la posibilidad de una transmisión stricto sensu de la parte de socio, subsiste el problema de determinar su naturaleza jurídica: transmisión de una posición contractual o transmisión de un derecho de participación objetivado y autónomo. Un sector de nuestra doctrina, al partir de la concepción de las sociedades de personas como un contrato obligatorio con algún elemento organizativo, suele inclinarse por la primera alternativa considerando que estamos ante una cesión de contrato. A nuestro juicio, sin embargo, aunque esta construcción se acomoda bien a las sociedades internas, para el modelo general de la sociedad externa ha de preferirse la otra alternativa. La concepción de la cesión de contrato arraiga en la figura de la sociedad, pero nuestro legislador, al personificar a las sociedades mercantiles (v. arts. 116 CCom. y 1669 CC), quiso reforzar el lado organizativo. Y desde la perspectiva de la existencia de una organización ampliamente autonomizada frente a los socios, parece que la construcción más adecuada de la transmisión de la parte de socio es la cesión del derecho de participación. En este sentido hemos de recordar que la participación en la sociedad colectiva no es sólo una relación jurídica, sino un derecho subjetivo y, por ende, un objeto autónomo del tráfico. En ese derecho se comprendían de manera unitaria todos los derechos y obligaciones derivados de la posición de socio».

Los planteamientos del profesor PAZ ARES son seguidos por el profesor Antonio PERDICES HUETOS, que en 1997 escribía: «la participación social determina la posición de parte en el contrato de sociedad. De ahí que la misma deba inmediatamente calificarse como relación jurídica. Ahora bien, eso no impide que la participación social, en cuanto comprende y unifica en las sociedades externas una posición jurídica en el seno de una organización, se presenta asimismo como derecho subjetivo. No se puede entrar en esta sede a valorar las doctrinas que conciben la participación como una relación jurídica compleja o como un status presupuesto de deberes y derechos; a fin de cuentas, todo derecho subjetivo no es sino una relación jurídica, en ocasiones compleja, que presenta —como es el caso— una lógica unitaria interna que facilita extraordinariamente su tratamiento en el tráfico. La participación social unifica y sintetiza así una posición de poder y responsabilidad en el seno de una organización, sin perjuicio de que esa posición se despliegue, como en tantos casos, en una pluralidad más o menos compleja de derechos y deberes derivados.

Esa naturaleza de derecho subjetivo de las participaciones en sociedades externas lo es con independencia del tipo social a que se refieran. Entre unas y otras sólo hay diferencias de estructura —más objetiva y de perfil más definido

en las de capital que en las de personas—, pero no de naturaleza. Si la participación en una sociedad limitada se reconoce pacíficamente como un derecho subjetivo, lo mismo ha de sostenerse para las sociedades de personas. Lo contrario supondría una severa contradicción intrasistemática de valoración, dado que el grado de personalización y exclusividad que puede alcanzar el contenido de la participación social en ambos casos es similar. Supuesto lo anterior, resulta en todo caso pacífica la naturaleza patrimonial de la participación social, a medias entre los derechos reales, los de crédito y los relativos a bienes inmateriales. Este derecho es un elemento integrante del patrimonio de su titular y queda sujeto a su responsabilidad (arts. 1699 CC, art. 64.1 LSA, art. 31 LSRL), si bien el derecho de los acreedores sobre su valor patrimonial global se realizará de acuerdo con las variedades de cada tipo social».

«Los cambios de socios pueden verificarse bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (arts. 1213 y ss. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (art. 1112 y 1526 y ss. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero.

Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1696 CC, art. 143 CCom) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza de derecho subjetivo de la participación social en las mismas ha hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias, entre una y otra vía, es de escaso relieve y, de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontratación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios, donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL; v. infra 17 III).

Siendo toda participación un derecho surgido de un contrato, su transmisibilidad y ley de circulación deberán ser en esencia aquellos propios de los derechos

subjetivos patrimoniales (art. 1112 CC.). El necesario reconocimiento de la condición de derecho subjetivo de la participación en cualesquiera sociedades externas obliga a admitir también la posibilidad de que éstas circulen como tales derechos.

Siendo toda participación un derecho surgido de un contrato, su transmisibilidad y ley de circulación deberán ser en esencia aquellos propios de los derechos subjetivos patrimoniales (art. 1112 CC y ss.). El necesario reconocimiento de la condición de derecho subjetivo de la participación en cualesquiera sociedades externas obliga a admitir también la posibilidad de que éstas circulen como tales derechos.

No es obstáculo a lo anterior el pretendido carácter personalísimo de las participaciones en sociedades de personas que parece desprenderse de los artículos 1696 CC y 143 CCom. Tales normas no obedecen a una naturaleza intrínsecamente personal de la participación, sino —como se viene repitiendo desde el inicio— a una recepción legal de la hipotética voluntad de las partes: las normas que vinculan la participación a la persona del socio simplemente integran o suplen la voluntad presunta de los socios que han elegido un tipo social personalista. Se trata, por tanto, de una originaria restricción circulatoria acorde con el tipo social personalista al que aparecen referidas. La previsión de los artículos 143 CCom y 1696 CC es solamente la lógica inversión de la relación regla-excepción existente entre las sociedades de capital y las de personas (v. supra I III). Eso permite afirmar que esas normas no tienen una racionalidad o una técnica diversa a los pactos de intransmisibilidad que autorizan los artículos 30.3 y 4 LSRL o el artículo 123.4 RRM.

La intransmisibilidad legal de la participación en una sociedad colectiva es la misma que la de una participación intransmisibile en una sociedad limitada o en una anónima laboral: en ambos casos esa intransmisibilidad se limita a ser una cláusula de autorización concedida a favor de todos los socios (v. infra 3 II y 17 II). Nada obsta, por tanto, de cumplirse las oportunas condiciones restrictivas, la posibilidad de una auténtica transmisión de la participación en una sociedad de personas, como reconoce, por ejemplo, el artículo 16.2 LAIE, al referirse al “supuesto general de transmisión”. El principio en las sociedades de personas no es, por tanto, la condición personal y esencialmente intransmisibile de la participación, sino sólo una incredibilidad negocial presunta; una restricción circulatoria inicial sujeta a la libre disposición de los socios.

Por otra parte, la baja de un socio, la recontractación con otro entrante tampoco es desconocida en las sociedades de capital. Ese es el mecanismo que para los cambios de socios admiten los artículos 62 LSA y 28 LSRL, supuesta la prohibición de transmisión de participaciones de las sociedades anónimas y limitadas en formación.

De lo hasta ahora expuesto se debe retener que la participación en cualquier sociedad externa es un derecho subjetivo patrimonial, que, precisamente por serlo, resulta objeto idóneo de contratos transmisivos. En consecuencia, el régimen transmisivo del derecho de participación será, salvo especialidades derivadas de su eventual incorporación, el propio de la cesión de créditos y demás derechos incorporales (arts. 1526 y ss. CC, art. 56.1 LSA)»⁴.

La exposición de PERDICES HUETOS es reproducida resumidamente en sus recientes comentarios al artículo 1696 del Código Civil⁵.

En la misma línea, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ escribía en 1999 que *«parece correcto estimar que no existe ninguna diferencia entre la participación en la limitada y la participación en la colectiva o en la anónima», «la noción de participación es unitaria para todo el derecho de sociedades», «nuestra doctrina más reciente, influida, sin duda, por la doctrina mayoritaria alemana, tiende a ver en la participación —a nuestro juicio, con acierto— una relación jurídica y un derecho subjetivo». «Estamos, en efecto, en presencia de una relación jurídica porque la participación supone la existencia de un vínculo jurídico entre el socio y la sociedad, y entre los propios socios, de acuerdo con un contenido peculiar de derechos y obligaciones, que tienen como fuente la ley, el contrato fundacional y los estatutos. Pero la participación es algo más que una posición contractual con sus correspondientes derechos y obligaciones. La misma transmisibilidad de la condición de socio, o la simple posibilidad de constituir usufructo o prenda sobre ella, ponen en evidencia la patrimonialización y objetivación de la participación, algo que autoriza a concebir la condición de socio como un derecho subjetivo, objeto de eventuales negocios jurídicos. Este complejo derecho subjetivo, con todo su contenido patrimonial y personal, se encuentra a caballo de los derechos de crédito, los derechos reales y los derechos que recaen sobre bienes inmateriales (PAZ-ARES, Comentario CC, II, 1327 y 1329); y, por supuesto, merece el amparo constitucional del artículo 33.3 de nuestra Carta Magna en caso de expropiación»⁶.*

Expuesta la sustancia de la doctrina, procede un examen jurisprudencial y doctrinal del tema.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1994, número 1.668, es de interés, al calificar como bienes muebles las participaciones en sociedades que

⁴ PERDICES HUETOS: «Cláusula restrictiva en la transmisión de acciones y participaciones», Cívitas, 1997, pp. 32 a 36.

⁵ «Comentarios al Código Civil», dirigidos por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, tomo VIII, Tirant lo Blanch; 2013, pp. 11592 a 11597.

⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles», dirigido por Rodrigo Úria, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo XIV, volumen 1.º-A, Cívitas, 1999, pp. 129 a 130.

tengan personalidad jurídica, algo ya reconocido en el derecho francés a principios del siglo XIX, siendo pronunciada a propósito de una sociedad mercantil irregular, llegando a la conclusión de que *«en esta clase de sociedades no puede hablarse de participaciones sociales, sino de cuotas abstractas e ideales de una participación en pro indiviso en bienes que tienen naturaleza de muebles y de inmuebles, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el art. 11.22 TR del Impuesto, que ha sido transcrito anteriormente, con arreglo a cuyo precepto en estos casos debe de aplicarse el tipo aplicable a los bienes inmuebles, al no haberse especificado en el documento público de transmisión la parte de valor que corresponde a cada uno de estos grupos de bienes, y sin que pueda admitirse, como pretende la parte apelante, que este precepto tenga que ceder, por prevalecer el carácter de bien mueble que tiene la participación social, ya que, como antes se ha razonado, ello es solamente cuando lo que se transmiten son verdaderas y propias participaciones sociales, de sociedades con personalidad jurídica, pero no cuando, como ocurre en el presente caso, no puede hablarse de una verdadera y propia participación social, como se ha razonado hasta aquí»*. La consulta de la Dirección General de Tributos de la Generalitat de Cataluña de 13 de diciembre de 2012, número 2012/365E, citando la anterior sentencia, constata que en la sociedad irregular, la participación del socio en una sociedad civil se configura como una participación alicuota sobre el patrimonio, de tal manera que su transmisión está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones. Consecuentemente, en caso contrario, pensamos que no se tendrían que aplicar sus conclusiones.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de junio de 1994, recurso 309/1992, expuso que *«conviene tener presente que el art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 julio, contempla la exención del Impuesto referido respecto de la transmisión de valores admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial. Y este artículo no hace sino, como se señala en el apartado 16 de la Exposición de motivos, hacer extensivo al Impuesto sobre Transmisiones la exención prevista en el Impuesto sobre el Valor Añadido para las operaciones sujetas al mismo, exención que abarcaba a las operaciones relativas, además de a las acciones, a las participaciones de sociedades, conforme al art. 8.1.18 g) de la Ley 30/1985 sobre el IVA y, por consiguiente, a las transmisiones de participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada sujetas a dicho impuesto. Y éste es el criterio sostenido por la propia Administración (Subdirección General del mencionado Impuesto sobre Transmisiones en la contestación dada con fecha 15 de junio de 1989)»*.

Para la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de octubre de 1999, recurso 2509/1997, no se puede confundir la venta de las participaciones sociales con la venta de los inmuebles de la sociedad, *«además la venta de las participaciones en la sociedad por los socios no puede ser considerada en ningún caso la transmisión de los elementos patrimoniales de la sociedad, ya que ésta subsiste y sigue siendo la titular, variando sólo los socios por la*

transmisión de las participaciones y con ello del interés de cada uno de los transmitentes en la Sociedad. Por otro lado, la no sujeción al ITP y AJD se refiere a las entregas de inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, lo que no es el caso. Tampoco puede ampararse la pretensión de la actora en el art. 3 de la Ley 30/1985, pues las entregas de bienes y prestaciones de servicios que constituyen el hecho imponible del IVA, para que estén sujetas es preciso que estén realizadas por empresarios o profesionales a título oneroso con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, supuesto que la cita del art. 8.1 g) de la citada Ley 30/1985 no hace más que confirmar lo expuesto, dado que las operaciones relativas a acciones y participaciones en sociedad están exentas del IVA, por consiguiente no aplicable al ITP y AJD, con las salvedades que guarda el precepto, provocando la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones por aplicación del que el mencionado art. tampoco concurre. 7.5 del RD-Ley 3050/1980».

EL Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de 9 de marzo de 2007, recurso 530/2005, declaró que la primera cuestión suscitada es estrictamente jurídica, y se centra en determinar si está exenta, a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, la transmisión de participaciones indivisas de dos fincas urbanas que constituyen una Comunidad de Bienes, por estimar el recurrente que resulta aplicable la exención prevista para la transmisión de participaciones en entidades a las que se refiere el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Dirección General de Tributos en consultas de 27 de febrero y 16 de abril de 2001 (Resoluciones 430/01 y 753/01), así como de 28 de septiembre de 2005 (Resolución 1883/05), cuyas consideraciones compartimos en su integridad, concluyendo que *«si bien el artículo 45.I.B.9 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados declara exentas las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley y 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tal beneficio fiscal no resulta aplicable a la transmisión de participaciones en sociedades civiles o comunidades de bienes»*.

«Según el artículo 399 del Código Civil, todo condueño tiene la plena propiedad de su parte, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. A efectos fiscales, la transmisión de la propiedad de una cuota en una comunidad de bienes origina el hecho imponible del gravamen de Transmisión Patrimonial Onerosa, no siendo aplicable la exención prevista en el artículo 45.I.B.9, que afecta exclusivamente a la transmisión de valores, y tal argumentación descansa en la diferente naturaleza jurídica de la cuota en el condominio y del valor participativo mercantil, y en la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones.

Consecuentemente, hemos de concluir con el TEAR que no resulta aplicable la exención regulada en el citado artículo 45.I.B).9 del Texto refundido, debiendo tributar por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas».

La transmisión de las participaciones sociales de las SAT ha dado lugar a diversas sentencias que reseñamos, advirtiéndolo que, si bien los Tribunales Superiores de Justicia han negado la aplicación de la exención del artículo 108 a la transmisión de sus participaciones, finalmente ha sido declarada dicha exención por la Dirección General de Tributos.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2000, recurso 3043/1996, ha declarado que *« las SAT, según indica el artículo 1.º del Real Decreto 1776/81, de 3 Ago., son Sociedades Civiles, de finalidad económico-social destinadas a la “producción, transformación y comercialización de productos agrícolas, ganaderos o forestales, la realización de mejoras en el medio rural, promoción y desarrollo agrario y la prestación de servicios comunes que sirvan a aquella finalidad”. El capital social de dichas sociedades, según expresa el artículo 8.º, estará constituido por el valor de las aportaciones realizadas por los socios. Dichas aportaciones estarán representadas por resguardos nominativos que, si bien materializan una parte alícuota del capital,»... NO TENDRÁN EL CARÁCTER DE TÍTULOS-VALORES, Y SU TRANSMISIÓN NO OTORGARÁ LA CONDICIÓN DE SOCIO AL ADQUIRENTE...»*

Así pues, desde una primera perspectiva, hay que negar a los mencionados resguardos nominativos el carácter de título-valor, ya que la norma reguladora de los mismos también se lo niega. Es más, tampoco se produce la circunstancia de literalidad que conlleva todo título, pues su transmisión, no otorga la condición de socio al adquirente. En suma, no se trata ni de una acción, ni de una participación social, aunque sí de un título análogo en la medida en que conlleva y es expresivo de una alícuota parte del capital de la Sociedad.

Desde otro punto de vista, la exención que comporta el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores no puede desvincularse de su marco operativo. En otras palabras, la Ley no regula, ni está destinada a regular, las incidencias de cualquier título-valor; sino sólo las vicisitudes de aquellos a los que específicamente se refiere, y para los cuales está construida la exención que el artículo 108 proclama. Estos valores no son otros que los que menciona el artículo 2.º del citado cuerpo legal. Esto es, para que los valores queden comprendidos en el marco de la Ley es preciso que sean negociables y estén agrupados en emisiones.

Las participaciones que aquí se consideran ni están agrupadas en series, ni son negociables en el sentido de la Ley, puesto que dicha negociabilidad se determina por la norma que se considera, en función de un mercado, grande o pequeño, pero que en el supuesto que se contempla no existe, caracterizado por el

predominio de los términos económicos sobre las características personales de los contratantes, precisamente lo contrario de lo que ocurre con los resguardos nominativos de las SAT.

Así las cosas, nos encontramos ante un acto sujeto al Impuesto, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales onerosas, y no exento a tenor de lo que previenen los artículos 7.º y ss. de su Ley reguladora, y el artículo 108 de la LMV examinado, si bien la cuota tributaria no podrá ser la que determina la letra “b” del párrafo 1.º del artículo 11 del RD-L 3050/80, de 30 Dic., sino la de la escala que determina el párrafo 3.º del artículo 12 del mismo cuerpo legal, según redacción dada por el artículo 104.2 de la Ley 33/87, de 23 Dic.»

Para la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía de 26 de junio de 2001, «*las Sociedades Agrarias de Transformación son sociedades civiles constituidas para el cumplimiento de los fines recogidos en el R. D. 1776/1981. Conforme al art. 8.º de este texto, “el capital social de las SAT estará constituido por el valor de las aportaciones realizadas por los socios a la SAT, bien en el acto de constitución o en virtud de posteriores acuerdos. Dichas aportaciones estarán representadas por resguardos nominativos que, autorizados con las firmas del Presidente y del Secretario de la SAT, materializarán una parte alicuota del capital social, de forma que no ofrezca duda la aportación individual de cada socio. Los resguardos no tendrán el carácter de títulos-valores y su transmisión no otorgará la condición de socio al adquirente”.* Por consiguiente, no es de aplicación a la transmisión de dichos resguardos nominativos, representativos de las participaciones en el capital de “S.A.T. G[...]”, la exención establecida para los títulos-valores por el art. 108 de la Ley de Mercado de Valores, recogida por el art. 45 del vigente Texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y A.J.D., debiendo tributar en consecuencia por el concepto de transmisiones onerosas de este Impuesto sin exención, al tipo del 4% establecido en el art. 11.1.b) del citado Texto refundido para la transmisión de bienes muebles».

Igualmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2003, recurso 462/2003, declaró que: «*El capital social de dichas sociedades, según expresa el artículo 8.º, estará constituido por el valor de las aportaciones realizadas por los socios. Dichas aportaciones estarán representadas por resguardos nominativos que si bien materializan una parte alicuota del capital, “... No tendrán el carácter de Títulos-Valores, y su transmisión no otorgará la condición de socio al adquirente...”*».

Así pues, desde una primera perspectiva, hay que negar a los mencionados resguardos nominativos el carácter de título-valor, ya que la norma reguladora de los mismos también se lo niega. Es más, tampoco se produce la circunstancia de literalidad que conlleva todo título, pues su transmisión, no otorga la condición de socio al adquirente. En suma, no se trata ni de una acción, ni de una

participación social, aunque sí de un título análogo en la medida en que conlleva y es expresivo de una alicuota parte del capital de la Sociedad.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de enero de 2004, recurso 499/200, declaró que *«con independencia de otras normas tributarias que contemplan específicamente a las SAT, no existe previsión concreta para el supuesto de hecho que nos ocupa, a diferencia de lo que sucede con las Sociedades de Responsabilidad Limitada para las que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, previene que el régimen de tributación de la transmisión de participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores en el art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, previsión ésta posterior a esta Ley y al Texto Refundido de 1993 citado que no se ha llevado a cabo por el legislador para las SAT».*

Para él, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 22 de junio de 2007, recurso 1049/2004, *«hay que negar a los mencionados resguardos nominativos el carácter de título-valor, ya que la norma reguladora de los mismos también se lo niega. Es más, tampoco se produce la circunstancia de literalidad que conlleva todo título, pues su transmisión no otorga la condición de socio al adquirente. En suma, no se trata ni de una acción ni de una participación social, aunque sí de un título análogo en la medida en que conlleva y es expresivo de una alicuota parte del capital de la Sociedad».* *«Desde otro punto de vista, la exención que comporta el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, no puede desvincularse de su marco operativo. En otras palabras, la Ley no regula, ni está destinada a regular, las incidencias de cualquier título-valor; sino sólo las vicisitudes de aquellos a los que específicamente se refiere y para los cuales está construida la exención que el artículo 108 proclama. Estos valores no son otros que los que menciona el artículo 2 del citado cuerpo legal. Esto es, para que los valores queden comprendidos en el marco de la Ley es preciso que sean negociables y estén agrupados en emisiones. Las participaciones que aquí se consideran ni están agrupadas en series ni son negociables en el sentido de la Ley, puesto que dicha negociabilidad se determina por la norma que se considera, en función de un mercado, grande o pequeño, pero que en el supuesto que se contempla no existe, caracterizado por el predominio de los términos económicos sobre las características personales de los contratantes, precisamente lo contrario de lo que ocurre con los resguardos nominativos de las Sociedades Agrarias de Transformación. Así las cosas, en el presente caso nos encontramos ante un acto sujeto al Impuesto, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, y no exento a tenor de lo que previenen los artículos 7 y siguientes de su Ley Reguladora y el artículo 108 de la LMV examinado, procediendo, en suma, la desestimación del recurso al ser conforme a Derecho la resolución impugnada».*

La importante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de noviembre de 2008, recurso 1207/2007, muy citada, declaró que *«la tesis soste-*

nida en la resolución recurrida por la Administración demandada, por remisión a la consulta de 16 de abril de 2001 y a las que la misma se remite, es que “debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión —artículo 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva—” y que “no resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o participe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria, que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones”».

«Dicha conclusión es compartida por este Tribunal, en el sentido de que la exención no resulta aplicable a la transmisión de participaciones en sociedades civiles, como las aquí enjuiciadas, y cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, de forma que el socio lo que ostenta es una cuota abstracta e ideal en un pro indiviso de bienes y por ello, cuando un partícipe transmite su participación, lo que transmite es su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la sociedad civil.

Al no producirse en puridad transmisión de valores, sino transmisión parcial de los bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Sociedad, no resulta aplicable la exención regulada en el artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido, debiendo tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y habiéndolo entendido así la resolución recurrida resulta procedente desestimar la demanda interpuesta.»

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Bizkaia de 13 de noviembre de 2008, recurso 280/2008, relativa a la transmisión de unas cuotas de participación, declaró que *«hay que precisar que ni la Ley del Mercado de Valores ni la normativa tributaria define el concepto de “valores”, debiendo tenerse en cuenta, además, que la normativa precitada descansa sobre el concepto de “valores negociables”, que sí se encuentra definido y delimitado en el artículo 2 del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, de cuya lectura claramente se desprende que las participaciones en ZZZ, no tienen la consideración de valores negociables, y por lo tanto, en supuestos de transmisión de dichas participaciones no es de aplicación la exención prevista en el artículo 108 de la Ley 24/1988 y 91.2 del Decreto Foral*

106/2001, ya que no existe, en dicha normativa, previsión concreta para el supuesto de hecho que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre con las Sociedades de Responsabilidad Limitada, para las que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, previene que el régimen de tributación de la transmisión de participaciones sociales será el establecido para la transmisión de valores en el artículo 108 de la Ley 24/1988, regulación que ya ha sido recogida en el artículo 91.2 del Decreto Foral 106/2001, previsión ésta que no ha sido recogida por el legislador para supuestos como el que nos ocupa.

La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por las alegaciones vertidas por la parte recurrente, de que se produciría una situación discriminatoria con las sociedades anónimas o limitadas, ya que el artículo 133.3 de la Constitución establece el principio de reserva de Ley para todo beneficio fiscal. La exención, se la incluya en el concepto más amplio de beneficio fiscal o se la presente dotada de identidad especial y separable del resto de beneficios fiscales, lo cierto es que, en sus referencias legales, empezando por el artículo 7.d) de la Norma Foral General Tributaria, se la considera como elemento esencial del tributo y, por eso mismo, sometida al principio de reserva de Ley. Sobre el tema de la interpretación del ámbito de aplicación de las exenciones ni los pronunciamientos de los Tribunales ni los comentarios de la doctrina han sido pacíficos. La idea más persistente es que las exenciones, por ser privilegios y excepciones al principio de igualdad, y por imperativo del artículo 13 de la citada Norma Foral, deben ser objeto de interpretación restrictiva, estando prohibida su extensión a supuestos distintos de los estrictamente previstos, para que una exención o bonificación pueda ser declarada, ha de estar previamente establecida, clara y expresamente en disposiciones aplicables al caso, no debiendo ser estas disposiciones interpretadas ni aplicadas en forma extensiva, analógica o deductiva, sino siempre ateniéndose a los términos estrictos o literales de las normas que las reconozcan o establezcan, como dice el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de abril de 1980 y 25 de febrero de 1993.2».

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 27 de septiembre de 2010, recurso 1780/2003, ha declarado que «respecto a la cuestión planteada, el Tribunal Supremo (sentencia de 7 de mayo de 1994, entre otras), ha referido a los efectos del ITPO que en las entidades sin personalidad jurídica, como son las comunidades de bienes constituidas sobre un pro indiviso, no puede hablarse de verdaderas participaciones sociales, sino de cuotas abstractas o ideales sobre dicho pro indiviso, de tal modo que a su transmisión debe aplicarse el tipo de gravamen propio de la clase de bienes sobre los que se constituye el condominio, el 6 por 100 que grava las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en el presente caso.

En las comunidades de bienes existen pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y atribución de cuotas, constituyendo tal convenio el caso típico de la

copropiedad o concurso de varios derechos de propiedad, perteneciente a varios titulares, estando dividida la cosa común no en partes físicas determinadas, sino en partes ideales llamadas cuotas, que constituyen el objeto de cada condómino, rigiéndose en primer lugar por las normas de su constitución, y de modo supletorio por los artículos 392 (LA LEY 1/1889) y ss. del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 mayo 1993)».

El artículo 17.2 del TRLITP se pronuncia en estos términos: «Las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, que queden exentas de tributar como tales, bien en el Impuesto sobre el Valor Añadido o bien en la modalidad de “transmisiones patrimoniales onerosas” del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, así como su adquisición en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, tributarán por la citada modalidad, como transmisiones onerosas de bienes inmuebles, en los casos y con las condiciones que establece el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio (LA LEY 1562/1988), del Mercado de Valores».

«Del tenor literal del precepto transcrito se deduce que no son equiparables la adquisición de participaciones en un pro indiviso a la transmisión de valores a que se refiere dicha norma, siendo expresión extraña al supuesto que analizamos, por lo que no cabe entender que se refiera el artículo 17.2 TRLITP a la transmisión de participaciones en una Comunidad de Bienes. De otra parte, el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, aprobado en cumplimiento de la Directiva de la Comunidad Económico Europea relativa a la imposición indirecta de las transacciones sobre valores, pretende evitar la evasión del impuesto que grava las transmisiones onerosas cuando la materialidad de la transmisión del bien se sustituye por títulos representativos del mismo, y así lo ha advertido atinadamente la resolución que es aquí objeto del presente recurso, sin que esta Sala pueda acoger la artificial argumentación del actor contenida en la demanda, mutando la naturaleza de las participaciones en la Comunidad de Bienes gravadas, para obtener su exención en virtud de distintas consideraciones, incurriendo, finalmente, en contradicción con la postura mantenida, al denunciar la falta de aplicación de un procedimiento especial de revisión por la Administración para subsanar los errores padecidos por los contribuyentes en las autoliquidaciones; luego parece claro que admite haber padecido error al presentar la escritura a liquidación en calidad de exenta.

Con base a la expuesta doctrina e interpretación, a la que alude el fundamento de derecho primero de la resolución del TEAR recurrida, se llega acertadamente a la conclusión de que la transmisión de participaciones en el pro indiviso gravadas se ajusta a lo establecido en los artículos 7.1.A), 11.1.a) y 17.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto.»

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de febrero de 2011, recurso 16351/2009, constata que *«en cuanto al argumento que se promueve subsidiariamente —exención por tratarse de transmisión de participaciones sociales— el artículo 45. I B), 9 del Texto Refundido antes citado declara exentas las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Ahora bien, el porcentaje de participación en una sociedad civil, objeto de adquisición y que se somete a liquidación del impuesto, no tiene la condición de “valores” a efectos de la exención pretendida, asistiendo la razón al Sr. Abogado del Estado al aludir al artículo 2 de la mencionada Ley, puesto que en ninguno de los instrumentos allí mencionados encaja la participación social que se transmite»*.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de mayo de 2011, recurso 298/2009, en la que los recurrentes utilizaron unos argumentos que compartimos, declara que *«se alega que las participaciones de IDOM, Sociedad Civil Profesional, no tienen la consideración de valores negociables y por lo tanto, en supuestos de transmisión de dichas participaciones no es de aplicación la exención prevista en el artículo 108 de la Ley 24/88 (LA LEY 1562/1988) de la Ley de Mercado de Valores y 91.2 del Decreto Foral 106/2001, que aprueba el Reglamento del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ya que no existe en dicha normativa previsión concreta para el supuesto de hecho que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre con las sociedades de responsabilidad limitada. Rechaza la alegación de que se produciría una situación discriminatoria con las sociedades anónimas y limitadas, ya que el artículo 133.3 de la CE establece el principio de reserva de ley para todo beneficio fiscal. La exención por ser una excepción al principio de igualdad y por imperativo del artículo 13 de la NFGT debe ser objeto de interpretación restrictiva, estando prohibida su extensión a supuestos distintos de los estrictamente previstos»*.

«En cuanto al fondo, lo que se discute en el caso enjuiciado es la aplicación a la transmisión controvertida de la exención prevista en el artículo 108 de la Ley 24/88 de 28 de julio (LA LEY 1562/1988) de Mercado de Valores, artículo 4 cuatro b) de la Norma Foral 7/94 de 9 de noviembre (LA LEY 6020/1994) del Impuesto sobre el Valor Añadido y artículo 91 del Decreto Foral 106/2001, de 5 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y dado que la conclusión a la cuestión depende de la calificación o no de valor de las participaciones transmitidas la parte recurrente.

Argumenta la parte recurrente que el concepto “valor” a efectos de la exención en ITPAJD regulada en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, comprende las participaciones que representen partes alicuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades, como es el

caso de una sociedad civil, siempre y cuando se trate de un ente con personalidad jurídica, sin que para ello exija la normativa que la entidad deba tener la consideración de sujeto pasivo del IS: las participaciones en IDOM, Sociedad Civil Profesional, tienen la consideración de “valor” a efectos de la aplicación de la exención. Subsidiariamente, para el supuesto de que no se admitan los anteriores argumentos, la parte recurrente considera que la exención resultaría igualmente aplicable por cuanto el activo de IDOM son valores y tesorería y, por tanto, dichos elementos patrimoniales son los activos subyacentes correspondientes a las participaciones de la sociedad transmitidas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.A del Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, están sujetas a tributación las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos integrantes del patrimonio de personas físicas o jurídicas, de modo que la transmisión que un socio de una sociedad civil hace de su participación social origina el hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

La tesis sostenida por la parte recurrente no puede ser admitida: no resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), así como de la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley General Tributaria 58/2003 (LA LEY 1914/2003), y artículo 13 de la NFGT 2/2005, de la que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones.

La exención no resulta aplicable a la transmisión de participaciones en sociedades civiles, y cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, de forma que el socio lo que ostenta es una cuota abstracta e ideal en un pro indiviso de bienes y por ello, cuando un partícipe transmite su participación, lo que transmite es su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la sociedad civil.

No resulta equiparable la cuota que los condóminos ostentan en la comunidad de bienes, en las condiciones reguladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles.

Según el artículo 399 del Código civil (LA LEY 1/1889), todo condueño tiene la plena propiedad de su parte, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. A efectos fiscales, la transmisión de la propiedad de una cuota en una comunidad

de bienes origina el hecho imponible del gravamen de Transmisión Patrimonial Onerosa, no siendo aplicable la exención prevista en el artículo 45.I.B.9, que afecta exclusivamente a la transmisión de valores, y tal argumentación descansa en la diferente naturaleza jurídica de la cuota en el condominio y del valor participativo mercantil, y en la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley 58/2003 (LA LEY 1914/2003), General Tributaria, de 17 de diciembre, que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones.

En estos términos se ha pronunciado, entre otras, la STSJ de Aragón de 3.11.08 núm. 574 en el rec. 120/07 y la STSJ de Castilla y León, sede Burgos, de 9.03.07, núm. 122 en el rec. 530/05.»

La última sentencia publicada es del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2013, recurso 13357/2010, reitera la doctrina tradicional, exponiendo lo siguiente: *«Entiende el recurrente que conforme a dicho precepto, la compra de dos títulos o participaciones de la Comunidad de Regantes Pozo “DIRECCIÓN/000” está exenta y no sujeta por tanto al Impuesto de Transmisiones. La adquisición de dichos títulos o participaciones confiere a su titular los mismos derechos y obligaciones que confieren a los titulares las acciones o participaciones sociales de las sociedades de capital. Por la adquisición de las participaciones, el comprador adquiere la cualidad de socio o accionista en la Comunidad de Regantes.*

Además, el 108.2.a) alude a “sociedades, fondos, asociaciones, y otras entidades”, fijando así un concepto amplio de la transmisión de valores, pues incluso admite que se refieran a “fondos, asociaciones y otras entidades”, por tanto, en este concepto residual “de otras entidades” están comprendidas las Sociedades Civiles o Comunidades de Regantes.

Añade que los Estatutos de la Sociedad de Riegos La Perla del Pla de Olocau, Sociedad Civil, regula en sus artículos VIII, IX y XII el capital social y la forma de transmisión de las participaciones en que esté dividido el capital social. Hay que significar que los propios títulos de la Sociedad Civil o Comunidad de Regantes se transmiten mediante endoso.»

«En conclusión, queda adverbado que las participaciones son transmisibles por estar representadas por títulos y estando divididos en participaciones sociales en la misma forma y modo que los títulos que regulan la exención en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988).

Oponiéndose a lo pretendido el ABOGADO DE LA GENERALIDAD, indicando que la exención prevista en el artículo 45.I.B.9 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (LA LEY 3423/1993), por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LA LEY 3423/1993) no es aplicable a la transmisión de participaciones de una sociedad civil en tanto que las participaciones de los socios en una sociedad civil no resultan equiparables con los valores que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil sin ánimo de beneficio, y constituida con el fin de satisfacer, en este caso, la necesidad de agua para riego, frente al valor participativo y con ánimo de lucro de las mercantiles a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988). Así fue además resuelto en Sentencia de la Sección Primera núm. 734/2000 (Recurso contencioso-administrativo 3043/1996).»

«La resolución de la controversia dependerá de la calificación o no de “valor” de las participaciones de la Comunidad de Regantes transmitidas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.A del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (LA LEY 3423/1993). “Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas. De modo que la transmisión que un socio de una sociedad civil hace de su participación social origina el hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

La tesis sostenida por la parte recurrente no puede ser admitida: no resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código civil (LA LEY 1/1889), con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), así como de la prohibición de la analogía contenida en el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LA LEY 1914/2003): “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.»

«En este punto cabe citar la Sentencia núm. 734/2000 de la Sección Primera de esta Sala, citada expresamente por el Abogado de la Generalidad, que, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala: Las participaciones que aquí se consideran, ni están agrupadas en series, ni son negociables en el sentido de la Ley puesto que, dicha negociabilidad, se determina por la norma que se considera, en función de un mercado, grande o pequeño, pero que en el supuesto que se contempla no existe, caracterizado por el predominio de los términos económicos sobre las características personales de los contratantes, precisamente lo contrario de lo que ocurre con los resguardos nominativos de las SAT.»

«Del mismo modo cabe citar la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 3 de noviembre de 2008 (Recurso contencioso-administrativo 120/2007) que, en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, señala: En conclusión, señala que estamos en presencia de una sociedad mercantil irregular con personalidad jurídica, por lo que los títulos de participación social de los socios, constituyen verdaderos valores participativos de carácter mercantil, conforme a la Ley 24/1988 (LA LEY 1562/1988), procediendo la exención en la transmisión de los mismos.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que, como señalan las contestaciones a las consultas incorporadas a la resolución recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1.A del Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, están sujetas a tributación las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos integrantes del patrimonio de personas físicas o jurídicas, de modo que la transmisión que un socio de una sociedad civil hace de su participación social origina el hecho imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas. Lo que se plantea en el caso enjuiciado es si es de aplicación la exención prevista en el artículo 45.I.B.9 de dicho texto legal, que declara exentas “las transmisiones de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988)”.»

«La tesis sostenida por la Resolución recurrida por la Administración demandada, por remisión a la Consulta de 16 de abril de 2001 y a las que la misma se remite, es que “debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión —artículo 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre (LA LEY 2770/1984), reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva—” y que “no resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código civil (LA LEY 1/1889), con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o participe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988), así como de la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria (LA LEY 1914/2003) que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones”.»

«Dicha conclusión es compartida por este Tribunal, en el sentido de que la exención no resulta aplicable a la transmisión de participaciones en sociedades civiles, como las aquí enjuiciadas, y cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, de forma que el socio lo que ostenta es una cuota abstracta e ideal en un pro indiviso de bienes y por ello, cuando un partícipe transmite su participación lo que transmite es su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la sociedad civil.

Al no producirse en puridad transmisión de valores, sino transmisión parcial de los bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Sociedad no resulta aplicable la exención regulada en el artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido, debiendo tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas y habiéndolo entendido así la resolución recurrida resulta procedente desestimar la demanda interpuesta.

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Para la Resolución del TEAC de 2 de junio de 1993, no cabe duda que para el Impuesto sobre el Valor Añadido las participaciones son valores como tal y como se desprende de la actual Ley, artículo 20. 1.18º K, donde las participaciones sociales están expresamente englobadas con las acciones, obligaciones y demás títulos valores.»

Examinada la llamada jurisprudencia menor, pasamos al examen de la doctrina administrativa, en la que sí encontramos un atisbo de solución positiva al problema estudiado. En primer lugar examinamos la doctrina que excluye de la aplicación de la exención del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores a las transmisiones de las cuotas de comunidad.

Para la Consulta 0430-01 de 277027/2001. *«A efectos de la exención, debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión —artículo 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva. Ahora bien, no resultan equiparables las cuotas que los condóminos ostentan en la comunidad de bienes, en las condiciones reguladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles.*

Según el artículo 399 del Código Civil, todo condueño tiene la plena propiedad de su parte, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. A efectos fiscales, la

transmisión de la propiedad de una cuota en una comunidad de bienes origina el hecho imponible del gravamen de Transmisión Patrimonial Onerosa, no siendo aplicable la exención prevista en el artículo 45.I.B.9, que afecta exclusivamente a la transmisión de valores. Tal argumentación descansa en la diferente naturaleza jurídica de la cuota en el condominio y del valor participativo mercantil, y en la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones. No obstante, si la transmisión de la propiedad de la cuota en un condominio se realiza por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se origina el hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.5 del Decreto Legislativo 1/1993 y el artículo 4. Cuatro de la Ley 37/1992, quedando la operación no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.»

La Consulta V1385-05 de 28/09/2005 dispone que «a efectos de la exención, debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión —artículo 7 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre—, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Ahora bien, no resultan equiparables las cuotas que los condóminos ostentan en la comunidad de bienes, en las condiciones reguladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles.

Según el artículo 399 del Código Civil, todo condueño tiene la plena propiedad de su parte, pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla. A efectos fiscales, la transmisión de la propiedad de una cuota en una comunidad de bienes origina el hecho imponible del gravamen de Transmisión Patrimonial Onerosa, no siendo aplicable la exención prevista en el artículo 45.I.B.9, que afecta exclusivamente a la transmisión de valores. Tal argumentación descansa en la diferente naturaleza jurídica de la cuota en el condominio y del valor participativo mercantil, y en la prohibición contenida en el artículo 14 de la Ley 58/2003, General Tributaria, de 17 de diciembre, que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones».

A su vez, la Consulta 0756-01, de 16/04/2001, relativa a una persona física socio de una sociedad civil lleva a cabo la transmisión de su participación social, declaró que «este Centro Directivo ya ha señalado en Consulta de 27 febrero 2001 que debe entenderse por valores los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como

acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, así como otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en Fondos de Inversión —artículo 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva.

No resultan equiparables las participaciones que los socios ostentan en una sociedad civil, regulada en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil, con los valores, negociables o no, que otorgan a su titular la condición de socio o partícipe de sociedades mercantiles, a causa de la diferente naturaleza jurídica de la participación en una sociedad civil y del valor participativo mercantil a que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como de la prohibición contenida en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria que descarta la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones o bonificaciones», y que «en relación a este tipo de entidades no puede decirse estrictamente que el socio, heredero, comunero o partícipe ostente una participación social, sino una cuota abstracta e ideal en un pro indiviso de bienes cuya naturaleza es de muebles e inmuebles, según los casos. Por ello, cuando un partícipe de cualquiera de estas entidades manifiesta que transmite su participación, en realidad no efectúa tal negocio jurídico sino que está procediendo a transmitir su cuota abstracta en los bienes concretos que integran la comunidad de bienes, sociedad civil, o herencia yacente, de manera que fiscalmente el tipo impositivo debe ser el que corresponda a cada uno de los bienes concretos incluidos en dicho ente jurídico». «Tal argumentación que descansa en la naturaleza jurídica del negocio subyacente debe extenderse no sólo a comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades civiles carentes de personalidad jurídica y otras entidades carentes de personalidad que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, sino también a sociedades civiles que ostenten personalidad jurídica, dado que el Legislador fiscal ha decidido equiparar unas y otras en el artículo 10 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, así como en el artículo 6 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.»

Sin embargo, la importantísima Consulta V0625-05, de 14/04/2005, dictada a propósito de un consultante que va a adquirir una participación del club social «Círculo de Amistad XII de Enero» a un particular, declaró las siguientes conclusiones, que suponen un cambio de criterio:

«Primera: La consideración de las participaciones en entidades como valores, a efectos de la aplicación de la exención regulada en artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados depende, en general, de la personalidad jurídica de la entidad, y tiene su fundamento en la distinta naturaleza jurídica de la par-

participación en entes con personalidad jurídica y en los que carecen de ella. Cuando un ente tiene personalidad jurídica, las participaciones en su patrimonio se consideran valores y a su transmisión le resultará aplicable la exención referida, en los términos previstos en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Segunda: También se deben conceptuar como valores, a los efectos de la exención analizada, aquellos títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la Ley, como es el caso de participaciones en fondos de inversión.

Tercera: Por el contrario, las participaciones en entes sin personalidad jurídica, en general, no tienen la consideración de valores —con la salvedad de lo expuesto en la conclusión anterior—, porque el patrimonio pertenece directamente a los socios, asociados, comuneros o partícipes. A la transmisión de estas participaciones no le resultará aplicable la exención regulada en el artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido, debiendo tributar por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas al tipo que corresponda a cada uno de los bienes y derechos concretos incluidos en dicho ente.»

La Consulta 0999-01, de 25/057/2001, relativa a unas personas que adquieren acciones de una sociedad agraria de transformación efectuó la siguiente distinción:

«A) Entidades cuya tributación se realiza a través del mecanismo de atribución de rentas, es decir, comunidades de bienes, herencias yacentes, sociedades civiles y otros entes sin personalidad que constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. La transmisión que un socio de cualquiera de estas entidades jurídicas hace de su participación social está sujeta y no exenta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, con el efecto añadido de la inaplicación del artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, dado que éste exige que la transmisión estuviere exenta de tributación indirecta.

En cuanto al tipo impositivo aplicable, debe ser el que corresponda a cada uno de los bienes concretos incluidos en dicho ente jurídico, de modo que el contribuyente deberá especificar en su declaración tributaria el valor de los bienes comprendidos en la sociedad o comunidad, distinguiendo entre bienes muebles e inmuebles, de manera que la Administración tributaria aplique el tipo impositivo diferenciado que el artículo 11.1 a) y b) del Decreto Legislativo 1/1993 ha previsto. Cuando un mismo acto o contrato comprenda bienes muebles o inmuebles sin especificación de la parte de valor que a cada uno de ellos corresponda, se aplicará el tipo de gravamen de los inmuebles.

B) Entidades que ostentan la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, en las condiciones señaladas en el artículo 7 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, entre las cuales se encuentran las sociedades agrarias de transformación.

La transmisión que el socio de estas entidades hace de su acción o participación origina el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siendo plenamente aplicable la exención prevista en el artículo 45.I.B.9 del Decreto Legislativo 1/1993, y resultando posible la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.» En el mismo sentido la Consulta V0916-05 de 20/05/2005, «La tributación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de los socios adquirentes de las participaciones de una sociedad agraria de transformación debe tener en cuenta que tales entidades ostentan la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, en las condiciones señaladas en el artículo 7.º del TRLIS. Por tanto, la transmisión que el socio de estas entidades hace de su participación origina el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siendo plenamente aplicable la exención prevista en el artículo 45.I B).9 del TRLITP, y resultando posible la aplicación del mecanismo previsto en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».

En el mismo sentido van las conclusiones de la Consulta V2046-09, de 16/09/2009:

«Primera: La consideración como valores de las participaciones en entidades, a efectos de la aplicación de la exención regulada en artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados depende, en general, de la personalidad jurídica de la entidad, y tiene su fundamento en la distinta naturaleza jurídica de la participación en entes con personalidad jurídica y en los que carecen de ella. Cuando un ente tiene personalidad jurídica, las participaciones en su patrimonio se consideran valores y a su transmisión le resultará aplicable la exención referida, en los términos previstos en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Segunda: La naturaleza jurídica de las sociedades agrarias de transformación viene fijada en el Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, que en el artículo 1 las califica de sociedades civiles con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. En consecuencia, las participaciones de estas entidades constituyen valores representativos del capital social o del patrimonio del ente en cuestión y, por tanto, que a su transmisión le resulta aplicable la exención regulada en el artículo 45.I.B).9 del Texto Refundido en los términos previstos en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Tercera: Si bien la regla general es que la transmisión onerosa de participaciones de una sociedad agraria de transformación estará exenta tanto del Impuesto sobre el Valor Añadido, como de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD —según el impuesto al que esté sujeta dicha transmisión—, en el caso de que concurran los requisitos y circunstancias previstos en el apartado 2 del artículo 108 de la LMV, dicha transmisión estará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD sin exención.»

En la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el artículo 54.2 —anterior artículo 48 TCE— dispone que *«por sociedades se entienden las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con la excepción de las que no persigan un fin lucrativo»*.

Pensamos que la interpretación de la norma española se ha de efectuar conforme al derecho comunitario, que equipara las sociedades civiles y mercantiles que tengan un fin lucrativo, lo que implica la igualación en su tratamiento.

La profesora Juana PULGAR EZQUERRA, al estudiar en 1997 las SAT, escribía que *«parece más conveniente, siguiendo la interpretación de un relevante sector doctrinal —así NIETO SÁNCHEZ, siguiendo a VICENT CHULIÁ—, hablar de transmisión de las participaciones, lo que ha sido recogido en la norma cooperativista valenciana»*⁷.

Los autores de la obra *«El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Transmisión de sociedades de inmuebles»*, José Javier PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, Luis Javier ROMERO HINOJOS, inspectores de Hacienda, y María Flor CHOUSA DOMÍNGUEZ, escriben a propósito del tema estudiado que *«la justificación de tal delimitación responde, seguramente, a que determinadas entidades, aún teniendo personalidad jurídica propia, como es el caso de las sociedades civiles cuyos pactos no sean secretos, pese a dicha condición, tienen un tratamiento fiscal en cuanto a la tributación directa que impide que bajo la capa de la transmisión de sus participaciones se pueda ocultar la de los inmuebles que conformen su activo, puesto que, en cuanto a los impuestos directos, siguen el régimen de atribución de rentas, lo que hace que se atribuya a los socios los rendimientos y las ganancias patrimoniales obtenidas por la sociedad.*

Acorde con la regulación anterior, establecida en la normativa de los impuestos que gravan la renta en nuestro país, se ha interpretado por la Administración que si los socios de las sociedades civiles transmiten sus participaciones, a efectos del ITPAJD, es como si transmitieran los bienes y derechos de la sociedad, por

⁷ PULGAR EZQUERRA: «Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrarias de Transformación», obra dirigida por la profesora citada, Dykinson, 2006, p. 495.

lo que no cabe aplicar el precepto analizado, sino directamente esta doctrina. Sin embargo, la contestación de la DGT en resolución de 14 de abril de 2005 (n.º V0625-05), parece apartarse de tal doctrina y hace hincapié en que lo importante, a efectos de este precepto, es que la entidad cuyos valores representativos se transmitan tenga personalidad jurídica, en cuyo caso serían de su propiedad los bienes y, por ende, debiera de aplicarse el artículo 108 LMV.

La doctrina anterior de la DGT, en caso de consolidarse, reabriría el debate sobre cuándo tienen personalidad jurídica las sociedades civiles, que ha sido interminable, porque no pueden ser inscritas en Registros públicos, al ser una contradicción su carácter de civiles con la finalidad mercantil de tales registros y no estar claro cuándo sus pactos no son, en consecuencia, secretos, por lo que su exclusión de las sociedades que puedan ser afectadas por este precepto, aunque plantea dudas sobre su justificación, aporta, al menos, seguridad jurídica»⁸.

Precisamente, el profesor Tulio ROSEMBUJ, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona, efectúa una crítica de la tributación de las sociedades civiles en el régimen de atribución de rentas y no en el del Impuesto sobre Sociedades, destacando que «no puede aplicarse otro régimen que el de atribución porque no hay subjetividad tributaria intrínseca —para la Ley— en la sociedad civil. Y esto ocurre, en cualquiera de sus expresiones, sea con o sin personalidad (artículos 1669 y 1670 Código Civil).

La Ley Tributaria desprecia la idoneidad de la sociedad civil, con o sin personalidad y bajo cualquier forma que no sea propiamente mercantil (colectiva o comanditaria simple), en este último caso aunque su objeto sea civil, por que entiende que nunca podrá ejercitar con autonomía de sus socios los derechos, poderes o facultades que impone la realización de un hecho imponible de renta, demostrativo de capacidad económica, por lo que transporta el impuesto sobre cada uno de sus miembros, que sí son aptos. No obstante, en segundo plano, suele considerar la sociedad civil como entidad distinta a efectos de asegurar el cobro de la deuda tributaria, en particular, respecto a la retención y pagos a cuenta de socios no residentes, responsabilizando a los socios residentes de su cumplimiento, por su conexión con la entidad.

La posición del legislador tributario no es convincente.

La sociedad civil, publicada, se exhibe como una agrupación unificada de socios, distinta a cada uno de ellos y titular de derechos y obligaciones en modo propio. Un sujeto de derecho autónomo de los miembros que la integran y con capacidad económica propia. Podrá aceptarse o no que a esto se le llame perso-

⁸ PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ: «El artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores. Transmisión de sociedades de inmuebles», CISS, 2009, pp. 63 a 65.

nalidad jurídica o autonomía patrimonial, pero lo que no puede discutirse es que ofrezca las connotaciones propias de lo que clásicamente se definía como personalidad jurídica: bienes de propiedad societaria, obligaciones societarias, que no exclusivamente de cada socio, titularidad societaria de la actividad empresarial, su sede y nombre social.

La subjetividad jurídica y patrimonial de la sociedad civil, publicada, no requiere su reconocimiento registral mercantil»⁹.

De lo expuesto hasta ahora colegimos que la doctrina administrativa, a partir de la Consulta V-0625-05, de 14/04/2005, considera que la aplicación de la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a la transmisión de una participación en una sociedad civil va a depender de la personalidad jurídica de dicha entidad y, que si bien las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia niegan dicha exención, el fundamento de sus decisiones está en la inicial doctrina administrativa de la Dirección General de Tributos, y que pese a su posterior cambio doctrinal, los tribunales de lo contencioso, debido a una inercia anclada en el pasado, aún no han asumido.

En consecuencia, la clave para resolver en un sentido afirmativo la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de participaciones en sociedades civiles está en la afirmación de su personalidad jurídica: reconociéndola, el asunto está resuelto.

La personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita en el Derecho español es una conclusión indiscutible a pesar de los dos últimos intentos frustrados por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de negarla. Posiblemente, la inicial postura de la Dirección General de Tributos estuviese influenciada por el primer intento de negar dicha personalidad, constituido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997, seguida por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, pero al anularse dicha reforma por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, la posterior resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2001 proclamó la doctrina tradicional, existente, incluso antes de la promulgación del Código Civil, de afirmar su personalidad jurídica. El segundo intento está constituido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. Sin embargo, esta resolución fue declarada no conforme a derecho por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Lugo, de 14 de febrero de 2013, en el juicio verbal 771/2012, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 2 de octubre de 2013, recurso 307/2013. La sentencia del Juzgado de Lugo expresa

⁹ ROSEMBUJ: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional». Los productos híbridos y las entidades híbridas. *El Fisco*, 2011, pp. 249 a 251.

literalmente que la sociedad civil «goza de personalidad jurídica propia e independiente de los socios. Ciertamente que la Resolución impugnada, para rechazar la inmatriculación, argumentó que las sociedades civiles sin forma mercantil carecen de personalidad jurídica si no han sido inscritas en el Registro Mercantil, pero tal criterio es contrario al mayoritariamente seguido, no sólo por la doctrina y la jurisprudencia, sino también por la propia DGRN»¹⁰.

La conclusión de todo lo expuesto es la que, al afirmarse la personalidad jurídica de la sociedad civil, no se puede excluir la exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de la transmisión de sus participaciones sociales.

*(Trabajo recibido el 18/02/2014
y aceptado para su publicación el 24/02/2014)*

¹⁰ A la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad civil nos hemos referido en tres ocasiones, con cita de doctrina y jurisprudencia, en la página web notariosyregistradores.com, con la que colaboramos. En primer lugar, el 18 de octubre de 2012, publicamos un trabajo titulado «La sociedad civil no inscrita sí tiene personalidad jurídica»; en segundo lugar, en el Informe Fiscal correspondiente al mes de diciembre de 2012, publicado en febrero de 2013, volvimos a estudiar el tema al reseñar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 13 de diciembre de 2012, recurso 109/2011; por último, el 2 de julio de 2013 publicamos otro trabajo titulado «La personalidad jurídica de la sociedad civil no inscrita: entre la doctrina decimonónica y la jurisprudencia actual».

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL DOBLE VÍNCULO Y LA RETRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE LOS SERVICIOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 3 DE ABRIL DE 2013)

PAULA DEL VAL TALENS

Universidad de Valencia

RESUMEN

Los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada pueden establecer cláusulas relativas a la posibilidad de que los administradores perciban retribuciones por realizar prestaciones de obra y servicios a favor de la sociedad o suscriban con ésta contratos de naturaleza laboral, sin hacer referencia a los límites legal y jurisprudencialmente impuestos. No es posible, por esta vía, esquivar las previsiones legales, como en este caso, la preceptiva intervención de la Junta general, ni dar amparo al doble vínculo orgánico-laboral.

Palabras clave: prestaciones de obra y servicio, administradores, doble vínculo, retribución, previsiones estatutarias.

ABSTRACT

Close company's by-laws may establish provisions concerning the possibility that directors undertake working or performing remunerated services for the company, omitting all references to both legal and case law restrictions. By-laws' clauses shall neither allow dodging the application of legal restrictions, such as the mandatory intervention of the General Assembly, nor the case law prohibition on the double bind.

Key words: provisions of services, directors, double bind, remuneration, by-laws' clauses.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. DOCTRINA.—III. EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DISTINTAS AL EJERCICIO DEL CARGO ORGÁNICO POR LOS ADMINISTRADORES: PRESTACIONES DE SERVICIOS Y OBRA Y CONTRATOS LABORALES.—IV. LA PREVISIÓN ESTATUTARIA SOBRE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES POR CONCEPTOS DISTINTOS AL DESEMPEÑO DEL CARGO.—V. COMPATIBILIDAD ENTRE LA RELACIÓN ORGÁNICA Y LABORAL DE CARÁCTER ORDINARIO.—VI. REFLEJO ESTATUTARIO DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS Y OBRA A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES EN SEDE DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—VII. PERFILES PARTICULARES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA.—VIII. PERSPECTIVAS DE REFORMA Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES

El 28 de diciembre de 2012 se autorizó en Valencia escritura pública de modificación de estatutos de la mercantil Sociedad Física Mediterráneo, S. L. Se elevaba así a público el acuerdo adoptado por la Junta general y univocal de la sociedad en el que, entre otros extremos, se daba nueva redacción al artículo 16 de los estatutos sociales en materia de retribución de administradores. El precepto recogía dos disposiciones fundamentales. La primera, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 23.e) párrafo 2 y 217.1 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, también referida como LSC), se establecía el sistema de remuneración del órgano de administración social, consistiendo éste en una cantidad fija que en concepto de sueldo acordara anualmente la Junta general¹. Desde nuestra óptica reviste particular interés la segunda disposición del precepto, donde se preveía que «la retribución de los administradores se establece sin perjuicio del pago de los honorarios profesionales o de los salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad, en razón de la prestación de servicios profesionales o de la vinculación laboral del administrador de la compañía para el desarrollo de actividades en la misma». De esta forma, el artículo no sólo daba cumplimiento a las previsiones legales en materia de retribución del órgano de administración, sino que otorgaba amparo estatutario al establecimiento de relaciones con los administradores que tuvieran por objeto la realización de otras actividades a favor de la sociedad, articuladas bien bajo el marco de contratos de prestación de servicios u obra, bien como relaciones laborales.

Solicitada la inscripción parcial, la registradora emite nota de calificación negativa, suspendiendo la inscripción con fundamento en dos defectos. De un lado, la infracción del artículo 217 LSC —que reproduce el contenido del ar-

¹ Esta primera parte del precepto disponía que «la remuneración del órgano de administración de la sociedad consistirá en una asignación fija en concepto de sueldo que determinará para cada ejercicio la Junta general de socios de la compañía» (antecedente de hecho I).

título 67 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, referida simplemente como LSRL)—, relativo al establecimiento de prestaciones de servicios a cargo de los administradores en las sociedades limitadas. A juicio de la registradora, el origen del vicio parece hallarse en que la cláusula omite toda referencia a la intervención de la Junta en el establecimiento de las prestaciones de servicios u obra estatutariamente previstas. En otros términos, se estima que la finalidad de la previsión estatutaria es esquivar la intervención de la Junta general, dejando la formalización de tales contratos en manos de los administradores. El segundo de los defectos estaría relacionado con la infracción de la doctrina sentada por las Salas I y IV del Tribunal Supremo en torno a la incompatibilidad de la relación orgánica de administración con contratos laborales especiales de alta dirección, esto es, la denominada doctrina del vínculo.

La discusión girará desde ese momento en torno a la conformidad a Derecho de la cláusula que traslada a los estatutos sociales lo previsto por el artículo 220 LSC, sin hacer referencia expresa a la Junta general, al tiempo que reconoce la compatibilidad entre el cargo de administrador y el vínculo laboral, sin mayores especificaciones. Frente a la calificación registral, el notario autorizante interpuso recurso gubernativo a fecha de 14 de enero de 2013. Asumía el recurrente que la «vinculación laboral» a la que se refería el artículo 16 de los estatutos había sido interpretada por la registradora como una relación laboral especial de alta dirección, y como tal, contraria a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prohibición del desempeño simultáneo del cargo de administrador con relaciones laborales de alta dirección. Tras ratificarse la registradora en su calificación, y aunque finalmente se modifica la redacción estatutaria por diligencia, el notario mantiene el recurso, que da pie a la Resolución de 3 de abril de 2013 ahora analizada. En ella, la Dirección General declara la plena validez de la cuestionada cláusula, aunque califica su redacción de «no del todo feliz» (FD 7). En este sentido, estima que no contradice la doctrina del Tribunal Supremo en la medida en que a través de ella «no se está dando cobertura expresa a la celebración de un contrato laboral de alta dirección cuyo contenido se solape a la relación societaria» (FD 7). Tampoco la encuentra incompatible con el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital porque, según entiende, la cláusula «se limita a contemplar la eventualidad de que el administrador realice *otras actividades* que no cabe sino entender que son (...) ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes al cargo de administrador» (FD 7). Pero, además, recuerda que, en la S. L., para la formalización de los contratos de prestación de servicios profesionales a los que se refiere el precepto, no es suficiente una previsión tal, sino que será en todo caso necesaria la intervención de la Junta general, sin necesidad de que ello conste en estatutos.

II. DOCTRINA

1. La Dirección General no ve inconveniente en incorporar a los estatutos sociales disposiciones relativas a la posibilidad de que los administradores puedan

percibir, además de la retribución acordada anualmente por la Junta, otros emolumentos que éstos puedan acreditar frente a la sociedad por razón de contratos de prestación de servicios u obra o vínculos de naturaleza laboral. En cambio, no es inscribible la cláusula que contemple la percepción de retribuciones extraestatutarias en virtud de cualesquiera contratos de naturaleza civil, mercantil o laboral.

2. A juicio de la DGRN, en la sociedad de responsabilidad limitada, la referencia estatutaria a las prestaciones de servicios y obra a cargo de los administradores de una sociedad limitada debe entenderse hecha implícitamente al régimen del artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital. Es irrelevante la ausencia de toda referencia en estatutos a la preceptiva intervención de la Junta general para el establecimiento y modificación de tales contratos.

3. La posibilidad, contenida en estatutos, de que los administradores puedan acreditar salarios frente a la sociedad en razón de contratos laborales no contraviene necesariamente la doctrina jurisprudencial del vínculo. En todo caso, de acuerdo con la mencionada doctrina, tales contratos de trabajo tendrán naturaleza ordinaria y nunca especial.

III. EL DESEMPEÑO DE FUNCIONES DISTINTAS AL EJERCICIO DEL CARGO ORGÁNICO POR LOS ADMINISTRADORES: PRESTACIONES DE SERVICIOS Y OBRA Y CONTRATOS LABORALES

Como es sabido, en sede de sociedades de responsabilidad limitada, el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios u obra entre la sociedad y sus administradores requiere acuerdo de la Junta general (ex. art. 220 LSC). Tratándose de una norma imperativa, a juicio del órgano directivo, es irrelevante la ausencia de mención a la necesaria intervención de la Junta en los estatutos, como ocurre en el presente caso. Pero obsérvese que la cláusula controvertida ofrecía, además, cobertura estatutaria a la acumulación de la relación laboral al cargo de administrador —«los salarios que pudieran acreditarse en razón de la vinculación laboral del administrador de la compañía para el desarrollo de actividades en la misma»—, lo que obliga a reflexionar sobre los términos de este solapamiento. En efecto, la compatibilidad del desempeño simultáneo del cargo de administrador con la relación laboral común —al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización— carece de amparo normativo en Derecho español, más allá de la exclusión contenida en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores². Con origen en el mencionado precepto, la Sala IV de lo

² Recuérdese que el precepto excluye del ámbito de aplicación del Estatuto toda aquella «actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de

Social del Tribunal Supremo, seguida de las Salas de lo Civil y Contencioso-administrativo, ha construido la denominada «doctrina del vínculo»³. Aunque la resolución no lo mencione, podemos presumir (y así lo hace el notario recurrente) que la registradora opta por la calificación negativa al entender que esa segunda parte del artículo 16 de los estatutos sociales pretendía amparar la formalización de relaciones laborales de alta dirección o contratos de prestación de servicios cuyo desempeño simultáneo con las tareas de administración es contrario a la mencionada doctrina. Además, a juicio de la registradora, la referencia a la realización de prestaciones de servicio y obra por los administradores, sin mencionar que éstos deben ser en todo caso autorizados por la Junta general, es contraria al artículo 220 LSC.

Es un lugar común que una de las consecuencias de la naturaleza refundida de la Ley de Sociedades de Capital es la imposibilidad de innovar en la refundición, ciñéndose el texto resultante, en un gran número de ocasiones, a lo dispuesto por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, simplemente Ley de Sociedades Anónimas de 1989)⁴. De modo que, con carácter general, todo aquello que antes de su entrada en vigor constituía una *vexata quaestio* sigue hoy planteando dudas desde la óptica legal. Ejemplo de ello son, precisamente, las dos cuestiones a las que hace referencia el precepto estatutario controvertido, pertenecientes al estatuto de los administradores y que, aunque distintas en su contenido, son susceptibles de recibir un tratamiento similar, lo que, por ahora, la LSC parece haberles negado. La resolución de la Dirección General de 3 de abril de 2013 pone de manifiesto las consecuencias que en la práctica societaria genera la falta de claridad sobre estas dos materias que, además de habituales en la práctica tanto de grandes como pequeñas sociedades de capital, se encuentran en estrecha relación con aspectos inherentes al gobierno corporativo (conflicto de intereses y autocontratación), así como al reparto competencial interno en la sociedad.

Es cierto que, como afirma la DGRN, «se debate en este expediente la única cuestión de si es conforme a Derecho el precepto estatutario que prevé, junto a la

los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo». (art. 1.3.c). Conviene tener presente que el artículo 1.3 del Real Decreto 1382/1985 excluye, asimismo, «la actividad delimitada en el artículo 1.3.c) del Estatuto de los trabajadores». Sobre la cuestión, LIMÓN LUQUE, M. A.: *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 52, y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Altos cargos y doble vínculo (I): crítica a los excesos de la doctrina del vínculo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 3, 2010, pp. 65-93.

³ *Vid. infra*. 3.

⁴ O, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley, «[no] se han incorporado reglas que todavía no han alcanzado reconocimiento legislativo anticipando la previsible solución».

remuneración del órgano de administración, la existencia de otras posibles relaciones remuneradas» (FD 1). Pero más allá de las dudas al respecto de la licitud de la cláusula y admitida ésta por la DGRN, nos parece que el empleo de la redacción pone de relieve las dificultades que plantea la conjunción armónica de las disposiciones en materia de retribución de administradores, su reflejo estatutario y la compatibilidad del cargo de administrador con otras actividades a favor de la sociedad. En otros términos, se revela problemático el traslado a los estatutos del régimen de retribución de los administradores cuando, además, se prevé que éstos desempeñen otras funciones para la sociedad. Parece que, frente a las dudas que suscita, se opte, en la práctica, por una redacción del correspondiente precepto estatutario escasamente precisa que dé cobertura al establecimiento de relaciones diversas a cargo de los administradores, sin precisar en exceso su régimen jurídico. En este caso, los redactores de la disposición distinguen entre el establecimiento de prestaciones de servicios (y sus honorarios profesionales correspondientes) de cualesquiera relaciones laborales que pudieran establecerse. La propia DGRN admite que las prestaciones de servicios recogidas en el precepto podrían tener cabida en el artículo 220 LSC, mientras que el vínculo laboral —aparentemente no enmarcado en tal precepto, a juicio de los redactores— sólo podría tener naturaleza común y nunca tratarse de un contrato laboral de alta dirección regido por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. En efecto, de la referencia separada a la relación laboral se desprende que, según entienden los redactores, este vínculo se halla excluido de las prestaciones de servicios u obra del artículo 220 LSC⁵. La doctrina mercantil, en cambio, entiende mayoritariamente que la falta de explicitación del artículo sobre la concreta naturaleza de las prestaciones de servicio permite entender incluidos en su régimen los vínculos de carácter laboral⁶.

En cualquier caso, lo llamativo es que la DGRN admita la validez de una cláusula que no mencione los límites —legales y jurisprudenciales— que afectan a la configuración de estos vínculos con los administradores, aunque los mismos les sean plenamente aplicables. Pero, además, la resolución tiene, a nuestro juicio, notable valor didáctico. Así, puede observarse cómo sus antecedentes de hecho repasan la doctrina jurisprudencial del vínculo a partir de fragmentos de la sentencia de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de diciembre 2009. Los fundamentos jurídicos se ocupan también —tal vez, de modo algo asistemático— de las soluciones propias de los ordenamientos francés e italiano (FD 2),

⁵ De esta opinión es SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de Sociedades Mercantiles y Altos Directivos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2008, p.75, quien entiende que las relaciones laborales plantean problemas de admisión en el régimen de la norma, ya que «por su contenido (...) o por las condiciones de prestación entran en contradicción con la posición de administrador».

⁶ Por todos, GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Artículo 220. Prestación de servicios de los administradores», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO, A.; BELTRÁN, E. (dirs.), v. 1, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1571.

de la concepción doctrinal dominante anterior a las Leyes de Sociedades Anónimas de 1989 y de Responsabilidad Limitada de 1995 (FD 3), así como de los perfiles particulares de las Sociedades Anónimas Cotizadas (FD4), para volver a repasar la denominada doctrina del vínculo en sus fundamentos quinto y sexto.

Aunque las materias sobre las que la Dirección General construye su exposición se encuentran en estrecha relación con la cuestión central de la resolución analizada, nos parece que son en realidad tres los temas sobre los que se funda la respuesta ofrecida por el órgano directivo. La primera se refiere a la necesaria determinación estatutaria del régimen de retribución de los administradores, lo que, en principio, no plantea problemas en este supuesto. Así, el primer inciso de la cláusula, como se ha dicho, respeta plenamente la interpretación ofrecida por la DGRN y el Tribunal Supremo sobre la forma de llevar a estatutos la remuneración de los administradores, estableciendo una remuneración fija en concepto de sueldo, determinada en cada ejercicio por la Junta general. Y es que, en realidad, la cuestión es más o menos pacífica cuando se trata de retribuir a los administradores el ejercicio del cargo orgánico o, si se prefiere, de desvirtuar la presunción de gratuidad del cargo (ex. art. 217 LSC). En cambio, no parece ocurrir lo mismo cuando la cláusula estatutaria menciona la retribución de otras actividades realizadas por éstos a favor de la sociedad. Ello enlaza con el segundo de los problemas que plantea el precepto: se prevé el eventual establecimiento de una relación laboral con el administrador de la sociedad, sin especificar la naturaleza común u ordinaria (y nunca especial) de la misma. Y, por último, se plantea la validez de una cláusula estatutaria que prevea la prestación de servicios profesionales por los administradores a la sociedad, sin precisar que se trata de aquéllos a los que se refiere el artículo 220 LSC ni la necesaria intervención de la Junta general.

IV. LA PREVISIÓN ESTATUTARIA SOBRE LA REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES POR CONCEPTOS DISTINTOS AL DESEMPEÑO DEL CARGO

La retribución de los administradores es uno de los aspectos de mayor relieve en materia de gobierno corporativo⁷. Como es sabido, la materia parte del princi-

⁷ Así, «è sentito dalla giurisprudenza teorico-pratica dei principali ordinamenti occidentali come cruciale nel dibattito sulle questioni di corporate governance», SANTOSUOSSO, D. U.: «Il principi di ragionevolezza nella disciplina della remunerazione degli amministratori», en *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Milano, UTET, 2007, tomo 2, p. 362. Ello, no sólo por la confluencia de intereses en tomo a la misma, sino por la repercusión que los abusos en este aspecto han tenido en los últimos años, particularmente en grandes sociedades (cotizadas) —fundamentalmente entidades de crédito— y particularmente en aquéllas que han sido objeto de intervención pública. Quedando estas consideraciones alejadas de la materia que nos ocupa, al respecto, véase GARCÍA ÁLVAREZ, B.: «Posibles límites a la retribución de los administradores en un contexto de crisis económica», en *Crisis Económica y responsabilidad en la empresa*,

pio general de libertad en el establecimiento de la remuneración de los administradores, con los límites de los artículos 23.e), 217 y 220 LSC⁸. En este sentido, no cabe duda de la necesaria determinación estatutaria del sistema de retribución de los administradores a efectos de inhibir la presunción de gratuidad del cargo, así como de la exigencia de claridad de las disposiciones que diseñen el sistema retributivo⁹. En cambio, otras cuestiones se revelan algo más controvertidas, por ejemplo, el criterio de la Dirección General según el cual no es posible llevar a estatutos varios sistemas de retribución con carácter alternativo, pero sí de forma cumulativa¹⁰. Entre estas últimas se halla una de las cuestiones que ocupan a la DGRN en la resolución examinada, esto es, la forma de trasladar a los estatutos el acuerdo social sobre la remuneración de conceptos distintos al ejercicio del cargo. La propia DGRN reconoce que constituye una *vexata quaestio* la licitud de un mecanismo retributivo dual, esto es, la retribución «societaria» y estatutaria por el ejercicio del cargo de administrador y «un complemento por otros servicios en méritos de un título contractual de cualquier naturaleza, laboral, civil o mercantil» (FD 2).

Pero, además, en el caso que nos ocupa y aunque el órgano directivo no lo mencione expresamente, lo que la DGRN denomina «remuneración por otros servicios» se ve a su vez referido de un modo doble, pues la cláusula distingue entre los honorarios que puedan acreditarse en virtud de cualesquiera prestaciones de servicios, de los salarios devengados en virtud de un vínculo laboral. Ello obliga a reflexionar, como se ha hecho más arriba, sobre si todos los emolumentos percibidos por los administradores en razón de otras actividades realizadas a favor de la sociedad han de recibir el mismo tratamiento. Ya el artículo 70 del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se refería a «relaciones de prestación de servicios o arrendamientos de obra, de carácter civil, mercantil o laboral¹¹». Como es sabido, el texto finalmente aprobado (art. 67 LSRL, hoy art. 220 LSC) omitió toda referencia a la naturaleza de los servicios prestados por los administradores. Frente a tal supresión, sólo cabe sostener, bien que se renunciaba así a proveer de sustrato normativo al doble vínculo (orgánico-laboral), bien que la omisión no impide entender incluida la relación de prestación de servicios

ABRIANI, N.; EMBID IRUJO, J. (dirs.), FERRANDO VILLALBA, M.; MARTÍ MOYA, V. (coords.), Granada, Comares, 2013, pp. 179-196.

⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 2007, p. 274. También, TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, Civitas, 1998, p. 144.

⁹ *Id.*, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005, 23 de noviembre de 2008 en SÁNCHEZ CALERO, F., cit. pp. 276-278.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F.: cit. p. 276.

¹¹ TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: cit. p. 244. También se hacía eco de este extremo BOQUERA MATARREDONA, J.: «La regulación del conflicto de intereses en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 453-491.

laborales, en los términos establecidos por la jurisprudencia¹². Idéntica disyuntiva sugiere el artículo 16 de los estatutos de Física Médica Mediterráneo, S. L., que parece decantarse por la primera interpretación.

De modo que, cuando se afirma la ilicitud de la percepción de los administradores de retribuciones no previstas en estatutos¹³, la misma se refiere exclusivamente a aquellos emolumentos que remuneran el ejercicio del cargo y no al resto de vínculos jurídicos objeto de nuestro análisis. Nos interesa particularmente el criterio de la DGRN según el cual no hay inconveniente en que los estatutos recojan las retribuciones de los administradores por el ejercicio de funciones distintas a las propias del vínculo orgánico. La doctrina se planteó especialmente con ocasión de la resolución de la Dirección General de 12 de abril de 2002 (asunto Altadis-Registro Mercantil de Madrid), si estas remuneraciones debían y/o podían constar en estatutos. En aquella ocasión, el Registro Mercantil rechazó esta posibilidad por entender que se trataba de cuestiones ajenas a los estatutos¹⁴. En cambio, la DGRN estimó conveniente la incorporación a estatutos de estas previsiones a fin de evitar los problemas derivados de que fueran los consejeros quienes establecieran su propia retribución¹⁵.

Dos son las posturas doctrinales esenciales en torno a la retribución por conceptos distintos al ejercicio del cargo de los administradores, según se entienda que la materia deba o no ser llevada a estatutos. No parece posible sostener, sin matices y a falta de previsión legal, que todo emolumento percibido por los administradores, independientemente del vínculo en virtud del que se devengue, deba tener reflejo estatutario. De hecho, la DGRN lamenta que la «problemática [de] la (posible) retribución extraestatutaria de los administradores» no fuera planteada por la doctrina mercantilista, que califica como «tradicional», hasta que hubieron transcurrido varios años desde la entrada en vigor de la LSRL y LSA de 1989 (FD3). A pesar de ello, continúa la DGRN, se sostenía la necesaria cobertura estatutaria de la remuneración y a la vez la posibilidad de «yuxtaponer al régimen estatutario de su retribución y en la cabeza de un administrador o consejero un contrato adicional de servicios profesionales» (FD 3). Por su parte, el Tribunal

¹² GALLEGO SÁNCHEZ, E.: cit. p. 1573.

¹³ Por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.: cit. p. 270.

¹⁴ A juicio del registrador, la cláusula «no establece un sistema de retribución del Órgano de Administración, sino que se refiere a incentivos en beneficio de personas que tengan una relación permanente de trabajo con la sociedad, ya sea por la vía de un contrato laboral o mercantil y que en consecuencia no es materia estatutaria su determinación (artículo 9 h) de la Ley de Sociedades Anónimas». Al respecto, GIMÉNEZ DUART, T., en PAZ-ARES, C.: «Retribución de los Administradores» en *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.): Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007, p. 378.

¹⁵ GIMÉNEZ DUART, T.: cit. p. 378. En cambio, el Prof. PAZ-ARES, C., p. 379, discrepa al entender que «no tienen que estar en los estatutos las bases de retribución de los administradores ejecutivos, pues [...] no es éste el lugar adecuado».

Supremo tiende a instar a los socios a recoger en estatutos la remuneración de los administradores por cualesquiera conceptos, aunque no faltan voces críticas con esta postura¹⁶.

En cualquier caso, la DGRN está de acuerdo en que la previsión en estatutos relativa al sistema de retribución de los administradores no puede servir para vaciar de contenido material la reserva estatutaria y dar cobertura a cualquier retribución extraestatutaria de una actividad complementaria (FD 7)¹⁷. Por tal motivo, la Dirección General afirma que «no sería inscribible una cláusula estatutaria de una sociedad limitada que estableciese que los administradores o consejeros disfrutarán, por sus servicios como tales, además de la retribución cuyo sistema se describa en estatutos, de sueldos u honorarios a percibir, en virtud de cualesquiera contratos, laborales, civiles o mercantiles, la celebración de los cuales se contempla en estatutos» (FD 7).

Lo que parece inadecuado es optar por una concepción alejada de la realidad societaria, ignorando la frecuencia con que se produce la superposición de funciones (retribuidas) sobre los administradores¹⁸. Si se admite el principio de libertad en la configuración del régimen retributivo de los administradores —perfilado por las directrices que la jurisprudencia ha ido marcando¹⁹— enmarcado en el más amplio principio de autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria, y por qué no, los principios configuradores del tipo social (art. 28 LSC), entonces no hay duda de que estas previsiones tienen plena cabida en sede estatutaria. Cuestión distinta es si constituye un deber de la sociedad hacerlas constar en ellos, lo que con la ley vigente parece insostenible. Ciertamente es que constituye un mecanismo que proporciona seguridad y claridad —sin entrar en consideraciones sobre si el reflejo estatutario de la retribución es un mecanismo de protección de los administradores, de los socios o de ambos²⁰— y en caso de eventual conflicto ofrecerá pistas al órgano judicial sobre la intención de las partes²¹. Pero, además,

¹⁶ Fundamentalmente, PAZ-ARES, C.: cit. p. 380, aunque afirma que «otra cosa es que la recomendación práctica a la vista del panorama jurisprudencial sea consignarlo en estatutos, lo que es evidente».

¹⁷ Añade, además, la DGRN que tales contratos podrían ser concluidos en régimen de conflicto de intereses.

¹⁸ Así, es frecuente la yuxtaposición de vínculos orgánicos con cargos de alta dirección y gerencia de sociedades, especialmente cuando éstas tienen cierto tamaño. Tampoco es extraña la confluencia en un mismo sujeto de la condición de administrador con el ejercicio de funciones ajenas a la actividad gestora en sociedades de menor tamaño y tales actividades son, por lo general, remuneradas.

¹⁹ Véase, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO: cit. p. 270.

²⁰ BLANQUER UBEROS, R.: «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta general», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 420, entiende que la exigencia legal de fijación estatutaria protege tanto a socios como a administradores.

²¹ Este hecho no debe perderse de vista, especialmente si se tiene en cuenta la postura del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, optando por una concepción más flexible de la doc-

estas cláusulas adquieren mayor importancia si se tiene en cuenta, de un lado, que la subsunción de la relación laboral de alta dirección en el vínculo orgánico no está legalmente prevista, sino que se trata de una interpretación jurisprudencial consolidada; y por otro que, existiendo dudas sobre la interpretación del artículo 220 LSC, al no referirse éste expresamente al vínculo laboral, la compatibilidad entre el vínculo orgánico y la relación laboral común tampoco tiene amparo en el Derecho positivo.

V. COMPATIBILIDAD ENTRE LA RELACIÓN ORGÁNICA Y LABORAL DE CARÁCTER ORDINARIO

No es nuestra intención profundizar ahora en la construcción que desde los años ochenta del siglo pasado ha elaborado el Tribunal Supremo al respecto del particular anclaje de los vínculos orgánico y laboral en un mismo sujeto²², aunque, tal vez, un breve análisis de su doctrina ayude a explicar la validez de la cláusula estatutaria analizada. Como es sabido, la postura del Tribunal Supremo es de radical rechazo a la compatibilidad entre el cargo de administrador y la relación laboral especial de alta dirección con fundamento en la «redundancia funcional y relacional²³» entre los vínculos y, en consecuencia, a la percepción de emolumentos por ambos conceptos. A juicio del alto tribunal, «los contratos de alta dirección —esto es, el desempeño de funciones ejecutivas para la sociedad— suscritos por quienes ocupan cargos de administración societaria quedan englobados en la relación mercantil y por tanto [el administrador] sólo podrá percibir emolumentos por este último concepto²⁴». Existen otras concepciones, singularmente más laxas o de cierta compatibilidad entre tales vínculos. Baste recordar, por ahora, que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha optado por una postura menos rígida,

trina del vínculo, atiende a las previsiones estatutarias para admitir (aunque en términos muy limitados) la compatibilidad de funciones, así como los nuevos perfiles de la Ley 14/2013, de apoyo a emprendedores y la Propuesta de Código Mercantil.

²² Como es sabido, esta doctrina jurisprudencial tiene su origen, esencialmente, en la sentencia de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre 1988 (dictada en el conocido como caso Huarte I) en la que la jurisdicción social se declara incompetente para conocer del despido por entender subsumido el vínculo laboral en la relación orgánica de administración, seguida de otras de 18 de marzo, 29 de abril, 9 y 13 de mayo de 1991. Al respecto puede verse FARRANDO MIGUEL, I.: «La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 99-132, y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: cit. pp. 220 y ss. Más recientes son las sentencias de 20 de noviembre de 2002, 26 de diciembre de 2007 y de 9 de diciembre de 2009, todas ellas mencionadas en la resolución analizada. La jurisdicción civil se pronunció en el mismo sentido por primera vez en sentencia de 30 de diciembre de 1992 (caso Huarte II). Al respecto, *vid.* EMBID IRUJO, J. M.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992. Revocación de Consejero y Delegado en una Sociedad Anónima», *diario La Ley*, 3/1993, pp. 397 y ss. En el mismo sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: cit. p. 75.

²³ En general, véase MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: cit. pp. 65-93.

²⁴ *Vid.* Antecedente de Hecho II de la resolución, citando, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2009 (RJ 1156/2009).

que podría calificarse de compatibilidad relativa entre los vínculos²⁵, a fin de evitar que altos directivos de sociedades sean invitados a integrar el Consejo de administración con la intención de dejar sin efecto los mecanismos protectores del trabajador, asumidos por la sociedad en el contrato laboral.

Por el contrario, el TS no encuentra obstáculo a la acumulación de una relación laboral común a la relación orgánica, siempre que dicho contrato de trabajo acumulado no tenga por objeto funciones directivas análogas a las que tendría una relación laboral de alta dirección²⁶. Así, el vínculo laboral «sólo podría dar cobertura a cometidos de tipo directivo de naturaleza estrictamente técnica²⁷». Sin embargo, para que sea posible simultanear el ejercicio del cargo de administrador con el desempeño de una actividad distinta a la gestión y representación de la sociedad, enmarcado bajo un contrato laboral de carácter ordinario, es necesario que concurren los presupuestos de ajenidad y dependencia exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁸.

Con fundamento en la doctrina descrita, emitía la registradora nota de suspensión de inscripción de la polémica cláusula estatutaria. A su juicio, el artículo 16 era contrario a la denominada doctrina del vínculo porque pretendía legitimar la conclusión de contratos laborales con los administradores, habiendo establecido el TS que cuando se trate de contratos de alta dirección, en virtud del Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección, los mismos quedarán enmarcados en la relación mercantil²⁹. Pero la propia nota de calificación, al reproducir los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la sentencia de la Sala IV de lo Social de 9 de diciembre de 2009, recuerda que «como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la sociedad y de una relación de carácter laboral». Frente a ello, el notario recurrente afirma que «el precepto se refiere a otras actividades excluyendo las funciones ejecutivas

²⁵ Así lo hace MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: cit. p. 93.

²⁶ Así lo expone SÁNCHEZ CALERO, F.: cit. p. 271, poniendo como ejemplo la actividad de letrado de la sociedad, ingeniero o experto en determinadas actividades.

²⁷ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: cit. p. 75 y notas al pie 19 y 20.

²⁸ SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 96-97, expone que para la calificación se atenderá al tipo y efectividad de las funciones que el administrador-trabajador desempeñe, a los poderes que le corresponden, a su participación en el capital social. Estos criterios han primado sobre otros indicios tales como el pago de salarios mensuales, la entrega de nóminas o la cotización a la Seguridad Social. Desde la óptica concursal, vid. SÁNCHEZ GIMENO, S.: «La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, núm. 8, 2006, pp. 97-147.

²⁹ Vid. Fundamento de Derecho I de la nota de calificación, parcialmente recogido en el Antecedente de Hecho II de la resolución.

que ya están retribuidas mediante el sueldo que por el mismo concepto se establece» (antecedente de hecho III).

De modo que, admitido el supuesto de que el administrador social sea también trabajador, así como la validez de la cláusula que lo contemple, es posible plantear si su retribución debe —o puede— tener reflejo estatutario. Desde luego, como ya se ha apuntado, esta previsión no puede considerarse obligatoria en tanto el objeto de la actividad desempeñada por el administrador-trabajador sea ajeno a la dirección de la sociedad, consistiendo en una actividad (específica) diversa³⁰. Cuestión distinta es que pueda ser recogida por los estatutos, como ocurre en el caso que nos ocupa, donde se establece una retribución fija del cargo orgánico «sin perjuicio de (...) los salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad en razón de (...) la vinculación laboral del administrador de la compañía para el desarrollo de actividades en la misma». A pesar de no hacer referencia a la naturaleza ordinaria de la referida vinculación laboral, excluyendo así toda relación de alta dirección, la cláusula es plenamente válida. La DGRN considera que la misma no pretende contravenir o esquivar el criterio jurisprudencial dominante, es decir, consentir la acumulación de una relación laboral de alta dirección al cargo de administrador.

Por todo ello, las dudas de la registradora sobre la licitud de la cláusula nos parecen fundadas, aunque, según nuestro criterio, debería haberse hecho mayor hincapié en que el error se encontraba en no especificar la naturaleza común de los vínculos laborales. Y es que si existe una doctrina jurisprudencial sentada al respecto de la incompatibilidad de vínculos o, si se prefiere, se trata de una cuestión no exenta de matices, no sorprende que, frente a una cláusula estatutaria que prevea el pago de salarios a los administradores derivados de contratos de trabajo, se ponga de manifiesto que los mismos no pueden revestir la forma de contratos de alta dirección. Uno de los argumentos esgrimidos por el notario recurrente se refiere a la inscripción previa de otros títulos de contenido similar al de la cláusula ahora analizada. La Dirección General recuerda que, por aplicación del principio de independencia, el registrador no está vinculado por calificaciones previas «llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos» (FD 1).

Llegados a este punto conviene recordar que la doctrina del vínculo fue acogida también por las Salas I y III del Tribunal Supremo. En este sentido, el TS ha considerado contraria a Derecho la determinación de una indemnización a favor del administrador por extinción de la relación civil. A criterio del Tribunal, las cláusulas indemnizatorias coartan la libertad del órgano de administración e infringen lo dispuesto en el artículo 130 LSC (art. 74 LSA de 1989). En cambio, la doctrina parece de acuerdo en que el efecto de esta prohibición no es sino la

³⁰ De nuevo, SÁNCHEZ CALERO, F.: p. 274.

desprotección del administrador, sometido al principio de revocación *ad nutum* por la Junta³¹. Cierta número de autores se posiciona en contra de esta concepción jurisprudencial por entender que, en tales casos, el contrato constituye un mecanismo de defensa del consejero frente a la libre revocabilidad del administrador por la sociedad³². En cambio, entienden que el pacto contractual indemnizatorio no limita la facultad de la sociedad de revocar *ad nutum* a sus administradores, tan sólo determina un incumplimiento contractual indemnizable por parte de la sociedad en caso de separar al administrador sin causa justificada³³. Así, mientras que el vínculo orgánico está sometido a la facultad de modificación unilateral por socios —o de la Junta general para ser más precisos—, incluida la posibilidad de separación *ad nutum* de los administradores, la modificación de los contratos de prestación de servicios requiere consentimiento de ambas partes (ex. art. 1091 del Código Civil)³⁴. De ahí que el establecimiento de relaciones de esta naturaleza resulte atractivo para el administrador, pues le otorga facultades de negociación y cierto grado de protección frente al ejercicio de la facultad unilateral de la sociedad de separarlo sin causa justificada³⁵. Pero, como se ha expuesto, el Tribunal Supremo recela de este mecanismo protector del administrador, haciendo hincapié en los riesgos que entraña (problemas de autocontratación, conflicto de intereses y restricción de la libertad de la sociedad para destituir al administrador). Riesgos que el legislador tenía ya en mente al incorporar el artículo 220 LSC y ante los que impuso la exigencia de autorización de la Junta general.

Sobre la licitud del doble vínculo (orgánico-laboral y orgánico-civil) parece incidir la reforma operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Su artículo 12 incorpora, en el nuevo artículo 4.bis de la Ley de Sociedades de Capital, una referencia expresa a la retribución que pueda corresponder al administrador en virtud de otros vínculos con la sociedad de responsabilidad limitada de formación sucesiva. El precepto limita la suma anual de las retribuciones que pueden percibir los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante los ejercicios en los que no se haya alcanzado la cifra de capital mínimo legalmente exigido. En efecto, la retribución no podrá exceder del veinte por ciento del patrimonio neto del correspondiente ejercicio. Ello se establece, sin perjuicio de la retribución que pueda

³¹ Vid. EMBID IRUJO, J. M.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992...», cit. p. 75. La misma opinión sostiene, GARCÍA DE ENTERRÍA, I.: «Pactos de indemnización del administrador cesado», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo 2, Madrid, Civitas, 1996, pp. 1785-1816.

³² EMBID IRUJO, J. M.: «Medidas de defensa de una sociedad mercantil frente a una acción exterior de obtención de su control. Las cláusulas anti-OPA», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 39, 1990, pp. 535-548.

³³ EMBID IRUJO, J. M.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992...», cit. pp. 399-400.

³⁴ SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra*, cit. p. 41.

³⁵ En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J. M.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992...», cit. p. 75.

corresponder a los administradores como trabajadores por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores. Esta disposición da pie a pensar que se pretende poner fin a la doctrina del vínculo, salvando la licitud de la compatibilidad de cargos³⁶. Pero la opción de legislador por una referencia genérica a la relación laboral, sin precisar la naturaleza común del vínculo, recuerda a la formulación de la cláusula que nos ocupa. En consecuencia, de ello puede inferirse, bien que se está así tratando de poner fin a la doctrina del vínculo, bien que la referencia del artículo 4.bis.1.c) LSC debe entenderse, como ha hecho la DGRN en esta resolución, hecha exclusivamente a la relación laboral de carácter ordinario. En el mismo sentido, acogiendo la interpretación que la DGRN hace de la cláusula estatutaria en la resolución analizada, la concertación de estos servicios profesionales exigirá previa autorización de la Junta general.

Otros ordenamientos jurídicos han incorporado disposiciones que determinan los términos de la compatibilidad de vínculos. El artículo L.225-21-1 del *Code de Commerce* francés permite que el administrador de la sociedad anónima adquiera la condición de trabajador (*salarié*) de la misma sólo si, al cierre del ejercicio social, la sociedad no supera los umbrales establecidos en el artículo 2 del anexo a la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas³⁷. A la inversa, un trabajador puede ser designado administrador sólo si su contrato de trabajo responde a un

³⁶ EMBID IRUJO, J. M.: «¿Reforma anticipada del Derecho de Sociedades?», en http://comenda.es/actualidad_interior/178/reforma-anticipada-del-derecho-de-sociedades (10/11/2013, 11:21). Afirma que «llama la atención lo que establece ahora el art. 4 bis, 1, c) LSC, cuando excluye de las restricciones anteriores a la retribución que pueda corresponder a socios y administradores como trabajadores por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios o administradores. Inciso éste que, de modo un tanto oblicuo, resuelve de un plumazo la debatida cuestión de la licitud del doble vínculo (orgánico y de servicios) de un administrador con la sociedad por él gestionado».

³⁷ En efecto, la jurisprudencia francesa ha sido contraria a la acumulación del vínculo laboral al cargo de administrador, prohibición que extraía de la interpretación conjunta de los artículos L.225-44 y L.225-22 del *Code de Commerce*. Nótese que la restricción se refería exclusivamente a los contratos de trabajo que el administrador pudiera concluir con la sociedad durante la vigencia de su mandato y no a la posibilidad de que el trabajador fuera designado administrador, lo que se permitía bajo ciertos requisitos. Sin embargo, tras la reforma operada por la *Loi n.º 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, se permite a los administradores de pequeñas y medianas empresas, o más concretamente de aquellas que cumplan los requisitos establecidos en la Recomendación 2003/361/CE, acumular un contrato de trabajo al vínculo orgánico. En su formulación en francés, el artículo 225-21 establece «*un administrateur peut devenir salarié d'une société anonyme au conseil de laquelle il siège si cette société ne dépasse pas, à la clôture d'un exercice social, les seuils définissant les petites et moyennes entreprises prévus à l'article 2 de l'annexe à la recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises et sison contrat de travail correspond à un emploi effectif*» (L.225-21-1). Sobre la cuestión en el Derecho francés véase COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, F.: *Droit des sociétés*, 20.^a ed., París, LexisNexis, 2007, pp. 243 y ss.

empleo efectivo³⁸. Por su parte, el *Codice Civile* italiano regula la retribución de los administradores en su artículo 2389, que lleva por rúbrica «*Compensi degli amministratori*». En su primer *comma* se exige que la remuneración de los administradores sea fijada, bien en estatutos, bien por acuerdo de la *Assemblea*, competencia que a esta última atribuye el artículo 2364 del *Codice*³⁹. Es el segundo apartado de este precepto el que resuelve la cuestión que nos ocupa, si bien no de forma claudicante, al disponer que la remuneración de los administradores investidos de cargas particulares en virtud de los estatutos la establecerá el Consejo de administración, previa consulta del *collegio sindacale*⁴⁰.

VI. REFLEJO ESTATUTARIO DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS Y OBRA A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES EN SEDE DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Como es sabido, el régimen de prestaciones de servicios y obra a cargo de los administradores en sociedades de responsabilidad limitada se rige por lo dispuesto en el artículo 220 LSC. En su virtud, el establecimiento y modificación de tales prestaciones queda sujeto a la autorización de la Junta general⁴¹. Éstas, que pueden englobar una variedad de tipos contractuales con regímenes jurídicos diferentes, se diferencian de las tareas de administración por su carácter esencialmente dispositivo⁴². Por tal motivo, la intervención de la Junta, aprobando la concertación de estos contratos por (y con) los administradores, constituye un mecanismo preventivo frente a la autocontratación⁴³. Sin ánimo de profundizar en la concreta esencia de las prestaciones de servicios u obra realizadas por los administradores⁴⁴, conviene tener presentes los criterios que permiten considerar ciertas actividades como autónomas o ajenas a las tareas propias del cargo orgánico. Ello

³⁸ La redacción en francés del artículo L.225-44 emplea la expresión «*emploi effectif*». En tal caso, el trabajador no perderá los beneficios derivados de la relación laboral. Además, el precepto dispone que cualquier nombramiento en contra de esta disposición es nulo. *Vid.*, COZIANE, M.: cit. p. 243.

³⁹ «*I compensi spettanti ai membri del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo sono stabiliti all'atto della nomina o dall'assemblea*». Al respecto, SANTOSUOSSO, D. U.: cit., p. 362. De otro lado, el artículo 2396 del *Codice* extiende al director general el régimen de responsabilidad de los administradores. Sobre la acumulación de vínculos en Derecho italiano, *vid.* COTTINO, G.: *Diritto societario*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 403 y ss.

⁴⁰ En su redacción en italiano, «*la remunerazione degli amministratori investiti di particolari cariche in conformità dell'atto costitutivo è stabilita dal consiglio di amministrazione, sentito il parere del collegio sindacale*». Sobre la cuestión, *vid.* COTTINO, G.: *Diritto societario*, Padova, CEDAM, 2011, pp. 418-420.

⁴¹ No así, aparentemente, su extinción. *Vid.* GALLEGU SÁNCHEZ, E.: cit. p. 1571.

⁴² Esta es la idea que defiende SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra...*, cit. p. 41.

⁴³ Por todos, GALLEGU SÁNCHEZ, E.: cit. pp. 1569-1577.

⁴⁴ Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra...*, cit. pp. 19 y ss.

porque, otorgar amparo estatutario a estas prestaciones no debe suponer la admisión de cualesquiera relaciones contractuales concluidas con los administradores, sino que deberá atenderse a las circunstancias en que tales contratos pueden ser concluidos. A tal efecto, se ha empleado el criterio de la inmediatez en la consecución del objeto social, la habitualidad con que se realiza la prestación, la realidad del tráfico e incluso la realidad social. El carácter retribuido o gratuito de la prestación es, a estos efectos, irrelevante, así como, en principio, la clase de administrador con el que se concierte la operación⁴⁵.

Como se ha señalado, en el supuesto analizado, la DGRN admite la validez de la cláusula estatutaria que prevé que los administradores perciban emolumentos por la realización de prestaciones de servicios y obra a favor de la sociedad, sin hacer referencia a la intervención de la Junta general para su establecimiento y modificación (ex. art. 220 LSC). Así, a juicio de la DGRN, no es requisito de validez de la cláusula la mención a la necesaria autorización de la Junta, que en ningún caso podrá soslayarse porque «no es suficiente la genérica previsión estatutaria que examinamos, sino la autorización expresa y *ex casu* por la Junta, sin que esa obviedad necesite ser precisada en estatutos» (FD 7).

El órgano directivo podría haber sido más contundente al afirmar que «la cláusula se puede entender referida implícitamente a servicios prestados por los administradores, ex artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital». De hecho, tal falta de precisión induce, a lo largo de la argumentación y hasta la penúltima oración del fundamento de derecho séptimo, a la errónea interpretación de que la Dirección General aprueba la licitud del encargo a los administradores de trabajos o servicios particulares, ajenos a la órbita orgánica de su relación con la sociedad y que no requieren autorización de la Junta, atendiendo a la pericia profesional o a la relación de confianza que mantiene con sus gestores. Frente a esta incorrecta interpretación, sin embargo, cabría sostener que la *ratio legis* del artículo 220 LSC pretende agotar todas las posibilidades⁴⁶, es decir, que el precepto engloba toda clase de actividades que los administradores puedan llevar a cabo a favor de la sociedad. Por ello, también la falta de referencia del nuevo artículo 4.bis LSC a la Junta General debe interpretarse en este mismo sentido. En tanto siga vigente el artículo 220 LSC y, tratándose de una norma imperativa, no parece que pueda excluirse la intervención de la Junta. A este respecto, reviste particular interés lo señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de junio de 2013, esto es, que «si el administrador de una sociedad limitada presta a ésta servicios que exceden de las funciones de gestión, dirección y representación que propiamente constituyen el objeto del cargo de administrador social y, por tanto, no entran en el régimen de exigencia de concreta previsión estatutaria establecido

⁴⁵ SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra...*, cit. p. 55-62.

⁴⁶ SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de Sociedades Mercantiles y Altos Directivos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 47.

en el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tales servicios han de ser autorizados en la forma prevista en el artículo 67 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁴⁷».

En cuanto al carácter retribuido de estos contratos, la LSC se refiere exclusivamente al establecimiento y modificación de los mismos por la Junta, aunque la remuneración (precio), en tanto elemento esencial del contrato, debe entenderse comprendida en el *establecimiento*⁴⁸ (art. 220 LSC). Tampoco debería entenderse que la retribución de estas prestaciones deba hacerse constar en estatutos por imposición de los artículos 23.e) y 217 LSC, pues éstos se refieren exclusivamente a la retribución del cargo de administrador y no a otros desempeños a cargo de éste. Como se ha señalado, llevar a estatutos reglas relativas a la retribución de estos contratos nos parece un mecanismo adecuado para salvaguardar los intereses de la sociedad —en el sentido contractualista del término— frente a supuestos de autocontratación. En el presente caso, la cláusula estatutaria que ahora analizamos se limita a advertir que la remuneración de los administradores se establece sin perjuicio de las cantidades que correspondan a los mismos en virtud de otras actividades que desarrollen para la sociedad. Ni se especifica la competencia para acordar la retribución de tales actividades, ni se añaden garantías frente a la autocontratación, como sí ocurría, por ejemplo, en la cláusula objeto de dudas en la resolución de la Dirección General de 12 de abril de 2002.

Al margen de estas cuestiones, el Tribunal Supremo ha reiterado la plena compatibilidad entre la doctrina del vínculo y las previsiones de los artículos 217 y 220 LSC. Sirva de ejemplo paradigmático el supuesto planteado al Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de septiembre de 2010. En aquella ocasión se encomendaba una prestación de servicios (no estatutariamente prevista, pero retribuida) al administrador mancomunado de una sociedad limitada en la que, sin embargo, el cargo de administrador era gratuito. El Tribunal Supremo afirmó que «la gratuidad para el desempeño del cargo de administrador lo es para realizar las funciones de gestión, dirección y representación de la compañía y no para aquellas otras expresamente previstas en el artículo 67 LSRL». El TS reitera que, en virtud de dicho precepto, basta el acuerdo de la Junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios

⁴⁷ En la sentencia, el Tribunal Supremo mantiene las exigencias propias de la doctrina del vínculo, rechazando los argumentos ofrecidos por las instancias inferiores, así como que el administrador único demandado realizara funciones de alta dirección ajenas a las propias de gestión y representación, aunque resolverá en sentido favorable al demandado por aplicación de la doctrina de los actos propios.

⁴⁸ Ello a pesar de la interpretación estricta que la doctrina ha propuesto hacer de esta norma prohibitiva. La misma consideración es válida para las indemnizaciones por extinción de la relación contractual, según entiende GALLEGO SÁNCHEZ, E.: cit. p. 1571, aunque otros autores entienden que no existen impedimentos para que sean los propios administradores quienes fijen la retribución. En este sentido se pronuncia GIMÉNEZ DUART, T.: cit. p. 378, que no ve problemas de autocontratación, salvo en casos extremos.

o de obra entre sociedad y administrador. En el ejemplo se trataba de una prestación de servicios profesionales como letrado «ajena a la administración y al mandato estatutario, que ha sido, además, consentida y establecida por la misma sociedad, que de otra forma hubiera necesitado contratar estos servicios fuera de la misma». En este supuesto, aunque es otra la cuestión problemática, la solución es sustantivamente idéntica a la de la resolución que nos ocupa: la previsión estatutaria de Física Médica Mediterráneo, S. L., debe entenderse referida al régimen del artículo 220 LSC y comprendería, por ejemplo, «la elaboración de un dictamen profesional [o] la realización de cierta obra» (FD 7).

VII. PERFILES PARTICULARES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA

Sin ánimo de profundizar en el análisis de las diferencias que la materia sugiere en sede de Sociedades Anónimas Cotizadas por exceder del objeto de este estudio, parece oportuno apuntar, como hace la DGRN en el Fundamento Jurídico cuarto de la resolución, las notas características de esta modalidad de S. A. y las razones que las justifican. A juicio de la Dirección General, los motivos que explican la admisión de esta posibilidad son «un mejor deslinde de la función de estricta gestión-supervisión o, *pura y simplemente*, administrativa», así como la concurrencia de una serie de «normas y estándares paranormativos particulares de las Sociedades Anónimas Cotizadas» (FD 4). La DGRN parece referirse, entre otras, al Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo y a las obligaciones que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, LMV) impone a estas sociedades. En concreto, los artículos 61.bis y ter de la LMV prevén, respectivamente, la obligación de elaborar el informe anual de gobierno corporativo y el informe sobre remuneraciones de los consejeros. Pero, además, recuerda la DGRN, en ellas existe una «tutela especial de la soberanía de la Junta» y una «mejorada prevención de los conflictos de intereses» (FD 4) que justifican la diferencia de régimen con la sociedad de responsabilidad limitada, pero no otorgan fundamento a la exclusión de la sociedad anónima no cotizada del ámbito de aplicación del artículo 220 LSC. Quizá por este motivo la Propuesta de Código Mercantil (en adelante, también referida como PCM) haya optado por extender el requisito de autorización de la Junta general a todas las sociedades de capital, con excepción de la sociedad anónima cotizada, que se regirá por lo dispuesto en el Título VII.

VIII. PERSPECTIVAS DE REFORMA Y REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La resolución analizada muestra la flexibilidad con que la DGRN permite articular las cláusulas estatutarias referidas a las prestaciones de servicios u obra.

Así, el órgano directivo acepta que los estatutos prevean esta materia de manera general, sin necesidad de reflejar las limitaciones legal o jurisprudencialmente impuestas. El órgano directivo recuerda que la falta de mención a la intervención de la Junta general en la cláusula estatutaria no equivale a permitir la formalización de los vínculos a los que se refiere sin intervención del órgano social, del mismo modo que tampoco se exige la institucionalización de la doctrina del vínculo vía estatutos. Tras un somero repaso a la jurisprudencia en la materia, con la que el órgano directivo casa plenamente, la DGRN interpreta la redacción de la misma, que califica como desacertada, de manera distinta a la registradora. Si ésta identificaba la referencia a «relación laboral» como hecha a un contrato laboral de alta dirección, la DGRN, en cambio, entiende que «la cláusula se refiere a otras actividades ajenas a las de gestión y representación inherentes al cargo [de administrador]» (FD7).

Nuevas perspectivas en la materia se abren con la Ley de apoyo a emprendedores y la Propuesta de Código Mercantil. Como se ha dicho, la primera parece resolver de manera implícita los problemas de licitud del doble vínculo de un administrador con la sociedad gestionada, al menos, en la sociedad de responsabilidad limitada de constitución sucesiva⁴⁹. Por su parte, la Propuesta de Código Mercantil ha prestado atención a algunos de los problemas clásicos en la materia, aunque mantiene la presunción de gratuidad del cargo de administrador (artículo 231-84.1 PCM), que puede ser desvirtuada a través de una disposición estatutaria que prevea el sistema retributivo de los administradores. Pero, además, el artículo 231-84 PCM incorpora en su segundo inciso una novedad destacable: la exigencia de que la retribución acordada para los administradores sea razonable en relación con la importancia de la sociedad, su situación económica y el desempeño del cargo.

Como se ha apuntado, en relación con las prestaciones de servicios, la PCM extiende a todas las sociedades de capital el régimen relativo a las prestaciones de servicios u obra a cargo de los administradores previsto, hasta ahora (sin excesivo fundamento), con carácter exclusivo para la S. L., con la salvedad de las sociedades anónimas cotizadas, que se rigen por lo dispuesto en el Título VII. Se acoge, acertadamente a nuestro modo de ver, la postura que no veía razones para excluir a la sociedad anónima del régimen del artículo 222 LSC⁵⁰. Pero la novedad fundamental que propone la PCM consiste en la matización definitiva —si no la quiebra— de la doctrina del vínculo, siempre que se opte por el Consejo como forma de organizar la administración⁵¹. En este sentido, el artículo 231-97 PCM prevé la atribución de funciones de alta dirección a los miembros del Consejo de

⁴⁹ *Vid.* nota 35.

⁵⁰ TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: cit. p. 247.

⁵¹ PAZ-ARES, C.: cit. p. 382, afirma que «la doctrina del vínculo se ha apoderado también de la mente e incluso del corazón de los mercantilistas, porque apela a una pieza íntima de convicción en nuestro sistema, que es el argumento del fraude».

Administración a través de la formalización de un contrato entre la sociedad y el consejero. Además, somete el proyecto de contrato (y no el contrato una vez firmado por las partes) a la aprobación por dos terceras partes del Consejo. El conflicto de intereses queda salvado mediante la abstención del consejero afectado, tanto en la deliberación como en la votación del proyecto de contrato⁵². En él «se detallarán todos los conceptos por los que [el consejero] pueda obtener una retribución, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a planes de pensiones» (art. 231-97 PCM). Por lo que respecta al contenido de dicho contrato (cuya naturaleza, por cierto, mercantil, civil o laboral no queda precisada), llama la atención que la PCM supera la interpretación jurisprudencial que declaraba la nulidad de las indemnizaciones previstas a favor del administrador en contratos suscritos con la sociedad por coartar la libertad del Consejo —y de la sociedad— para separar al consejero. Sin embargo, el consejero no podrá percibir cantidad alguna por conceptos que no estén detallados en el contrato, aunque surge la duda de si se refiere a emolumentos a percibir en razón de la relación formalizada en ese contrato o por cualesquiera actividades que desarrolle para la sociedad. La disposición analizada nos lleva a concluir que, si el contrato al que se refiere el precepto consiste en una relación de prestación de servicios, la falta de referencia a la preceptiva intervención de la Junta merece la misma interpretación que la cláusula estatutaria objeto de análisis en la resolución de la DGRN de 3 de abril de 2013. Ello es así si tenemos en cuenta, de un lado, que el régimen del vigente artículo 220 LSC se extiende con la PCM a las sociedades anónimas, que mayoritariamente optan por el Consejo para organizar su administración. Y, al mismo tiempo, se impone al Consejo de Administración que desee atribuir tareas particulares de alta dirección a alguno de sus consejeros la obligación de concluir con éstos un contrato. De modo que, salvo que el precepto pretenda terminar con la doctrina del doble vínculo (orgánico-laboral), la atribución de funciones del artículo 231-97 PCM no podrá consistir en una relación de empleo de alta dirección. El hecho de que el precepto obvie toda referencia a la Junta general invita a reflexionar sobre si toda sociedad de capital (a excepción de la cotizada) deberá someter el contrato de atribución de funciones especiales de alta dirección a sus administradores (consejeros) a la aprobación de la Junta general.

A nuestro juicio, la resolución analizada revela las dificultades todavía no resueltas por la normativa, especialmente la falta de claridad en torno a la compatibilidad del cargo de administrador con otros vínculos y la forma de reflejar la existencia de relaciones acumuladas en estatutos. Parece asumida la incompatibilidad declarada por el Tribunal Supremo entre la relación laboral especial de alta dirección y el cargo de administrador, aunque a veces da la impresión de que se

⁵² Acogen así la postura defendida, entre otros, por EMBID IRUJO, J. M.: «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1992...», cit. p. 75.

confunde el rechazo jurisprudencial a la simultaneidad de cargos con el mero rechazo de la acumulación de retribuciones por ambos conceptos. Por todo ello, se prefiere enunciar el precepto estatutario en clave genérica, sin hacer referencia a la naturaleza de la relación laboral, común o especial. Pero tampoco parece claro para los redactores el alcance del artículo 220 LSC, de cuyo régimen entienden excluido el vínculo laboral. Tal vez sea ése el motivo por el que se distingue entre los honorarios profesionales derivados de prestaciones de servicios que pudieran establecerse a cargo de los administradores y los salarios devengados en virtud de una relación laboral. Ello no obstante, la DGRN declara la plena validez de la cláusula que, aunque de redacción algo desafortunada, permite salvar las dificultades interpretativas que rodean la materia. Pero, además, los Tribunales que han optado por una interpretación ligeramente matizada de la doctrina del vínculo tienen en cuenta, a la hora pronunciarse sobre la compatibilidad de cargos, la existencia de cláusulas estatutarias similares a la que nos ha ocupado, esto es, que abran una posible vía al doble vínculo⁵³. De modo que la cláusula que la Dirección General tilda de escasamente acertada, probablemente no por falta de pericia de los redactores, sino por la dificultad que entraña encontrar una disposición estatutaria equilibrada que constituya la plasmación de la auténtica voluntad de los socios y sea, a la vez, acorde con la interpretación jurisprudencial, parece, lamentablemente, la opción más aconsejable.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO MARTÍNEZ, I. (coord.): *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas, 2007.

BLANQUER UBEROS, R.: «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta General» en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 397-452.

BOQUERA MATARREDONA, J.: «La regulación del conflicto de intereses en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 453-491.

COTTINO, G.: *Diritto societario*, Padova, CEDAM, 2011.

COZIAN, M.; VIANDIER, A.; DEBOISSY, F.: *Droit des sociétés*, 26 ed., París, Lexis-Nexis, 2013.

⁵³ Al respecto, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: cit. p. 93.

EMBID IRUJO, J. M.: «¿Reforma anticipada del Derecho de Sociedades?» en http://commenda.es/actualidad_interior/178/reforma-anticipada-del-derecho-de-sociedades.

— «Medidas de defensa de una sociedad mercantil frente a una acción exterior de obtención de su control. Las cláusulas anti-OPA», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 39, 1990, pp. 535-548.

— «Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 30 de diciembre de 1992. Revocación de Consejero y Delegado en una Sociedad Anónima», diario *La Ley*, 3/1993, pp. 397 y ss.

FARRANDO MIGUEL, I.: «La remuneración de los administradores y la doctrina jurisprudencial del doble vínculo», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32, 2009, pp. 99-132.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «Artículo 220. Prestación de servicios de los administradores», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), tomo I, 2011, pp.1569-1577.

GARCÍA ÁLVAREZ, B.: «Posibles límites a la retribución de los administradores en un contexto de crisis económica», en *Crisis Económica y responsabilidad en la empresa*. ABRIANI, N.; EMBID IRUJO, J. (dirs.); FERRANDO VILLALBA, M.; MARTÍ MOYA, V. (coords.), Granada, Comares, 2013, pp. 179-196.

GARCÍA DE ENTERRÍA, I.: «Pactos de indemnización del administrador cesado», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo 2, Madrid, Civitas, 1996, pp. 1785-1816.

LIMÓN LUQUE, M. A.: *Administradores y Directivos de las Sociedades Mercantiles Capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2004.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Altos cargos y doble vínculo (I): crítica a los excesos de la doctrina del vínculo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 3, núm. 3, 2010, pp. 65-93.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 2007.

SÁNCHEZ GIMENO, S.: «La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores», *Anuario de derecho concursal*, núm. 8, 2006, pp. 97-147.

SÁNCHEZ GIMENO, S.: *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SANTOSUOSSO, D. U.: «Il principio di ragionevolezza nella disciplina della remunerazione degli amministratori», en *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Milano, UTET, 2007, pp. 362-381.

SIERRA HERRERO, A.: *Administradores de Sociedades Mercantiles y Altos Directivos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2008.

TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, Civitas, 1998.

(Trabajo recibido el 28/11/2013
y aceptado para su publicación el 10/12/2013)

**SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE JUNTA GENERAL
DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA
CELEBRADA EN SEGUNDA CONVOCATORIA
Y CONVOCADA POR REPRESENTANTE
DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN
(Comentario a la Resolución de 26 de febrero de 2013 de la
Dirección General de los Registros y del Notariado)**

FRANCISCO-JAVIER RAMÍREZ GONZÁLEZ
Notario de Órdenes (La Coruña)

RESUMEN

En el presente comentario se profundiza en el contenido de la Resolución de 26 de febrero de 2013 de la Dirección General de Registros y del Notariado, en cuanto a la debatida y estudiada cuestión relativa a la posibilidad de que una Junta General de Sociedad de Responsabilidad Limitada pueda ser celebrada en segunda convocatoria, máxime en el caso resuelto por esta Resolución en que la estructura del órgano de administración y representación social está integrada por dos administradores mancomunados, y la convocatoria se lleva a cabo por un representante de uno sólo de dichos administradores.

Palabras clave: Junta general, sociedad de responsabilidad limitada, segunda convocatoria, representante del administrador, convocatoria.

ABSTRACT

The present commentary explores the contents of the Resolution from the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public dated February 26th, 2013, with regard to the much discussed and studied question regarding the possibility that a General Meeting of Partners in a Limited Liability Partnership can be held at the second call, particularly in the case resolved through this Resolution in which the structure of the organ of governance and corporate representation comprised two joint directors and the notice of meeting was given by a representative of only one of them.

Keywords: general meetings, limited liability partnerships, second call, representative of the director, notice of meeting.

FRANCISCO-JAVIER RAMÍREZ GONZÁLEZ

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO. 1. Convocatoria y celebración de la Junta. 2. El acuerdo de disolución. 3. Formalidades para la elevación a público e inscripción.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. HECHOS

La presente resolución tiene su origen en el recurso interpuesto por V. A. G., como liquidadora de la sociedad «Hidroqueen, S. L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Asturias, por la que se rechaza la inscripción de una escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales.

En dicha escritura, autorizada en Gijón el día 18 de octubre de 2012, comparece en representación de la entidad «Hidroqueen, S. L.», doña B. R. B., con el objeto de elevar a público los acuerdos sociales adoptados en la Junta celebrada el día 3 de septiembre de 2012, tal y como resulta de certificación emitida por la propia compareciente como administradora de la sociedad, así como por las liquidadoras solidarias doña P. B. D. y V. A. G., al haberse aprobado el cese de los administradores y haber aceptado el nombramiento de las liquidadoras designadas al efecto. El notario autorizante legitima las firmas. La compareciente eleva a público los acuerdos, en virtud de los cuales la sociedad queda disuelta; el acuerdo de disolución se adoptó al amparo de lo preceptuado en el artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, cesan los administradores y quedan nombradas liquidadoras doña P. B. D. y V. A. G. Asimismo, de la escritura resulta que la Junta general fue convocada al otro socio mediante burofax.

Presentada dicha escritura a inscripción en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Asturias, la señora registradora califica negativamente y deniega su inscripción en base a los siguientes argumentos:

1. La Junta no ha sido debidamente convocada y su celebración no es válida, pues se establece una segunda convocatoria, lo cual no existe en las sociedades de responsabilidad limitada y dicha convocatoria la efectúa un representante de uno de los administradores mancomunados, cuando la competencia es del órgano de administración, en este caso dos administradores mancomunados.

2. Si los acuerdos se adoptan por todo el capital asistente a la Junta, han sido adoptados por unanimidad, no por mayoría, como se indica en el certificado.

3. Si la causa de disolución, tal y como resulta de la escritura, es el acuerdo de la Junta general, al amparo de lo dispuesto en el artículo 368 de LSC, no hay quórum suficiente para adoptar el acuerdo, pues vota a favor del mismo el socio asistente titular del 50 por 100 del capital, y el artículo 368 de la LSC exige el quórum establecido para la modificación de estatutos, que, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 199.a), es más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones sociales representativas del capital social, es decir, más del 50 por 100 del capital.

4. En el momento que se declara la disolución de la sociedad, que lleva consigo la apertura del período de liquidación, se produce el cese automático de sus administradores, extinguiéndose su poder de representación, artículo 374 LSC, por lo que la administradora mancomunada saliente no tiene facultad para elevar a público los acuerdos sociales, competencia exclusiva de cualquiera de los liquidadores solidarios. Artículo 108 RRM.

5. Se precisaría dar cumplimiento al artículo 111 RRM, es decir, notificación fehaciente al administrador mancomunado, don V. M. L. G., del nombramiento de los liquidadores solidarios nombrados. La notificación a doña B. R. B, es decir, la otra administradora mancomunada, queda cumplida con la firma por la misma del certificado acreditativo de los acuerdos de nombramiento.

6. Del acuerdo 2.º del certificado resulta la aprobación del acuerdo de disolución y liquidación de sociedad, cuando únicamente se trata de la disolución, con apertura de liquidación.

Contra dicha calificación, la recurrente, doña V. A. G., liquidadora de la entidad «Hidroqueen, S. L.», alega lo siguiente:

1. Que la previsión de segunda convocatoria no puede implicar que la Junta no haya sido debidamente convocada, pues la normativa aplicable no prohíbe la existencia de segunda convocatoria.

2. Que el artículo 166 LSC no prohíbe el hecho de la representación ni impone que la convocatoria sea llevada a cabo por todos los administradores, lo que sería inexigible, dado que el otro administrador ha abandonado sus funciones y ha sido denunciado por la otra administradora que ha llevado a cabo la convocatoria de la Junta, la cual está obligada a convocar conforme a los artículos 167, 168 y 363 LSC.

3. Que la convocatoria la lleva a cabo una administradora mancomunada titular del 50 por 100 del capital social por medio de su representante, una letrada a la que se nombra liquidadora.

4. Que la convocatoria se ha hecho al otro titular del 50 por 100 del capital social.

5. Que el capital asistente a la Junta equivale al 50 por 100 por lo que, de conformidad con el artículo 198 de la Ley de Sociedades de Capital, se entienden adoptados los acuerdos por mayoría y no por unanimidad.

6. Que en la certificación consta que se confiere facultad indistinta a la administradora o a las liquidadoras para elevar a público, difiriéndose su cese al momento de instar la inscripción.

7. Que el artículo 111 RRM no es aplicable por estar facultada doña B. R. B. para certificar el acta.

8. Y que, finalmente, el acuerdo segundo del orden del día se refiere a disolución y liquidación, lo que comprende el acuerdo de disolución y la apertura de la liquidación, según resulta de los epígrafes segundo y tercero, por lo que no existe defecto alguno.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La Dirección General, en su resolución, desestima el recurso interpuesto y confirma la nota de calificación de la registradora, estructurando su motivación en tres órdenes de cuestiones, estructura que aprovecharemos para realizar los comentarios pertinentes:

1. Convocatoria y celebración de la Junta.
2. Validez del acuerdo de disolución.
3. Incumplimiento de formalidades para la elevación a público e inscripción.

1. Convocatoria y celebración de la Junta

En relación al aspecto referente a la convocatoria y celebración de la Junta, se rechaza la inscripción por tres razones, que son:

a) Previsión y realización de Junta en segunda convocatoria tratándose de sociedad de responsabilidad limitada.

En relación a este particular, cabe señalar que ha sido ésta una cuestión ampliamente tratada por la doctrina y que no han faltado voces autorizadas, así, Manuel DE

LA CÁMARA, que ha entendido que, teniendo en cuenta la flexibilidad que el legislador ha querido imprimir al régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada, no debería haber inconveniente para que en el anuncio de la convocatoria, se estableciese, si así lo permitiesen los estatutos, una posible segunda convocatoria, señalándose el plazo que habría de mediar entre una y otra reunión.

En contra, de admitir la celebración de Junta en SRL en segunda convocatoria, se manifestó BOLÁS ALFONSO, que entiende que el mecanismo de la segunda convocatoria, como mecanismo que flexibiliza o suaviza el principio mayoritario, encaja en las sociedades de carácter abierto, pero no en las sociedades cerradas, como la forma social de responsabilidad limitada, en las que la Ley ha querido reforzar y garantizar al máximo el derecho de información y especialmente la posibilidad de que el socio conozca con la debida antelación cualquier convocatoria de la Junta.

En el mismo sentido, el Reglamento del Registro Mercantil, extralimitándose una vez más en sus atribuciones, señala en el número 2 del artículo 186 que «los estatutos no podrán distinguir entre primera y segunda convocatoria».

A lo que hay que añadir, como señala la Dirección General en la resolución comentada, el hecho de que la regulación que contiene el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (artículos 176, 177, 193 y 194) preserva la distinción en este punto que para ambos tipos sociales, SA y SRL, prevén sus leyes especiales, en lugar de alcanzar «la generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital», a que hace referencia el apartado II de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación a esta cuestión, la Dirección General, valgan por todas las resoluciones de 11 de enero y 11 de noviembre de 2002, y la que comentamos, siempre ha entendido que no es admisible en sede de sociedades de responsabilidad limitada la celebración de la Junta en segunda convocatoria en base a dos razones fundamentales:

- «La previsión legal para la adopción de acuerdos, que se basa en la exigencia de un determinado porcentaje de votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social, implica un quórum de asistencia que exigiría una previsión específica para el caso de que fuese posible una segunda convocatoria.
- Y porque aceptar una segunda reunión no prevista legalmente implicaría la atribución al órgano de administración de unas facultades discrecionales sin distinción de quórum requerido y sin limitación en las fechas, lo

que conllevaría una pérdida de seguridad jurídica y una amenaza para los derechos del socio.»

Y como señala la Dirección General de Registros y del Notariado en la presente resolución, aquellos dos motivos son suficientes para no admitir la argumentación hecha por la recurrente de que, al no estar prohibida expresamente la celebración de Junta en segunda convocatoria para sociedades de responsabilidad limitada, hay que entender que es válida, cuando en realidad es al contrario, pues al determinar la Ley que la Junta de sociedades de responsabilidad limitada se lleve a cabo de acuerdo a requisitos específicos, no puede admitirse la llevada a cabo en contra de los mismos.

Desde un punto de vista práctico, conviene matizar que lo que la Dirección General parece no admitir, no es el hecho en sí de que en el anuncio de convocatoria de la Junta general se prevea su celebración en primera y, en su caso, en segunda convocatoria, lo que se rechaza es la posibilidad de celebración de Junta general de Sociedad de Responsabilidad Limitada en segunda convocatoria, esto último sí que es defecto que impide la inscripción registral de los acuerdos adoptados.

Como señala José Angel GARCÍA VALDECASAS, es relativamente frecuente que, por reminiscencias de la anterior Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 y por la inercia del régimen de la sociedad anónima, los anuncios privados o públicos de convocatorias de Junta de sociedades de responsabilidad limitada señalen que la Junta se reunirá en primera convocatoria y, de no haber quórum suficiente en segunda convocatoria, a la hora o al día siguiente. En estos casos, si la Junta se celebra en primera convocatoria, y se adoptan los acuerdos sociales con el quórum necesario, el hecho de que el anuncio fije dos convocatorias no debe ser obstáculo para la inscripción de los acuerdos adoptados.

b) Convocatoria llevada a cabo por la representante de uno de los dos administradores mancomunados.

Como señala la Dirección General de Registros y del Notariado, resulta indiscutible que de la regulación legal se desprende que la competencia y obligación de convocar la Junta general incumbe a los administradores, por lo que, dependiendo de la estructura del órgano de administración que haya sido diseñada en los estatutos, habrá que observar los requisitos de actuación previstos para uno u otro modelo de organizar la administración y representación social.

Sobre este particular, el artículo 210, apartado 1 del TR de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que: «La administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un Consejo de administración»; y en relación con el régimen de actuación en cada caso, el artículo 185, apartado 3, del Reglamento del

Registro Mercantil dispone que: «En los estatutos se hará constar, también, a qué administradores se confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, de conformidad con las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.

b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la Junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.

c) En el caso de varios administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente, al menos por dos de ellos, en la forma determinada en los estatutos.

d) En el caso de Consejo de administración, el poder de representación corresponderá al propio Consejo, que actuará colegiadamente...».

No es en ningún caso admisible que la Junta general sea convocada por otra Junta anterior, aunque ésta sea universal, sino que es necesario que los administradores materialicen en legal forma la convocatoria, tal y como señaló la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de julio de 1999; lo que sí podrá la Junta es, por medio de una instrucción al órgano de administración, ordenar la convocatoria de la Junta y predeterminar el contenido de su orden del día, siendo esencial que la materialización de la convocatoria se haga por el órgano de administración (en este sentido, CARBAJO GASCÓN).

En el presente caso, la Dirección General estima que, dado que la estructura del órgano de administración social está compuesta por dos administradores mancomunados, el cumplimiento de la obligación de convocatoria debe ser llevado a cabo por los dos (artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital), sin que quepa soslayar la necesaria intervención de uno de ellos, ni sea aceptable la representación de tercero.

Como señaló la Resolución de 25 de febrero de 2000, la previsión legal es que, a falta de debida convocatoria por quien tiene la obligación y competencia para hacerlo (artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital), la convocatoria sea llevada a cabo por el juez de lo Mercantil del domicilio social a instancia de quien se encuentre legalmente legitimado. El texto refundido de 2010 sólo excepciona el supuesto previsto en el artículo 171 para caso de fallecimiento o cese de administrador que impida el normal ejercicio de las competencias del órgano de administración, limitando además el objeto de convocatoria a la debida provisión de cargos sin amparar, como ocurre en este supuesto, otros posibles puntos del orden del día.

De lo anterior se desprende que para la Dirección General no cabe la posibilidad de que la convocatoria de una Junta general la haga un representante del administrador. Se exceptúa el supuesto de que la delegación se haya hecho en un consejero delegado y lógicamente se le hayan delegado todas las facultades del Consejo, salvo las indelegables por ley (Resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 1999). Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la figura del consejero delegado, que es miembro del Consejo, en el caso de un representante voluntario o apoderado de un administrador, ya sea único, solidario o, como en este caso, mancomunado, es evidentemente alguien extraño y ajeno a la entidad al que se le podrá conferir un poder más o menos general, pero lo que no se podrá es conferirle facultades que, por no estar previsto legalmente, no sean delegables, y entre ellas la de convocar Junta general.

Ahora bien, en el hipotético caso de que por error un administrador hubiere apoderado a un tercero confiriéndole facultades para convocar Junta general, y dicho poder figurase inscrito en el Registro Mercantil, los principios registrales (oponibilidad, legitimación y tracto sucesivo, artículos 9, 7 y 11 del Reglamento del Registro Mercantil) y el de salvaguarda judicial de los asientos, en tanto no sean impugnados y anulados, hace que no se pudiera denegar la inscripción de los acuerdos sociales que hipotéticamente se hubieran adoptado en una Junta convocada por un apoderado.

Por último, y en cuanto al tercero de los defectos alegados por la nota de calificación, c), insuficiencia de requisitos al no quedar acreditado que se haya convocado a todos los socios, es estimado el recurso en cuanto a la exigencia que hace la nota de que se especifique que la convocatoria se hace a todos los socios, pues resulta claro que la sociedad tiene dos socios solamente, que son a su vez los dos administradores mancomunados, y es doctrina de la Dirección General que «los eventuales defectos de forma en la convocatoria no deben impedir la inscripción si, atendidas las circunstancias del caso concreto, no han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos individuales de los socios».

2. El acuerdo de disolución

En cuanto al defecto alegado por la registradora en su nota de calificación, que cuestiona la validez del acuerdo de disolución de la entidad, existe una contradicción entre el contenido de la escritura pública, que afirma que la disolución de la sociedad se acuerda al amparo de lo establecido en el artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital y el contenido de la certificación, que se refiere al hecho de que el patrimonio neto de la sociedad es inferior al mínimo legal, por lo que se hace imposible que la registradora cumpla su obligación de calificar la validez del acuerdo adoptado y, por otro, que haga constar en la inscripción el acuerdo específico que contenga la causa por la que se acuerda disolver la sociedad (artículos 113 y 240 del Reglamento del Registro Mercantil).

Sabemos que nuestra legislación de sociedades de capital distingue claramente entre los supuestos de disolución de la sociedad por concurrir una causa legal (artículos 362 y 363), para los que se requiere acuerdo de la Junta adoptado por mayoría ordinaria (artículo 364) y, en caso de SRL, la prevista en el artículo 198 de la Ley, y aquellos en que la disolución opera por acuerdo adoptado en Junta general en ejercicio de sus competencias, siendo precisa aquí la mayoría reforzada prevista para la modificación de estatutos (artículos 199 y 368).

Circunstancias todas ellas que llevan a la DGRN a desestimar el recurso también en cuanto a este particular.

Al respecto, convendría comentar que es cierto que existe algún precedente jurisprudencial que sienta la doctrina de que la discrepancia de escasa entidad entre el contenido de la escritura y la certificación de los acuerdos sociales, no justifica la exigencia de una rectificación, ni es óbice para la inscripción en el Registro Mercantil (Resolución 8 de abril de 2013, que trataba el supuesto de discrepancia entre la escritura en su parte expositiva, que señalaba que la Junta había sido debidamente convocada por carta certificada y, en el otorgamiento de la misma escritura, se aludía por error involuntario a que la Junta fue universal, cuando del contenido global de la escritura, y de la certificación se desprendía de forma indubitada que la Junta fue convocada y no universal), pero lo cierto es que en el presente caso el error sí parece tener la suficiente entidad como para impedir la inscripción.

3. Formalidades para la elevación a público e inscripción

Por último, el tercero de los argumentos utilizado por la registradora en su nota de calificación es el incumplimiento de formalidades para la elevación a público e inscripción; en concreto, falta de competencia de la administradora cesada para elevar a público los acuerdos adoptados y falta de notificación al administrador mancomunado.

En cuanto al primero de los defectos indicados, en el escrito de interposición del recurso alega la recurrente que en la certificación se confiere facultad indistinta a la administradora saliente para la elevación a público e inscripción de los acuerdos adoptados, difiriéndose su cese al momento de instar la inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto a la posibilidad de diferir los efectos del cese de un administrador a un momento ulterior al del acuerdo de la Junta general, cabe señalar que dicha posibilidad ha sido admitida por la Dirección General de Registros y del Notariado, entre otras, en la Resolución de 6 de junio de 2009, en cuyo supuesto de hecho

se cesaba a un administrador y se nombraba a uno nuevo, pero en el acuerdo de la Junta de fecha 26 de diciembre de 2008 se disponía que el administrador cesado continuaría siendo administrador hasta el 31 de diciembre y el nuevo empezaría el desempeño de su cargo el día 1 de enero de 2009.

No obstante, en el supuesto de hecho estudiado en la resolución que ahora se comenta, de 26 de febrero de 2013, hay una diferencia sustancial, cual es que una vez acordada la disolución de la entidad, se produce la apertura del período de liquidación, con los efectos que de ello se derivan para la vigencia y subsistencia de los cargos administrativos y representativos de la entidad.

Es lógico que la Dirección General desestime también el recurso en relación a este particular, pues del TR de la Ley de Sociedades de Capital resulta que, una vez se acuerda la disolución, se abre el período de liquidación, instante desde el cual cesan los administradores, extinguiéndose su poder de representación, y asumen sus funciones legales los liquidadores (artículos 371, 374 y 375); asimismo, de los artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que, entre otros, puede elevar a público los acuerdos sociales la persona que pueda certificarlos con cargo vigente, así como cualquier miembro del órgano de administración expresamente facultado siempre que su cargo estuviera vigente e inscrito, circunstancia esta última que no se da en el supuesto de hecho objeto del recurso.

No puede, por tanto, acogerse el argumento de la recurrente de que, al no estar prohibido expresamente, es lícito el acuerdo de diferir el cese de la administradora en caso de disolución.

Señala la Dirección General que, «a diferencia de los casos de normalidad societaria, en que no existe inconveniente en aceptar que el acuerdo de cese sea efectivo en fecha determinada, el acuerdo de disolución abre una fase especial en la vida social, la liquidación, que comienza a desenvolver su efectos inmediatamente por imperativo legal en beneficio de los socios y de los terceros; estando entre dichos efectos el cese incondicional de los administradores y su sustitución por los liquidadores. Este efecto legal no puede ser alterado por la voluntad social, pues la actividad de la sociedad ya no está dirigida al desenvolvimiento de su objeto, sino a practicar las operaciones de liquidación legalmente establecidas (artículos 383 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital)».

Por último, también es razonable que la Dirección General desestime el último argumento de la recurrente de no entender aplicable al supuesto de hecho lo preceptuado por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el presente supuesto de hecho, la certificación fue expedida por las dos liquidadoras nombradas y por uno de los administradores mancomunados cesados, siendo por tanto omitido y faltando el conocimiento de uno de los dos administra-

dores mancomunados, por lo que no se respeta la exigencia de dicho precepto reglamentario y, como reiteradamente ha señalado la Dirección General, «la finalidad de dicho precepto es evitar el acceso al Registro Mercantil de documentos que no reúnan los debidos requisitos de validez, estableciendo la obligatoriedad cuando el certificado elevado a público sea expedido por quien no tenía con anterioridad facultad para certificar, de notificar a quien ostentaba, según Registro, dicha facultad, salvo que dicha notificación sea innecesaria al constar el consentimiento auténtico del anterior titular».

III. BIBLIOGRAFÍA

DE LA CÁMARA, M.: «*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*». Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.

— «*Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada*». Consejo General del Notariado, Madrid, 1998.

GARCÍA VALDECASAS, J. Á.: Comentarios a la resolución en cuestión, publicados en la página web «notariosyregistradores.com».

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M.: «La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, año 1997, núm. 36, pp. 423-456.

BOLÁS ALFONSO, J.: «La autonomía de la voluntad en la configuración de las sociedades de responsabilidad limitada», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, año 1997, núm. 36, pp. 3-62.

(Trabajo recibido el 16/1/2013
y aceptado para su publicación el 13/2/2014)

LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA, DE 17 DE ENERO DE 2013

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

RESUMEN

El supuesto de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles en la situación actual de crisis económica, respecto de aquellos contratos celebrados antes de la misma, se podrá considerar alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante entre las corresponsivas prestaciones de las partes, cuando concurren en el caso concreto determinados factores objetivos —de enumeración no tasada— necesitados de prueba, que se fijan en la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala Primera, de 17 de enero de 2013, admitiéndose por tanto la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* bajo estos presupuestos. Al análisis de tal cláusula *rebus sic stantibus* y de esta novedosa jurisprudencia se dedica el presente estudio.

Palabras clave: Cláusula *rebus sic stantibus*, el principio de pacta sunt servanda, crisis económica, alteración sobrevenida de las circunstancias, excesiva onerosidad de las prestaciones.

ABSTRACT

The inability of the real estate buyers to obtain financing in the current situation of economic crisis in relation to those contracts celebrated before the crisis, might be considered as an extraordinary alteration of the circumstances, capable of originating an exorbitant disproportion between the performances of both parties, subject to certain objective conditions established in the judgment of the Supreme Court, of the Plenary session of the First Room, of January 17, 2013. Therefore, the application of the clause *rebus sic stantibus* is admitted in the current economic crisis based on some premises set by the jurisprudence.

Key words: *Rebus sic stantibus* clause (*hardship*), the principle pacta sunt servanda, economic crisis, change in the circumstances, excessive supervening of performance.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—II. PRESUPUESTOS PARA QUE OPE-RE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—IV. LA NOVEDOSA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2013. 1. La imposibilidad sobrevenida o la cláusula *rebus sic stanti-bus*. 2. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. 3. Análisis de la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En el ámbito del derecho de contratos contenido en el Código Civil de 1889 rige el principio de *pacta sunt servanda* o vinculación contractual, regulado en los artículos 1258 y 1091¹. Tal principio es consustancial a la idea de contrato e indispensable para el desarrollo de la actividad económica bajo el prisma de una total seguridad jurídica. No hay contrato sin consentimiento y, una vez otorgado el mismo, los contratos obligan a cumplir aquello libremente asumido. Al ser el contrato fuente de las obligaciones surge entre las partes un vínculo de carácter obligatorio que convierte en debida una serie de conductas de los contratantes. Por otra parte, es incuestionable que éstos están obligados al cumplimiento exacto de aquellos pactos, cláusulas o condiciones siempre que respeten los límites de la ley (imperativa), la moral o el orden público fijados en el artículo 1255 del Código Civil en cuanto forman parte de su reglamentación contractual. El sistema del Código Civil parte, por tanto, de una ilimitada fuerza obligatoria de lo pactado, lo que no representa otra cosa que la consagración del dogma de la autonomía de la voluntad de los sujetos y de un total respecto al contrato². Ahora bien, el citado

¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6727), señala que: «Los mencionados artículos 1091 y 1258 del Código Civil establecen a manera de proclama el dato de que la voluntad contractual constituye ley particular —«lex privata»— de los contratantes, pero nunca, y ello se ha de proclamar paladinamente, dicha voluntad puede configurar un negocio jurídico al margen de la ley general». Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal y Sala de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9479) señala que: «El artículo 1091 del Código Civil es un precepto programático, en cuanto que proclama que los contratos tienen fuerza de ley para las partes contratantes y que deben ser cumplidos y, por tanto, de escasa utilidad pragmática, y además dicha «fuerza de ley» siempre estará atemperada por los límites de la Ley, entendida, ésta como norma obligatoria y que limita la autonomía de la voluntad».

² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 15.

artículo 1255 del Código Civil no implica necesariamente una limitación de mínimos, de tal modo que, todo lo no previsto, no tiene cabida en el contrato. O lo que es lo mismo, que los pactos alcanzados por los contratantes, o mejor aún, la falta total de pactos sobre una determinada cuestión no supone o, al menos, no lo supone siempre, la exclusión (imposible o inoperante) de la ley imperativa, ni una limitación a la integración del contrato por la buena fe, los usos, la ley dispositiva y, en última instancia, por la propia teoría general del contrato (artículo 1258 del Código Civil)³. Por otra parte, el absoluto respeto a lo pactado supone que con posterioridad a la celebración del contrato, esto es, durante su ejecución, no pueda alterarse o revisarse su contenido, o incluso dejarlo sin efecto, fuera de los casos que el ordenamiento permite, sea con carácter general, o sea con carácter específico para un contrato particular.

En este contexto, afirma CASTIÑEIRA que «el principio *pacta sunt servanda* tiene una doble vertiente: una positiva y otra negativa. La positiva consiste en que las partes contratantes se obligan a todo aquello expresamente pactado, así como a cualesquiera otras consecuencias derivadas de las fuentes de interpretación e integración previstas por el ordenamiento (artículo 1258 del Código Civil). La vertiente negativa, por el contrario, se caracteriza por la irrelevancia de cualesquiera otros elementos o circunstancias no contempladas o no deducibles, a través de una interpretación o de la integración (cuando ésta debe tener lugar), del contrato»⁴.

Sobre tales bases, es evidente que, si el consentimiento es libre y consciente, se presupone que ambas partes consideran que el contrato y los pactos que alcanzan les son beneficiosos y el cumplimiento será algo querido. Sin embargo, el problema surge cuando el cumplimiento de aquel contrato libre o voluntariamente asumido no es beneficioso o no lo es para una de las partes en las mismas condiciones iniciales. Es en ese momento cuando se generaliza y alcanza operatividad el principio *pacta sunt servanda* y se garantiza el cumplimiento de lo acordado, a pesar de que el cumplimiento o el propio contrato no sea querido por las partes y, asimismo, adquiere especial protagonismo la idea del riesgo contractual. Si el riesgo es común y afecta por igual a ambas partes, éstas procederán a alcanzar un nuevo equilibrio contractual. Si, por el contrario, se residencia en una de las partes, y resulta indiferente, o incluso beneficia a la contraparte, es cuando el riesgo adquiere especial operatividad. Es por lo que se puede decir que la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda* en su doble perspectiva están ínti-

³ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista de Derecho Patrimonial*, número 29, julio-diciembre de 2012, p. 72.

⁴ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 73.

mamente relacionados con la temática de la distribución de riesgo⁵. Y, asimismo, conviene señalar que el *pacta sunt servanda* no es absoluto e ilimitado en sus términos, sino que los límites los marca el artículo 1255 del Código Civil y, por ende, la propia teoría general del contrato en su aplicabilidad a la propia relación contractual. De ahí que se pueda decir que el consentimiento contractual y el *pacta sunt servanda* en materia de distribución de riesgo, cuando no los ha previsto el legislador en el tipo contractual concreto, o las partes no lo han establecido en el clausulado correspondiente, determina la aplicación de otros elementos de la teoría general del contrato. Al respecto, señala Díez-PICAZO que hay un marco de previsión y, por la misma razón, un marco de riesgo⁶.

El contrato representa, pues, un sistema de distribución o de reparto de riesgos, bien porque así lo determine el legislador atendiendo al tipo contractual, bien porque lo hayan pactado las partes en uso del principio de autonomía de la voluntad (cláusula de revisión, de imprevisión, de fuerza mayor o de *hardship*, de renegociación o adaptación del contrato)⁷. La labor de los tribunales se considera de especial trascendencia cuando las partes no han pactado nada o hay ausencia de previsión legal.

Por otra parte, no cabe duda que el absoluto respeto a lo pactado no permite que con posterioridad a la celebración del contrato se pueda alterar o revisar su contenido, o incluso dejarlo sin efecto, fuera de los casos establecidos en el ordenamiento jurídico con carácter general o en particular para el tipo específico de contrato, o cuando las partes han convenido algún tipo de estipulación al respecto. Ahora bien, es evidente que durante la ejecución del contrato pueden acaecer circunstancias imprevistas o no tenidas en cuenta al fijar el contenido del contrato, que modifican precisamente la situación inicial pactada. Ante tal alteración de las circunstancias, el ordenamiento jurídico en ocasiones reacciona, proporcionando los correspondientes resortes jurídicos que posibiliten una solución adaptada a las nuevas circunstancias, como la imposibilidad de cumplimiento de la prestación en sus diferentes modalidades que haya acontecido por culpa del deudor o por caso fortuito, el incumplimiento de las obligaciones recíprocas que permite invocar la resolución del contrato (artículo 1124 del Código Civil), el desistimiento unilateral (artículo 1594 del Código Civil), el tratamiento de los vicios del consentimiento, en concreto, la doctrina del error; la regulación del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, o la revocación de las donaciones.

⁵ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 75.

⁶ Díez-PICAZO L.: Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, sexta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 1055.

⁷ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 23 de abril de 2012 (RJ 2012/5913); no se puede invocar la cláusula *rebus sic stantibus*, pues el arrendatario libremente prorrogó el contrato de arrendamiento aunque después alegase agotamiento del carbón o falta de rentabilidad de la mina, no probados, al tratarse de riesgos asignados a él por el contrato.

Pero fuera de los supuestos mencionados cabe plantearse qué hacer ante la existencia de un acontecimiento imprevisible y extraordinario que hace excesivamente onerosa la obligación, e irrazonablemente desproporcionada con la contraprestación que se recibe de la otra parte y que puede conducir a una reformulación de las obligaciones derivadas de un contrato más allá del cual fuese su tenor. Sobre tales bases, hay que señalar que el concepto de riesgo guarda estrecha relación con el de la imprevisibilidad y con el *alea* normal del contrato, aspectos ambos que, como se indica, forman parte de los requisitos o presupuestos exigidos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁸. A tal fin, algunos ordenamientos como el nuestro no ofrecen una solución legislativa a la cuestión justificando tal ausencia en el máximo respeto a la voluntad contractual —*pacta sunt servanda*— y a la exigencia de preservar la seguridad jurídica en el tráfico contractual que impide a las partes que puedan sustraerse al cumplimiento de lo pactado, de las obligaciones asumidas mediante la prestación del correspondiente consentimiento, aun existiendo dificultades sobrevenidas o pérdida del propio interés contractual y prefieren dejar en manos de los Tribunales las distintas soluciones a adoptar, aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*⁹, la teoría de la presuposición, de la imprevisión, de la frustración del fin del contrato, de la base del negocio o de la ruptura del equilibrio contractual¹⁰. Para fundamentar

⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 177.

⁹ La mayoría de la doctrina coincide en afirmar que los orígenes de la cláusula *rebus sic stantibus* aparecen en el derecho medieval por obra de los posglosadores —BARTOLO, al comentar algunos pasajes de la Glosa y de las Decretales, y posteriormente por BALDO—. Se admite la existencia de una cláusula implícita en los contratos de tracto sucesivo que obliga a su cumplimiento, siempre que se mantengan las mismas circunstancias existentes en el momento de su establecimiento. Se configuraba sobre la base subjetiva de presuponer la existencia de una cláusula sobreentendida. Esta cláusula experimenta su apogeo en los siglos XVI y XVII, formando parte integrante tanto del *usus modernus pandectarum* como de la Escuela del Derecho natural racionalista —Hugo Grocio, Puffendorf—, llegando incluso a recogerse en el Código Civil austriaco de 1811 —parágrafos 901 y 936—. No obstante, a finales del siglo XVIII entra en desuso, a causa de la filosofía de la Ilustración. Y no fue recogida en los tratados del siglo XIX, ni, por ende, en el Código Civil francés —DOMAT y POTHIER no la mencionan—, ni el italiano de 1865, ni nuestro Código Civil, ni siquiera en el alemán, pese a la influencia de las doctrinas de WINSCHIED; se contiene atisbo alguno de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la presuposición. Sólo como consecuencia de las circunstancias económico-sociales que aparecen tras la primera guerra mundial europea se intenta su resurrección. Un ensayo para su modernización se ha hecho a través de lo que, KAUFFMANN ha llamado la teoría de la «voluntad eficaz» y a través de la doctrina de la «reserva virtual» de KRÜCKMANN. Para un desarrollo más profundo de tales antecedentes, *vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, pp. 31-37; Díez-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*, pp. 1057-1060.

¹⁰ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de octubre de 1987 (RJ 1987/6720); de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226); y de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216), teoría de base del negocio; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/185465); también se refiere a la teoría de la base del negocio; y de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 28 de junio de 2012 (JUR 2012/243140), alude a la teoría de la presuposición, la excesiva onerosidad sobrevenida o la base del negocio.

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9881), y de la sección 1.ª, de 26 de abril de 2013 (RJ 2013/3268), distinguen entre la

su aplicación, los tribunales se apoyan bien en los textos positivos que se refieren a la buena fe como fuente de reglamentación contractual (artículo 1258 del Código Civil)¹¹, bien en la equidad¹², en los principios generales del derecho, en una adecuada interpretación del requisito de la causa¹³, e incluso en la doctrina del enriquecimiento injusto, en el error o en la rescisión por lesión¹⁴. Y se considera como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las presta-

desaparición de la base del negocio entendida subjetivamente, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato, o a la base del negocio objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa. Todo ello se funda en el criterio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio.

Recoge la doctrina de la frustración del fin del contrato las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980/3619); de 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6925); de 27 de octubre de 1986 (RJ 1986/5960) y de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216), relacionándola en esta última resolución con la imposibilidad económica del cumplimiento de la prestación.

¹¹ Unas veces se refiere a la buena fe objetiva dirigida, esencialmente, a restablecer el equilibrio contractual, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005); de 16 de noviembre de 1979 (RJ 1979/3850); de 9 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6925), que habla de su utilidad cuando se ha roto la relación de equivalencia, y de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665), que, en cuenta a la infracción del artículo 1258 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, establece que «aquel precepto establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, siendo justa consecuencia de la buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de una finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median excepcionales circunstancias». De forma que se afirma que el artículo 1258 del Código Civil acoge un criterio de buena fe objetiva y que sirve como base para la aplicación de tal cláusula. Otras veces se relaciona el citado artículo 1258 con la fuerza obligatoria de los contratos, consagrada en el principio *pacta sunt servanda*, y en relación directa con el artículo 1091 del Código Civil. Así, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1963 (RJ 1963/4264); de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927), y de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707).

¹² *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de julio de 1993 (RJ 1993/6318), y de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343). Asimismo, señala esta última resolución que la doctrina jurisprudencial se acomoda, en cierto sentido, al concepto de «hardship», acogido en los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales, al declarar que concurre cuando sucesos posteriores no razonablemente previstos imponen una excesiva onerosidad.

¹³ QUICIOS MOLINA, S.: «La resolución», *Tratado de Contratos*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coordinadoras Nieves Moralejo Imbernón y Susana Quicios Molina, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 1374-1375, señala que «el fundamento del fenómeno se quiere encontrar hoy en la causa del contrato que, como finalidad común perseguida por los contratantes, debería mantenerse durante el tiempo de la relación contractual; si tal finalidad no se alcanza como consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de perfección del contrato, habrá que adaptar su contenido». Y añade que «la cláusula *rebus sic stantibus* se fundamenta en la actuación de las partes con desconocimiento de unos acontecimientos que imprevisiblemente se producen, pero tal ignorancia no entra en la categoría de error ni, por tanto, permite anular el contrato por este vicio del consentimiento».

¹⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 18.

ciones¹⁵. En estos casos, no hay imposibilidad de cumplir la prestación, pero la ejecución resulta muy difícil para el deudor y es posible que pretenda la modificación o incluso la resolución del contrato por la concurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, sobrevenido durante la ejecución del contrato, que hace excesivamente onerosa su obligación e irrazonablemente desproporcionada con la prestación que recibe de la otra parte.

Por contraste, otros ordenamientos sí ofrecen una regulación de la regla *rebus sic stantibus* como remedio para restablecer el equilibrio contractual alterado. Así, el derecho civil navarro incluye una regla general sobre alteración de las circunstancias en el apartado tercero de la Ley 493 —cumplimiento de la obligación— del Fuero Nuevo (Compilación del Derecho Civil de Navarra), que dispone: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o de tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente onerosos el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución». Asimismo, el artículo 1467 del Código Civil italiano prevé la posibilidad de resolver el contrato o su modificación si el acreedor ofrece una modificación equitativa, cuando «la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa consecuencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos en el artículo 1458. La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en la alea normal del contrato. La parte contra la que se demanda la resolución puede evitarla, ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato». Si bien, precisa el artículo 1468 que «si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, puede solicitar una reducción de su prestación o bien una modificación en la modalidad de ejecución, como recurso suficiente a la equidad»¹⁶. También el parágrafo 313.1 del BGB, basado en la alteración de la base del negocio y en la

¹⁵ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/87304).

¹⁶ Artículo 1467: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di un delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può demandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente la condizioni del contratto».

Artículo 1468: «Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità».

distribución de los riesgos que establece: «1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido, si hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adecuación del contrato, siempre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo. 2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio. 3. Si la adecuación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte perjudicada puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato»¹⁷. Para SÁNCHEZ MARTÍN, con este marco normativo, los presupuestos que en el Derecho alemán se exigen para la aplicación de esta doctrina, son los siguientes: «a) Es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio; b) Falta de previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible determinarla mediante la interpretación integradora del contrato; c) La perturbación en el equilibrio de las prestaciones ha de ser de entidad suficiente y la mayor onerosidad en el cumplimiento ha de considerarse inexigible; y d) El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes, ni tampoco puede encontrarse en mora»¹⁸. En cuanto a la consecuencia jurídica, en caso de que la adaptación no sea posible, se podrá pedir la resolución (parágrafo 313.3 BGB).

Por su parte, el Código Civil portugués en su artículo 437, con relación a la resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias, señala que: «1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieran sufrido una alteración anormal, tiene la parte lesionada derecho a la resolución del contrato, o a su modificación según juicio de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por él asumidas afecte gravemente los principios de buena fe y a la cobertura de los riesgos propios del contrato. 2. Requerida la resolución, la parte contraria podrá oponerse a lo solicitado, declarando que acepta modificar el contrato en los términos del número anterior»¹⁹.

¹⁷ El parágrafo 313.1 del BGB: «Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann».

¹⁸ SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de las Sala Primera el 17 de enero de 2013», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8077, de 7 de mayo de 2013, pp. 3-4.

¹⁹ Artículo 437: «1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumi-

El Código Civil holandés, asimismo, dispone en su artículo 258 que: «1. El juez puede modificar cuando así lo desee una de las partes los efectos de un contrato o resolverlo total o parcialmente por razón de circunstancias imprevistas que sean de tal naturaleza que la parte contraria según los criterios de la razón y de la equidad no pueda esperar el mantenimiento del contrato. A la modificación o resolución puede ser concedido efecto retroactivo. 2. Una modificación o resolución no se pronuncia, en cuanto las circunstancias en virtud de la naturaleza del contrato o de las concepciones que rigen en el tráfico corran por cuenta del que las invoque. 3. Para la aplicación de este artículo equivale aquél al que haya pasado un derecho o una obligación, a una parte en ese contrato».

En el Derecho inglés se contemplan las figuras de la «*frustration of contract*» y de la «*comercial impracticability*». En este segundo supuesto no hay imposibilidad, sino que el deudor alega que el coste de entregar la cosa o prestar el servicio se ha visto incrementado de tal forma que se debe poner fin al contrato. En el caso de «*frustration of contract*» es el receptor de la cosa o del servicio; en cambio, el que se interesa por la liberación del contrato, pues, la prestación de su contraparte se ha convertido en carente de utilidad. En este supuesto se libera a ambas partes de sus deberes legales respecto a lo que reste por cumplir del contrato, cuando tiene lugar la liberación y, por ende, la extinción de la relación contractual.

En el ámbito de los Principios UNIDROIT, su artículo 6.2.1 establece que «cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en esta norma». Por su parte, en el artículo 6.2.2 se define el fenómeno denominado «*hardship*», que tiene lugar cuando un evento altera el equilibrio del contrato, bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado, o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado. Es necesario que dicho acontecimiento sea conocido por la parte perjudicada después de la conclusión del contrato, que tal acontecimiento no ha podido preverse de forma razonable por la perjudicada en el momento de la conclusión del contrato, que estén fuera de su control y, por último, que la parte no haya asumido el riesgo de tales acontecimientos. En cuanto a los efectos, el artículo 6.2.3 establece que la parte perjudicada está legitimada para exigir una renegociación, que por sí sola no suspende el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de falta de acuerdo se puede acudir a los Tribunales para que se decida la controversia. Si se estima la existencia de «*hardship*», el Tribunal puede poner fin al contrato en el momento y en los términos que estime oportunos, o bien adaptar el contrato con el fin de restaurar su equilibrio.

das afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior».

En el marco de los Principios del Derecho Europeo de la Contratación (PECL), su artículo 6.111 dispone que: «1. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste de cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación. 2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene excesivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que: a) El cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato; b) La posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato; c) El cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato. 3. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un período razonable, el tribunal podrá: a) Poner fin al contrato con determinadas consecuencias; b) Adaptar el contrato para distribuir entre las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias».

En ambos casos, el Tribunal concederá indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa a negociar por una de las partes o la ruptura de las negociaciones de modo contrario a la buena fe.

Por último, la regla *rebus sic stantibus* aparece expresamente establecida en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos en el artículo 1213, con el siguiente contenido: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de los riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato»²⁰.

Por otra parte, son varias las teorías que se han formulado en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* para justificar su aplicabilidad. Así, teorías objetivas que

²⁰ La redacción del precepto proyectado acoge la expresión alemana de la «base del contrato»; los términos italianos de «extraordinaria e imprevisible» para calificar la alteración o cambio de las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato y la «excesiva onerosidad» que aquéllas provocan; así como la anglosajona «frustración del fin del contrato». Para un estudio más profundo de dicho precepto proyectado, vid. SALVADOR CODERCH, P.: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2130, abril 2011, pp. 1-49.

potencian el dogma de la voluntad y que reafirman la necesidad de que el ordenamiento respete el verdadero querer del sujeto en aras de un principio de justicia y equidad; teorías que parten de una interpretación de la voluntad o de una ficción en cuanto al alcance de la misma; teorías de carácter objetivo que prescinden de la voluntad de una sola de las partes y operan sobre los presupuestos del contrato, lo que le confiere una mayor seguridad jurídica; las que se formulan a partir de otras instituciones ya existentes, como el error, el enriquecimiento injusto, la buena fe, la equidad, la fuerza mayor, la rescisión, el abuso del derecho, etc. En fin, las que prefieren basarse en teorías ya existentes, como la teoría de la presuposición de WINDSCHEID, de la base del negocio de OERTMANN y LARENZ, o la doctrina francesa de la imprevisión²¹. Todas las formulaciones utilizan los mismos o parecidos parámetros jurídicos indeterminados y todas se limitan a proferir un mandato al operador jurídico para que, dentro del amplio estándar abierto por regla, proceda a concretar la misma en subreglas más específicas acomodadas al caso concreto²².

La cláusula *rebus sic stantibus* representa un mecanismo de asignación del riesgo contractual, en concreto, del riesgo de que un acontecimiento extraordinario resulte excesivamente oneroso para el deudor ejecutar su prestación, si se compara con la contraprestación que recibe a cambio. Se trata, en todo caso, de una regla no regulada en nuestro derecho y que puede fundarse en las exigencias de la buena fe contractual (artículo 1258)²³.

²¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., et al.: *Elementos de Derecho Civil, t. II, Derecho de Obligaciones*, vol. I; *Parte General. Teoría General del Contrato*, quinta edición revisada y puesta al día, por Francisco Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2011, pp. 506-509, para quien «hay que poner el acento en la buena fe del artículo 1258, pero no para considerar al contrato como un ente *a se*, desprendido de la intención de las partes y en busca del mayor equilibrio de intereses, sino de acuerdo con la indudable voluntad del legislador y con el significado de los artículos 1091, 1255, y 1258 del Código Civil, respetando el equilibrio subjetivamente establecido por las partes y poniendo a cargo de cada una el *alea* de cualquier cambio de circunstancias, mientras la alteración de éstas no exceda de aquellos límites que tales contratantes o uno de ellos pudieron tener presente en el momento de contratar, sin mengua de la buena fe»; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, decimocuarta edición, Edisofer, Madrid 2011, p. 469. Asimismo, para un estudio más profundo de las diferentes teorías, vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, op. cit., pp. 64-104; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pp. 1060-1069; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.^a: La alteración de las circunstancias contractuales, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 80-88, si bien, precisa que, desde su punto de vista, parece más conveniente «el principio de la buena fe como fundamento técnico-jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que aquel principio, consagrado en el artículo 1258 del Código Civil, integra el contenido del contrato. De ahí que el mismo despliegue de efectos jurídicos que no se pueden imputar directamente a la voluntad de las partes» (p. 81). Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226).

²² CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 1013.

²³ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 8719.

En este contexto, la alteración sobrevenida de las circunstancias a causa de la actual crisis económica ha sido un argumento recurrente en los últimos tiempos para pretender el amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, la modificación de las relaciones contractuales o la resolución del contrato. Asimismo, relacionada con la crisis económica, se ha planteado su aplicación a los supuestos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. En esta línea opera la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013²⁴. El litigio causante de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación versa sobre la resolución de un contrato de compraventa de vivienda a instancia del comprador por imposibilidad de obtener financiación para pagar parte del precio más el correspondiente IVA (212.572,90 euros), estipulada en el momento del otorgamiento de escritura y entrega de la vivienda. El contrato se celebró el 28 de abril de 2008 en documento privado; los compradores fueron los cónyuges demandantes-reconvenidos, con domicilio entonces en Colinas de San Antonio (Valencia), y la vendedora la compañía mercantil demandada-reconviniente, dedicada a la promoción inmobiliaria; el objeto de la compraventa fue una vivienda unifamiliar en el complejo residencial «Benageber Green», todavía en construcción, de San Antonio de Benagéber (Valencia); el precio estipulado fue de 249.955 euros, IVA incluido, y a cuenta del mismo los compradores entregaron 36.362 euros a la firma del contrato, si bien con anterioridad habían pagado 42.019 euros por subrogarse en la posición del comprador de la misma vivienda que desde el 29 de junio de 2006 ostentaba otra compañía mercantil diferente de la promotora aunque con el mismo administrador único; la entrega de la vivienda se pactó para antes del 31 de octubre de 2008, aunque previéndose una prórroga de hasta diez meses; en el contrato se contemplaba la decisión de la parte compradora de «subrogarse al préstamo del promotor», pero también la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación; el 5 de noviembre de 2008, la mercantil vendedora comunicó a los compradores la obtención de licencia de primera ocupación de la vivienda, invitándoles a concertar fecha para el otorgamiento de la escritura pública; el siguiente día 24 los compradores comunicaron a la mercantil vendedora su intención de «rescindir» el contrato y recuperar la cantidad de 36.362 euros entregada a cuenta del precio «o en su defecto la correspondiente tras aplicar el 25% de la cláusula penal por incumplimiento», prevista en realidad para el caso de resolución a instancia del vendedor; el 26 de febrero de 2009 la mercantil vendedora requirió a los compradores para otorgar la escritura pública el 5 de marzo siguiente; dos días antes de esta última fecha, es decir, el día 3, los compradores habían comunicado a la vendedora que no iban a comparecer al otorgamiento de escritura pública; y, en fin, el 20 de abril de 2009 presentaron su demanda de resolución alegando la imposibilidad de obtener financiación, aportando un documento de «Bancaja», en el que esta entidad hacía constar que a uno de los cónyuges demandantes le había sido denegada la concesión de un préstamo hipotecario por impor-

²⁴ *La Ley*, 15640/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN.

te de 213.572,90 euros «por la situación financiera actual de nuestro cliente, debido a su alto endeudamiento», e invocando los artículos 1089, 1091, 1101, 1124, 1256, 1258, 1290 y 1291 Código Civil. La compañía mercantil demandada se opuso a la demanda, pidiendo su desestimación, y además formuló reconvencción para que se condenara a los compradores demandantes iniciales a cumplir el contrato, y a pagar la parte pendiente del precio más los intereses legales desde la interpelación judicial. Al contestar a la reconvencción, los demandantes iniciales calificaron de caso fortuito o fuerza mayor la imposibilidad de conseguir financiación, alegaron la situación existente al tiempo de celebrar el contrato (*rebus sic stantibus*), y la sobrevenida al tiempo de ser requeridos para otorgar escritura pública e invocaron, además de algunos de los preceptos citados en su demanda, los artículos 1254, 1255, 1269 y 1281 Código Civil.

La sentencia de primera instancia desestimó totalmente la demanda inicial y estimó la reconvencción, condenando a los cónyuges compradores a cumplir el contrato y, en consecuencia, a pagar a la promotora vendedora las cantidades de 199.600,78 euros en concepto de parte pendiente del precio y 13.972,06 euros en concepto de IVA, más los intereses legales desde la interpelación judicial. Los razonamientos de este fallo fueron, en esencia, los siguientes: 1. La cláusula 8.^a del contrato contemplaba la hipótesis de incumplimiento de la obligación de pago del precio por el comprador, facultando en tal caso al vendedor para exigir el cumplimiento o resolver el contrato. 2. En consecuencia, dicha cláusula no permitía al comprador desistir del contrato. 3. Los compradores, al rehusar el otorgamiento de escritura pública y negarse a pagar la parte pendiente del precio, habían incumplido el contrato, por lo que tampoco, al amparo del artículo 1124 del Código Civil, podían instar su resolución. 4. En cuanto a la alegada imposibilidad de obtener financiación, la certificación de la entidad de crédito acompañada con la demanda resulta insuficiente, porque nada se había acreditado sobre la situación económica de los compradores al tiempo de la celebración del contrato, «esto es, una comparativa económica demostrativa de la imposibilidad de hacer frente a la prestación debida a la firma del contrato y a la fecha de ser requeridos para otorgar escritura pública». 5. Dada la proximidad temporal entre la firma del contrato privado y el requerimiento para otorgar escritura pública, la parte compradora bien habría podido tener en cuenta la «probable imposibilidad de financiarse»; y 6. Además, el certificado de la entidad de crédito, acompañado con la demanda, sólo se refería a uno de los cónyuges compradores, no acreditando nada sobre la situación económica o la imposibilidad sobrevenida del otro.

Es por ello que la sentencia de instancia consideró un hecho no controvertido por las partes la celebración del contrato de compraventa, así como que la parte actora y compradora abonó a la demandada parte del precio estipulado, en concreto 36.362,07 euros, IVA incluido. Sin embargo, rechazó que esta parte, ante la imposibilidad alegada de hacer frente al pago del resto pendiente de abonar, pudiera instar la resolución del contrato —desistimiento del contrato—, sino que

se trataría de una opción para el vendedor, que, en el caso de autos, instaba, a través de pretensión reconvenzional, el cumplimiento del contrato. Tal estipulación establecía que «en el supuesto de que la parte compradora no pagase a su vencimiento la cantidad correspondiente a uno cualquiera de los plazos del precio, la parte vendedora quedará en libertad de exigir la satisfacción de su derecho mediante el ejercicio de las acciones oportunas con arreglo a la legalidad vigente, pudiendo optar entre exigir el abono correspondiente o la resolución de este contrato, que se produciría de pleno derecho, con la sola declaración en tal sentido de la parte vendedora, notificada a la parte compradora mediante requerimiento notarial al efecto; a cuyo fin se señala como domicilio del deudor el que figura en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales. Si optase por la resolución, la parte vendedora restituirá a la parte compradora, de las cantidades entregadas por ella, la parte que quede después de deducir y hacer suyo el 25% de las cantidades que debiera haber satisfecho a la parte compradora en el momento de la resolución, como cláusula penal por incumplimiento. Dicha restitución se efectuará mediante depósito notarial que se comunicará a la compradora en el propio requerimiento de resolución». En relación con la imposibilidad alegada de obtener financiación para pagar el resto del precio, se tuvo en cuenta que el contrato de compraventa se firmó en abril de 2008 y a finales de noviembre del mismo año ya se pretendía su resolución, indicándose en el mes de marzo por la entidad «Bancaja» que el comprador no podía ser financiado. Se consideraba que nada se había acreditado respecto de la situación económica de los compradores al tiempo de celebrar el contrato, esto es, a través de una comparativa económica demostrativa de la imposibilidad de hacer frente a la prestación debida, a la firma del contrato y a la fecha de ser requeridos para otorgar escritura pública. A su vez, teniendo en cuenta la proximidad de las fechas, bien pudo tenerse en cuenta por la parte compradora, a la hora de endeudarse o la de firmar el contrato, la probable imposibilidad de financiarse. Además, el certificado aportado se refería sólo a uno de los compradores, respecto del otro no se acreditaba su situación económica o la imposibilidad sobrevenida para cumplir la prestación. De forma que se estimó que fue la parte compradora quien no cumplió su respectiva contraprestación de pago del precio de la venta pendiente de la vivienda y, por ello, no podía instarse la resolución del contrato al amparo del artículo 1124 del Código Civil. Es por ello, por lo que se desestimó esta pretensión y se condenó a la parte compradora al pago del resto del precio, más el IVA y los intereses legales.

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por los cónyuges demandantes-reconvenidos, interesando la estimación de su pretensión inicial. La sentencia dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial Castellón, de 2 de junio de 2010, revocó la sentencia apelada, y en su lugar, estimando la demanda inicial y desestimando la reconvencción, declaró resuelto el contrato, y condenó a la mercantil vendedora a devolver a aquéllos la cantidad de 27.271,56 euros. El fallo se basó en los siguientes fundamentos: 1. La única cuestión litigiosa consistía en si la falta de financiación para poder subrogarse en el préstamo hipotecario

podía o no considerarse imposibilidad sobrevenida. 2. La cláusula 8.^a del contrato no podía considerarse abusiva puesto que se limitaba a incorporar al mismo lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil; 3. Debía considerarse probado el hecho de la denegación de financiación, siendo irrelevante que el certificado de la entidad de crédito se refiera a uno solo de los compradores porque ambos compraron la vivienda para su sociedad de gananciales; 4. La falta de financiación era un hecho constitutivo de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento que no consta fuese imputable a los compradores. 5. «No es necesario en el presente caso, contra lo que se dice en la sentencia recurrida, que los actores acrediten cuál era su situación económica al tiempo de la firma del contrato, y cuál la existente al serles negada la financiación bancaria». 6. Aunque «no hubiera estado de más un mayor esfuerzo probatorio en tal sentido, como tampoco la acreditación de sus fuentes de ingresos y la cuantía de éstos», debía tenerse por acreditada aquella imposibilidad por ser un hecho notorio «la existencia de una gravísima crisis económica, cuyas consecuencias finales son todavía imprevisibles». 7. También era un hecho notorio el «importante incremento de las exigencias de las entidades bancarias y cajas de ahorro para la concesión de financiación», con la consiguiente «restricción del crédito»; 8. Aunque en el contrato se contemplaba la posibilidad de que los compradores no obtuvieran financiación, esto no impedía apreciar la imposibilidad sobrevenida, ya que era un hecho notorio que la financiación hipotecaria venía siendo el medio que permitía la adquisición de vivienda y aquella parte del contrato se contenía en sus condiciones generales, de interpretación restrictiva; 9. Lo sucedido, pues, no era propiamente una imagen por parte de los compradores, sino «la imposibilidad de hacer frente al mismo»; 10. Consecuencia de la resolución era la recíproca restitución de las prestaciones aplicando el artículo 1303 del Código Civil, pero como los compradores no habían llegado a recibir la vivienda, tan sólo procedía que la mercantil vendedora devolviera la cantidad recibida a cuenta del precio, si bien reducida en una cuarta parte por haberlo consentido así los compradores.

De forma que la Audiencia estimó probado el hecho consistente en la denegación de la financiación que impidió a los adquirentes satisfacer la parte del precio pendiente de pago y subrogarse en el préstamo hipotecario en su día concedido a la vendedora. No se estimó relevante que en el documento de «Bancaja», en el que se denegaba el préstamo hipotecario, sólo se citase a uno de los adquirentes, habida cuenta que se trata de cónyuges que pretenden adquirir la vivienda para la sociedad de gananciales. Por otra parte, se consideró, asimismo, que la falta de financiación con la que los compradores contaban vino a significar un hecho constitutivo de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no imputable a aquéllos, no siendo necesario, en contra de lo que se recoge en la sentencia recurrida, que los actores debían acreditar cuál era su situación económica al tiempo de la firma del contrato y cuál era la existente al serles denegada la financiación bancaria; tampoco sería necesario la acreditación de sus fuentes de ingresos y la cuantía de éstos. También se estimó que en el supuesto litigioso se constataban

dos hechos notorios no necesitados de prueba: la existencia de una gravísima crisis económica, cuyas consecuencias finales son todavía imprevisibles y que se ha producido un notable incremento de las exigencias por parte de las entidades bancarias y cajas de ahorro para la concesión de financiación, lo que, «dicho de otro modo, ha producido una notable restricción del crédito, de suerte que quienes no hace mucho tiempo lo obtenían con sorprendente facilidad e incluso por mayor importe del valor que en el momento de la concesión del préstamo tenía el bien hipotecado, se han visto ahora en la imposibilidad de lograr el mismo». Finalmente, se contempla en las condiciones generales del contrato la posibilidad de que no obtuviera financiación o se lograra en cantidad inferior a la prevista, sin que tal circunstancia impidiese cumplir con la obligación de pago, lo que no es óbice para la apreciación de tal imposibilidad sobrevenida, ante la notoriedad de que la financiación mediante préstamos hipotecarios es el medio que ha venido permitiendo la adquisición de vivienda, además de la necesidad de interpretar con carácter restrictivo estas cláusulas que son de cierta práctica e impuestas por la parte vendedora. A tal fin se estimó por la Audiencia la resolución contractual y, como consecuencia de ella, la restitución de la situación al momento previo al contrato en virtud del artículo 1303 del Código Civil. En relación a la obligación de restitución del precio, se consideró que los compradores sólo pidieron la devolución de las tres cuartas partes, al estimar aplicable por analogía la previsión de la cláusula octava del contrato.

Esta sentencia de segunda instancia fue impugnada por la mercantil vendedora demandada-reconviniente mediante recurso extraordinario por infracción procesal, integrado por un solo motivo, y recurso de casación, articulado en tres motivos.

El recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la LEC, se funda en la infracción del artículo 217 de la misma Ley, en cuanto se debió haber exigido a la parte demandante la acreditación de la situación económica en que se encontraba al momento de proceder a suscribir el contrato de compraventa, y en el momento de procurar la financiación, así como en la imposibilidad absoluta de obtener financiación mediante la solicitud a múltiples entidades bancarias. Además, el hecho de que sea notorio que las entidades bancarias han incrementado las exigencias para la concesión de un crédito hipotecario no libera al deudor de acreditar que ha intentado por todos los medios obtener la financiación para la compra de vivienda. Así planteado, el motivo ha de ser destinado porque, pese a lo discutible de las consideraciones de la sentencia recurrida acerca de que los compradores no necesitaban probar su situación al tiempo de celebrar el contrato, y la existente al serles denegada la financiación, o acerca de la irrelevancia de la situación económica del cónyuge comprador no mencionado en el certificado de la entidad bancaria, lo cierto es que la cuestión litigiosa es más de derecho que de hecho, más de calificación de unos hechos como imposibilidad de cumplir el contrato que de si los hechos así

calificados están o no suficientemente probados, como en realidad viene a resultar del propio desarrollo argumental del motivo al invocar el artículo 1256 del Código Civil. En definitiva, que la parte recurrente tenga razón frente a determinados razonamientos de la sentencia impugnada no significa que ésta haya incurrido en una infracción procesal de las reglas sobre carga de la prueba, pues los hechos en sí mismos, tanto en lo relativo al contenido del contrato como en lo relativo a que la denegación de financiación proviene de una sola entidad de crédito, respecto de uno solo de los cónyuges compradores, y por la razón mencionada en el correspondiente documento acompañado con la demanda, no son verdaderamente controvertidos.

El recurso de casación se articula en tres motivos. En el primero, se alega infracción de los artículos 1182, 1183, 1184 del CC. El recurrente sostiene que no nos encontramos ante una imposibilidad definitiva, sino coyuntural y en todo caso imputable a los deudores por ser totalmente previsible la imposibilidad de financiarse dado el poco tiempo transcurrido entre la fecha en que se firma el contrato de compraventa —abril de 2008— y la fecha en que manifiestan su voluntad de resolver el contrato —noviembre 2008—. Además la imposibilidad de cumplimiento no sería ni sobrevenida ni imprevisible, ya que en la citada fecha de firma del contrato, «ya había cambiado la situación económica en el mercado inmobiliario y se había producido la crisis económica generalizada y que aún así los compradores no dudaron en contratar». Asimismo, la imposibilidad sobrevenida sería imputable a los deudores, ya que desde que firmaron el contrato, estando las viviendas próximas a su finalización, hasta su negativa a formalizar la escritura pública y señalar su intención de «rescindir» el contrato habían transcurrido solamente tres meses, no habiendo ninguna comparativa entre la situación económica de los compradores en ambos momentos. A esto añadía la recurrente que los compradores no habían alegado la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento hasta la interposición de la demanda. En el segundo motivo se denunció la vulneración de los artículos 1300 y 1301 del Código Civil, referidos a la nulidad, al haberlos aplicado la sentencia recurrida cuando lo que se declara es la resolución contractual, cuyas consecuencias no pueden ser las de la nulidad al encontrarnos ante un contrato válido, siendo injusto dicho planteamiento para la parte que ha cumplido, cuando, además, existe una cláusula en el contrato fijada para el supuesto de la no obtención de financiación. Y el tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 1256, 1089, 1091, 1124, 1255, 1258, 1261, 1278, 1445 y 1450 del Código Civil. A tal fin se sostiene que el contrato es válido y está dentro de la legalidad la opción ejercitada por el vendedor de exigir el cumplimiento del contrato con el abono de las cantidades que restan por pagar.

Por todo lo expuesto, se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la compañía mercantil HOGAR y JARDÍN, S. A., contra la sentencia dictada el 2 de junio de 2010 por la sección 3.^a de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación núm. 38/10. Sin embargo, se estima el recurso

de casación interpuesto por dicha parte litigante contra la misma sentencia, y se casa toda la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

En este contexto, el presente análisis se va a centrar en el estudio de la cláusula *rebus sic stantibus* y en la aplicación de esta figura en el contexto de la actual crisis económica y, consecuencia de ello, en las dificultades en la obtención de financiación plasmada en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013 y en la novedosa doctrina que desarrolla. Lo cierto es que esta situación de crisis económica se ha manifestado en dos momentos: en primer lugar, en la obtención de financiación para la compra de la vivienda y, posteriormente, en las dificultades para asumir las obligaciones derivadas del contrato válidamente celebrado. Ahora bien, basándose en hechos prácticamente iguales, se dicta por este mismo Tribunal la sentencia del 18 de enero de 2013²⁵. De hecho, la entidad mercantil vendedora es la misma en ambas situaciones, la adquisición de vivienda se remonta en ambos casos al día 28 de abril de 2008, y las cantidades que se mencionan en ambas resoluciones también son las mismas²⁶. Igualmente, se pre-

²⁵ RJ 2013/1604. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

²⁶ El veintiocho de abril de 2008, doña Benita y don Isidro compraron una vivienda unifamiliar a la demandada Hogar y Jardín, S. A., en un edificio en construcción sito en el término de San Antonio de Benageber. El precio de compra convenido fue de doscientos cuarenta y nueve mil novecientos treinta y cinco euros (249.935 euros), impuesto sobre el valor añadido incluido. Que, al firmar el documento que contenía el contrato, los compradores entregaron a la vendedora treinta y seis mil trescientos sesenta y dos euros (36.362,00 euros) en concepto de parte del precio convenido, sirviendo el documento de venta como carta de pago, si bien, además, aportaba un recibo que demostraba la entrega. Esta entrega de la vivienda debía llevarla a cabo la constructora y vendedora, según la cláusula primera del contrato, antes del día treinta y uno de octubre de dos mil ocho. Para el caso de impago del precio, se facultó a la vendedora para resolver el contrato y, en el caso de que optara por ello, a quedarse con un veinticinco por ciento de las cantidades recibidas como precio. Se añadió que el cinco de noviembre de dos mil ocho, los compradores comunicaron a la vendedora su voluntad de «rescindir el contrato con reclamación de la cantidad entregada en concepto de precio hasta entonces —treinta y seis mil trescientos sesenta y dos euros (36.362 euros)— o la que correspondiera tras aplicarle el veinticinco por ciento de la cláusula penal. Que la sociedad vendedora les contestó emplazándolos ante el notario, para otorgar la escritura de compraventa y pagar el resto del precio convenido. Los compradores, con fecha once de marzo de dos mil nueve, comunicaron a la vendedora que no irían a la notaría, al tiempo que le reclamaban otra vez la devolución del precio». Con estos antecedentes, la representación procesal de los demandantes alegó que era de aplicación la cláusula octava del contrato de compraventa, la cual facultaba al vendedor para resolver el contrato y retener el veinticinco por ciento del precio ya pagado: treinta y seis mil trescientos sesenta y dos euros (36.362 euros) y nueve mil noventa euros con cincuenta y un céntimos (9.090,51 euros), respectivamente. A esto se adujo que la negativa a formalizar la escritura no respondía a un simple capricho, sino que era la consecuencia de que les fuera imposible obtener la financiación para el pago del precio, para comunicarles la denegación de un préstamo de doscientos treinta mil euros (230.000 euros). La entidad mercantil Hogar y Jardín, S. A., por medio de carta de veintiuno de julio de dos mil ocho, dirigida a los compradores, comunicó a los mismos la proximidad de la fecha de entrega de la vivienda, a la vez que les requería para que indicaran la forma de pago. Por carta de seis de noviembre de dos mil ocho, los compradores fueron invitados por la vendedora a señalar lugar, día y hora para documentar el contrato públicamente. Al no hacerlo, la vendedora señaló

seña por parte de los compradores de la vivienda demanda solicitando la resolución contractual y la devolución de la parte correspondiente a la suma entregada, teniendo en cuenta la cláusula penal por incumplimiento prevista en el contrato consistente en la retención por parte de la vendedora del 25% de las cantidades ya abonadas. Asimismo, se basa la demanda en argumentos similares. Por una parte, se trataba de utilizar la cláusula octava del contrato, que permitía a la vendedora optar por la resolución del contrato o exigir el cumplimiento del mismo en caso de impago del precio por parte de los compradores; y, por otra, se aludía a la imposibilidad de obtener financiación para pagar el precio pactado. La entidad vendedora contestó, asimismo, a la demanda interpuesta, formulando reconvencción y solicitando el cumplimiento del contrato. La vendedora afirmó con argumentos similares que los compradores habían incumplido el acuerdo celebrado al negarse a otorgar escritura pública y proceder al pago de las cantidades debidas. Ante tal incumplimiento, la vendedora había optado por no resolver el contrato y retener el 25% de la suma ya entregada, exigiendo al mismo tiempo el cumplimiento de lo convenido. La contestación a la reconvencción fue, asimismo, similar en ambos litigios, alegando los demandantes aquí también la alteración grave de las circunstancias debido a los efectos de la crisis económica en el mercado crediticio español. Se argumentaba que la crisis económica dificultaba de manera notable las posibilidades de obtener financiación para la adquisición de vivienda, lo que suponía una alteración de las circunstancias que podía hacer entrar en juego la regla o cláusula *rebus sic stantibus* y provocar la resolución del contrato celebrado. En primera instancia, la demanda fue desestimada, mientras que fue estimada la reconvencción de la vendedora²⁷. Interpuesto recurso de apelación, se declaró la resolución del contrato de compraventa, por sentencia de la misma sección de la Audiencia Provincial de Castellón, condenando a la entidad vendedora a devolver a los compradores el setenta y cinco por ciento de la cantidad que éstos habían entregado a cuenta²⁸. Se interpuso contra la sentencia de apelación

fecha de otorgamiento de la escritura y la notaría. Los compradores no se personaron en ese lugar, ni otorgaron el documento, ni pagaron el precio.

²⁷ La sentencia de fecha 9 de junio de 2010 del Juzgado de Primera Instancia dispuso: «Que debo desestimar, como desestimo, la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales en representación procesal de doña Benita y don Isidro, contra la mercantil Hogar y Jardín, S. A., y debo absolver, como absuelvo, a la indicada mercantil demandada de todas las peticiones habidas en su contra. Y estimando la reconvencción formulada por la mercantil Hogar y Jardín, S. A., contra los actores, debo condenar y condeno a doña Benita y don Isidro al abono de las cantidades pendientes de pago que ascienden a la cuantía de ciento noventa y nueve mil seiscientos euros, con ochenta y siete céntimos (199.600,87 euros), más trece mil novecientos setenta y dos euros con seis céntimos (13.972,06 euros) de impuesto sobre el valor añadido, más los intereses establecidos en el fundamento de derecho sexto, se imponen las costas de la demanda y la reconvencción a la parte actora».

²⁸ La sentencia de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón, de 7 de abril de 2011, dispuso que: «Estima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de doña Benita y don Isidro, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número uno, de Castellón en fecha de 9 de junio de 2010, re vocando la resolución apelada, y estimando la demanda formulada por doña Benita y don Isidro, contra Hogar y Jardín, S. A., a la vez que desestima la reconvencción formulada por dicha mercantil contra los actores». A tal fin, declara resuelto

recurso extraordinario por infracción procesal y de casación; si bien el Tribunal Supremo se fundamenta de manera diferente a la sentencia de 17 de enero de 2013; de ahí la necesidad de un tratamiento diferenciado.

II. PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La cláusula *rebus sic stantibus* surge como remedio para restablecer el equilibrio alterado ante las circunstancias sobrevenidas que alteran la base económica del contrato y rompen el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones²⁹, y, en nuestro ordenamiento, a falta de una previsión legal, ha sido creada y desarrollada por la jurisprudencia, en concreto fue recuperada por el Tribunal Supremo, tras la Guerra Civil (1936-1939), en sentencias de 14 de diciembre de 1940³⁰, de 17 de mayo de 1941³¹ y de 5 de junio de 1945³². Si bien, fue en la emblemática sentencia de 17 de mayo de 1957³³ la que fijó los presupuestos de aplicación de la misma³⁴: 1. Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento

el contrato de compraventa suscrito por las partes el veintiocho de abril de 2008 por el que los demandantes compraban a la demandada la vivienda unifamiliar de la promoción Benageber Green del sector San Vicente, en el término municipal de San Antonio de Benageber. Se condena a Hogar y Jardín, S. A., a que devuelva a los citados demandantes la cantidad de veintisiete mil doscientos setenta y un euros, con cincuenta y seis céntimos (27.271,56 euros), que de vengará desde la fecha de la presente sentencia, y hasta su completo pago un interés anual igual al incrementado en dos puntos.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1951 (RJ 1951/1649).

³⁰ RJ 1940/1135.

³¹ RJ 1941/632.

³² RJ 1945/698.

³³ RJ 1957/2164.

³⁴ LACRUZ BERDEJO J. L., *et al.*: Elementos de Derecho Civil, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Parte General. Teoría general del contrato*, *op. cit.*, p. 511; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Modificación del contrato», *Curso de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, coordinadores Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Pedro de Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3.^a edición, Colex, Madrid, 2011, p. 468; QUICIOS MOLINA, S.: «La resolución», *op. cit.*, p. 1376; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.^a: *La alteración de las circunstancias contractuales*, *op. cit.*, pp. 89-104; CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contrato*, *op. cit.*, p. 1016; MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 8720; VIVAS TESÓN, I.: «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, coordinador Antonio Salas Carceller, Thomson Reuter Aranzadi, Navarra 2012, pp. 139-140. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1981 (RJ 1981/114); de 10 de abril de 1985 (RJ 1985/1804); de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927); de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707); de 26 de octubre de 1990 (RJ 1990/8049); de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9927); de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3023); 8 de julio de 1991 (RJ 1991/5376); de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226); de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10664); de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9881); de 15 de marzo de 1994 (RJ 1994/1784); de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216); de 19 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8539), que, como precisa, se exige para su aplicación que las modificaciones en el contenido de las prestaciones sean imprevisibles, extraordinarias y exorbitan-

de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de la celebración³⁵. 2. Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de tales prestaciones. 3. Que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y añade un cuarto requisito la sentencia de 6 de junio de 1959³⁶, como es que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio.

Asimismo, se señala que: a) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida; b) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por la jurisprudencia; c) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse con gran cautela³⁷ e interpretarse de manera restrictiva³⁸; d) Su admisión requiere como premisas fundamentales el que se den los presupuestos a los que hemos hecho oportuna referencia; e) Y, su empleo únicamente ha de tener lugar en los casos excepcionales, por la alteración que de ello pueda suponer del

tes, haciéndolas extraordinariamente desproporcionadas; de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10594); de 4 de febrero de 1995 (RJ 1995/739); de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665); de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214); de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343); de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/1490); de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/4573); de la sección 1.ª, de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673); de la sección 1.ª, de 9 de octubre de 2006 (RJ 2006/8687); de la sección 1.ª, de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/592); de la sección 1.ª, de 27 de abril de 2012 (RJ 2012/4714); y de la sección 1.ª, de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013/71625). Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995/4330); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, de 20 de febrero de 2001 (JUR 2001/184592); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de 31 de enero de 2003 (JUR 2003/145331); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 17 de febrero de 2009 (JUR 2009/189408); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, de 14 de julio de 2010 (AC 2010/1504); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011/65130); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012/247963); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 10 de enero de 2012 (JUR 2012/77632); de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 23 de febrero de 2012 (JUR 2012/87304); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/185465); de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012/154060), y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 4 de junio de 2013 (JUR 2013/216936).

³⁵ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9881), sobreveniencia de circunstancias totalmente imprevistas y alteración extraordinaria en el equilibrio de las prestaciones pactadas, que hagan excesivamente oneroso su cumplimiento por la parte que invoca la cláusula.

³⁶ RJ 1959/3026.

³⁷ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1958 (RJ 1958/3110); de 31 de marzo de 1960 (RJ 1960/1261); de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005); de 9 de mayo de 1983 (RJ 1983/2678); de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) y de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343).

³⁸ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707) y de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9927); y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 12 de abril de 2012 (JUR 2012/151156).

principio de *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica³⁹. Tanto es así que el propio Tribunal Supremo no supedita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a situaciones catastróficas o de conflicto bélico, sino que, a través de las constantes referencias a la excepcionalidad de la misma, la aplica sólo a sucesos no sólo imprevisibles y graves, sino realmente extraordinarios⁴⁰.

³⁹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 1983 (RJ 1983/2678); de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3023); de 4 de febrero de 1995 (RJ 1995/739); de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214); de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/1490); de la sección 1.ª, de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673); de la sección 1.ª, de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/592) y de la sección Pleno, de 15 de enero de 2009 (RJ 2009/28), si bien en relación con la vigencia y correcta aplicación del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, señala en su *Fundamento de Derecho* 2.º que, «sobre la base del principio de seguridad jurídica determinado en el artículo 9.3 de la Constitución española, del concepto de tutela judicial efectiva en la que debe encuadrarse la obligación ineludible de que las resoluciones judiciales se diriman a tenor del contenido concreto de la norma y según el sistema de fuentes predeterminado (artículo 1.7 del Código Civil), con la finalidad de que el ciudadano conozca en todo momento y con la debida certeza cuál va a ser el contenido de los preceptos aplicables, amén de que cualquiera que sea el sistema interpretativo utilizado en el marco de lo mandado por el artículo 3.1 del Código Civil, la intención del legislador es clara al haber mantenido incólume la citada regla, por lo que cualquier solución contraria a la misma o que suponga un vaciamiento de su contenido, **significaría un exceso hermenéutico que acarrearía la indeseada consecuencia de diluir los nítidos límites existentes entre la labor legislativa y la propiamente judicial**» (la negrita es nuestra). Por ello, concluye que no procede el recurso de casación interpuesto, pues «la declaración como doctrina jurisprudencial de que el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 es un precepto vigente en la actualidad, de conformidad con la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos y es plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, y su ejercicio no supone abuso del derecho al ejercitarse la acción impugnatoria con base en una facultad reconocida legalmente, debido a la virtualidad del artículo 2.2 del Código Civil, en cuanto al principio de derogación de las normas, al fundamento de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este particular, así como a la regla de la tutela judicial efectiva para la resolución de los pleitos “*secundum legem*”, y de acuerdo con el sistema de fuentes establecido (artículo 1.7 del Código Civil), sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53». Asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, de 14 de julio de 2010 (AC 2010/1504); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1.ª, de 28 de junio de 2012 (JUR 2012/243140) y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 26 de marzo de 2013 (JUR 2013/162899).

⁴⁰ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 2009 (RJ 2009/3187).

Por su parte, señala CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 77, que «la doctrina *rebus sic stantibus* es excepcional porque, en primer lugar, su existencia y aplicación es estrictamente jurisprudencial; en segundo lugar, porque los requisitos y presupuestos de aplicación son, como veremos, de muy difícil apreciación y, en tercer lugar, porque el Tribunal Supremo afirma de forma constante y reiterada que dicha doctrina es de aplicación extraordinaria». Asimismo, a juicio de SALVADOR CODERCH, R.: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, octubre 2009, pp. 15-17, existen dos tipos de razones que justifican que la doctrina del Tribunal Supremo no haya variado con el tiempo. La primera de ellas reside en el abuso que hace la práctica forense de la doctrina *rebus sic stantibus*, alegada con frecuencia de forma subsidiaria en supuestos en los que claramente no tiene cabida. La

Por su parte, la Ley 493.3 del Fuero Nuevo de Navarra requiere para la aplicación de esta cláusula que se haya producido una alteración fundamentalmente grave del contenido económico de la obligación o de la proporcionalidad de las prestaciones; dicha alteración ha de ser fruto o producto de haber sobrevenido circunstancias imprevistas, y que derivado del todo ello se haga extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes. El ámbito de aplicación de esta cláusula en Navarra, salvo en la previsión tendente a declarar la modificación de la obligación o su resolución, es prácticamente coincidente con cuanto viene estableciendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en los términos apuntados, que a su vez refiere la doctrina jurídica existente en la materia, independientemente de las distintas tesis en que se basan los diferentes autores y que con similares caracteres, viene siendo recogida o aplicada en el Derecho comparado.

Ahora bien, aceptando que el problema de la alteración de las circunstancias, como requisito de la cláusula *rebus sic stantibus*, guarda relación con la asunción del riesgo contractual, parece ineludible afirmar que ese cambio de circunstancias imprevisible y extraordinario supone la modificación del deber de cumplimiento de las partes y, en consecuencia, debe ser inimputable a éstas⁴¹. O dicho de otro modo, la ajeneidad del cambio de circunstancias o la ausencia de control por la parte afectada por el cambio de circunstancias⁴². Precisa CASTIÑEIRA JEREZ que «esta inimputabilidad del cambio de circunstancias tiene, al menos, tres vertientes, ideas o conceptos con las que se relaciona o identifica: en primer lugar, con el caso fortuito y la fuerza mayor; en segundo lugar, con las circunstancias personales de la parte a la que afecta la alteración, y, en tercer lugar de nuevo, con la idea de riesgo contractual»⁴³.

Lo cierto es que el caso fortuito y la fuerza mayor también participan de esta inimputabilidad o ajeneidad en el cambio de las circunstancias, además de la imprevisibilidad en la producción de los mismos; de forma que el deudor no deberá responder de los daños provocados como consecuencia de la falta de cumplimiento y, asimismo, se relacionan directamente con la imposibilidad de la prestación. Claramente en el artículo 1183 del Código Civil se contrapone la culpa del deudor y el caso fortuito, cuando establece que «*siempre que la cosa se hubiese*

segunda de las razones que expone este autor se relaciona con el origen de la cláusula en la posguerra española.

⁴¹ QUICIOS MOLINA, S.: «La resolución», *op. cit.*, p. 1376, agrega a los requisitos la buena fe y carencia de culpa. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1944 (RJ 1944/893 bis); de 6 de junio de 1959 (RJ 1959/3026); de 31 de marzo de 1960 (RJ 1960/1961); de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005); de 28 de enero de 1970 (RJ 1970/503); de 9 de mayo de 1983 (RJ 1983/2678); de 26 de junio de 1984 (RJ 1984/3438) y de 19 de abril de 1985 (RJ 1985/1804). Asimismo, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 9.ª, de 12 de abril de 2012 (JUR 2012/151156).

⁴² CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 1007.

⁴³ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 80.

perdido en poder del deudor; se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito».

Ahora bien, los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito no son coincidentes con los de la cláusula *rebus sic stantibus*, pues mientras que aquéllos suponen acontecimientos que imposibilitan la prestación y, en consecuencia, la liberación total de su cumplimiento de forma automática, por lo que asume todo el riesgo una parte contratante⁴⁴; en el caso de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque se hace más onerosa o se frustra la finalidad del contrato a causa de una alteración sobrevenida e imprevisible de las circunstancias, el cumplimiento de la obligación es posible, por lo que se reparte el riesgo entre las partes contratantes, máxime si se permite la revisión del contrato, siendo, en todo caso, necesaria la solicitud de su aplicación⁴⁵.

En todo caso, la alteración sobrevenida de circunstancias imprevisibles y extraordinarias, además de no haber sido causadas por la culpa o falta de diligencia de una de las partes contratantes, debe ocurrir en un momento de la ejecución del contrato en que no se pueda imputar los riesgos del cambio de circunstancias a aquélla. De forma que, si quien no ha cumplido su prestación se constituye en mora o de cualquier otro modo incumple la obligación, serán de su cuenta y riesgo los casos fortuitos y también la alteración de las circunstancias, aún imprevisibles y extraordinarias.

Ahora bien, se señala también que para que opere la cláusula *rebus sic stantibus* es necesario que estemos ante la alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que supongan un desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato. El Tribunal Supremo y alguna parte de la doctrina suele exigir el requisito de la extraordinariedad de la alteración de las circunstancias junto con el de la imprevisibilidad, esto es, se tiende a su aplicación de forma cumulativa, llegando en ocasiones a confundirlos⁴⁶. Así, en la sentencia de 10 de diciembre de

⁴⁴ Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1941 (RJ 1941/893) —PALLARÉS Y CARBONELL—, se decide distribuir los riesgos entre ambos contratantes, procediendo a la revisión del contrato y considerando que la fuerza mayor dimanante de la guerra no ha operado la extinción de la obligación.

⁴⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, pp. 110-111.

⁴⁶ ROPPO, V.: *Il contratto*, Giuffrè, Milán 2001, pp. 1025-1026. *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1957 (RJ 1957/2164); de 6 de junio de 1959 (RJ 1959/3026); de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972/1252); de 27 de junio de 1984 (RJ 1984/3438); de 19 de abril de 1985 (RJ 1985/1804); de 17 de mayo de 1986 (RJ 1986/2725); de 13 de mayo de 1987 (RJ 1987/1480); de 31 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10664); de 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9881); de 4 de febrero de 1994 (RJ 1994/910) y de la sección 1.ª, de 30 de julio de 2004 (RJ 2004/6637) a lo que hay que añadir que las circunstancias totalmente imprevistas que han sobrevenido y la alteración extraordinaria en el equilibrio de las prestaciones pactadas hagan excesivamente oneroso su cumplimiento y den lugar a una desproporción inusitada, exorbitante, entre las prestaciones de las partes contratantes. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 21 de julio de 1995 (AC 1995/1348).

1990⁴⁷ se establece que la alteración no es extraordinaria porque las partes pudieron y debieron prever el cambio de circunstancias; o la sentencia de 27 de mayo de 2002⁴⁸, afirma que una determinada alteración no es extraordinaria porque es previsible. Sin embargo, existe una tendencia doctrinal mayoritaria en sentido contrario, señalando que lo extraordinario y lo imprevisible, aunque pueden tener puntos de conexión, son cosas distintas⁴⁹.

Una guerra, una catástrofe natural, incluso la actual crisis económica, son factores extraordinarios, aunque muchos de ellos previsibles. Del mismo modo, no todo lo imprevisible —como la muerte temprana de una persona— es *per se* extraordinario. Si bien, lo extraordinario es más difícil de prever y evitarse.

En todo caso, lo extraordinario es aquello que está fuera de lo común; mientras que imprevisible es aquello que no podía averiguarse o anticiparse. Para ALBADALEJO, imprevisibilidad «equivale a imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento, como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato». Y añade: «no puede exigirse una imprevisibilidad absoluta, pues se advierte que se trata de imprevisibilidad según una consideración razonable de los hechos, o bien que la imprevisibilidad es una cuestión a decidir según las condiciones que concurren en cada caso»⁵⁰.

⁴⁷ RJ 1990/9927.

⁴⁸ RJ 2002/4573.

⁴⁹ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 87; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 258.

⁵⁰ ALBADALEJO, M.: Derecho Civil, II, *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 471-472. Por su parte, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 1972 (RJ 1972/1252) que «la alteración que se requiere como premisa de la excepción del principio *pacta sunt servanda* que implica la cláusula *rebus sic stantibus* es la de la base del negocio, con lo cual las partes no contaron, ni pudieron contar, es decir, la de tratarse de algo imprevisto e imprevisible, que como tal ni siquiera pensaron en la posibilidad de ellas; no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o cualquier grabación de la prestación debida». Sobre tal base, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9927), señala que «el evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusula de estabilización, y pago en especie para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios ello sólo podrá atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida», doctrina que aplicada al presente caso lleva a la desestimación del motivo, ya que, no obstante, la devaluación monetaria producida desde el año 1782, en que se formalizó la transacción entre los Heredamientos litigantes, hasta el año 1925, en que se aprobaron las Ordenanzas de Heredamiento de Molina de Segura, en su art. 11, se estableció un régimen excepcional de contribución a los gastos por el Heredamiento de Lorquí, fijando su aportación en la cantidad fija de 250 pesetas anuales, sin adoptarse remedio alguno para eliminar los efectos de esa alteración del poder adquisitivo de dinero que no pudo pasar inadvertido

Lo cierto es que, mientras lo extraordinario es de índole objetiva, resulta discutible la objetividad o subjetividad de la imprevisibilidad. Así, el Tribunal Supremo insiste en su carácter abstracto y objetivo, cuando además existen otros factores que implican el necesario rechazo a la cláusula *rebus sic stantibus*, por ejemplo, cuando por el tipo de contrato o la actividad empresarial desarrollada por las partes debe asumir un determinado riesgo industrial o empresarial que incluye el cambio de circunstancias⁵¹; o porque ha habido un incumplimiento previo de las partes⁵²; o porque cualquiera de las partes ha asumido directa o indirectamente como tal riesgo la alteración sobrevenida de las circunstancias⁵³. Otras veces, además de exigir que la imprevisibilidad sea radical⁵⁴, se relaciona con lo que las partes previeron o con lo que debieron prever más que con lo que era objetivamente previsible (concepción subjetiva de la imprevisibilidad)⁵⁵.

En todo caso, cuando se juzga sobre el carácter imprevisible y extraordinario de lo acontecido, se acude a la naturaleza del contrato, la posición de las partes en el mismo, las circunstancias en que pactaron, lo que previeron y debieron prever las partes, o, en todo caso, a la regulación legal de los riesgos en el tipo contractual de que se trate, los pactos alcanzados y, a su valoración en relación al hombre

al establecerse la contribución del Heredamiento recurrido; además debe tenerse en cuenta el carácter transaccional de la obligación que pesa sobre el Heredamiento de Lorquí, que resulta así ser contraprestación de lo que por él dado o prometido, contraprestación ésta a la que también habrá afectado esa alteración del valor por el cambio de circunstancias.

⁵¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343).

⁵² Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/6927) y de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343).

⁵³ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de junio de 1983 (RJ 1983/3632); de 24 de junio de 1993 (RJ 1993/5389); de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/), precisa que la virtualidad operativa de la cláusula *rebus sic stantibus* es el que se produzca una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato enjuiciado, no se ha producido, pues, la entidad compradora, como tantas veces ya se ha dicho, no incurrió en retraso alguno en el pago del precio de la venta, sino que ambas partes (vendedora y compradora) convinieron libre y voluntariamente conceder un plazo mayor a la compradora para el pago del resto del precio, cuyo convenio, además de las concurrentes al tiempo de su celebración, no puede impedir que el agente señor P. C., sin cuyo conocimiento se pactó el referido convenio, pueda exigir el cumplimiento de lo pactado en el documento transaccional de 14 de diciembre de 1989, con estricta sujeción a lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil, con arreglo al cual los contratos, una vez perfeccionados, obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; y de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/592).

⁵⁴ Que las circunstancias sean radicalmente imprevisibles, se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1650).

⁵⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 1990 (RJ 1990/707); de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214); de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673), y de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/592).

Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 258, señala que lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, pues presupone un acercamiento a las facultades de previsión de los sujetos.

medio, no cabe duda entonces que la imprevisibilidad se mide con criterios objetivos. Así, si se trata de un contrato de larga duración, existirá más posibilidades de que sobrevengan acontecimientos extraordinarios, lo que no supone que sean todos imprevisibles, pero sí al menos crea en las partes contratantes la idea de que estos acontecimientos pueden suceder ante la amplia duración del contrato⁵⁶.

De todas formas, exigir la imprevisibilidad, y no la mera imprevisión, ya supone un *plus* adicional, que, como precisa CASTIÑEIRA JEREZ, representa «un requisito objetivo que sólo endurece la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* (o de cualquier otra asimilable) y que nada tiene que ver con su fundamentación en el consentimiento contractual, o en una regla de derecho objetivo que no consista en una interpretación tan rigurosa (en sus efectos) como expansiva (en su concepción) del principio de pacta *sunt servanda*»⁵⁷. Ciertamente, ya ALBADALEJO se mostraba partidario de prescindir del concepto de «imprevisibilidad» y sustituirlo por el de «imprevisión», y a partir de ese punto se investigue cuál era el deber de previsión de las partes⁵⁸. Tal sustitución evitaría muchos problemas y lejos de suponer un peligro para el pacto *sunt servanda* y la seguridad jurídica supondría que, desde una consideración razonable de los hechos, se operase con la mera imprevisión unida a otros factores de índole objetiva como el tipo contractual, el nivel de diligencia exigido a las partes, sus condiciones personales, los pactos alcanzados, así como las circunstancias que rodean a las partes y a su relación. Las partes deben prever o, cuanto menos asumir, todos aquellos riesgos que le son propios, por lo que no deberán asumir aquellos que la mera imprevisibilidad, unida a otros factores objetivos, determinan su no asunción, al no ser riesgos asumidos y asegurados frente a la otra parte. Al respecto, tiene razón DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ cuando señala que «si se muestra un criterio poco flexible o muy riguroso, en cuanto a lo que pueda calificarse como imprevisible o extraordinario, se termina por negar los efectos de la excesiva onerosidad»⁵⁹.

En este contexto, la aplicabilidad de esta cláusula, *rebus sic stantibus*, que exige la concurrencia de los requisitos que propician su aplicación —con especial referencia a la imprevisibilidad (mera imprevisión)— deberán acreditarse de forma racionalmente contundente y decisiva, pues se ha de rechazar cuando se hace de forma abstracta o imprecisa la alegación de la cláusula de referencia⁶⁰.

⁵⁶ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Pacta *sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 96; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁵⁷ CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «Pacta *sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 97.

⁵⁸ ALBALADEJO, M.: Derecho Civil, II, *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, pp. 260-261.

⁶⁰ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/5201).

Sobre tales bases, hay que señalar que, para poder instar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no es suficiente con la aparición sobrevenida de acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, sino que se requiere además que el efecto de los mismos en el cumplimiento sea de tal intensidad que convierta la prestación en excesivamente onerosa y produzca una significativa alteración en el contenido económico del contrato⁶¹. Una alteración que viene a romper la proporcionalidad de las prestaciones de forma un tanto desorbitante, el equilibrio contractual y resulta contrario al principio de equidad y de buena fe mantener el cumplimiento del contrato⁶². La determinación de la ruptura del equilibrio contractual y, por ende, la alteración del contenido económico del contrato que lo haga excesivamente oneroso, debe valorarse en términos objetivos caso por caso, prescindiendo de las condiciones subjetivas del deudor. Para ello habrá de atenderse, entre otros criterios, a la comparación entre el equilibrio inicial y el que tiene lugar en el momento del cumplimiento⁶³, o que el cumplimiento de la prestación represente un coste mucho mayor, o que produzca una pérdida del valor por parte de la contraprestación todavía no cumplida. En estos términos se expresa el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT cuando en la definición de la excesiva onerosidad (*hardship*) se habla de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por un incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra. En todo caso, no operaremos en el ámbito de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando el hecho que dificulta el cumplimiento de la obligación determine la imposibilidad de su cumplimiento, pues nos movemos en el campo de la imposibilidad sobrevenida, ni tampoco nos movemos en tal ámbito cuando estamos ante una mera dificultad incluible en el riesgo contractual asumido normalmente por los contratantes o determinado por el propio tipo contractual; pues, en ambos supuestos en nada se altera de forma excesivamente onerosa el cumplimiento de lo prometido.

⁶¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 264.

⁶² *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1951 (RJ 1951/1649), se altera la base económica del contrato, y se rompe el equilibrio originario de las recíprocas prestaciones, circunstancias que para el Tribunal autorizan a la Compañía N para elevar las tarifas por depreciación del poder adquisitivo del dinero, por aumento exorbitante del precio de los elementos necesarios para realizar el transporte o por otros motivos semejantes; de 28 de enero de 1970 (RJ 1970/503) y de 13 de marzo de 1987 (RJ 1987/1480).

⁶³ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 1981 (RJ 1981/114), se entiende que no procede la aplicación de esta cláusula, pues la variación de las circunstancias que se tuvieran en cuenta al tiempo de contratar sólo erosionaban una parte del beneficio industrial que se pensaba obtener en el momento de cumplir el contrato en relación a los concurrentes al tiempo de celebración, ni una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones y mucho menos que las denotadas circunstancias fueran radicalmente imprevisibles. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 12 y 20 de febrero y 6 de marzo de 2009 (JUR 2009/190512; JUR 2009/188663; JUR 2009/186904) y de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 14 de marzo de 2013 (JUR 2013/251585).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

Por otra parte, en cuanto al ámbito de aplicación de tal cláusula *rebus sic stantibus*, ha de tratarse de negocios de tracto sucesivo o a largo plazo o de ejecución diferida, dependiente de un hecho futuro⁶⁴ —pues el riesgo de sobreveniencia de sucesos que pueden romper el equilibrio inicial es mayor o más probable—, aunque también resulta aplicable a los contratos de tracto único en que la ejecución de contrato se difiere en un cierto tiempo respecto de la conclusión —por ejemplo, se aplaza el precio⁶⁵; si bien, entraña una excepcionalidad más acusada en estos contratos que en los de tracto sucesivo⁶⁶; o en los contratos que previenen una prestación instantánea, y no aplazada, cuando se retrase en su cumplimiento —pues ha de ejecutarse con cierta posterioridad a la perfección del contrato— y sobrevengan entre tanto circunstancias imprevisibles y suficientes⁶⁷.

En todo caso, como señala ALBALADEJO, «no es necesario que sean contratos de ejecución continuada, basta que entre la celebración y el cumplimiento medie tiempo en el que sea posible una alteración de las circunstancias, ni que sean bilaterales ni onerosos, pues el desequilibrio pueda surgir, no entre las obligaciones, sino entre una prestación ya realizada y una obligación medida por aquélla; ni que sean conmutativos, pues, a pesar de una equivocada opinión en contra, en los aleatorios, la revisión también procede». Precisamente, en relación con estos últimos contratos, aunque el riesgo de que las prestaciones se desequilibre va ya comprendido en la propia naturaleza (posibilidad de perder o ganar: suerte) del contrato aleatorio, y halla razón para señalar que, si efectivamente acontece una alteración de las circunstancias, debe soportarla la parte a quien perjudique, lo mismo, por ejemplo, que debe pagar quien pierda en una apuesta; tal razonamien-

⁶⁴ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1959 (RJ 1959/3026); de 23 de noviembre de 1962 (RJ 1962/5005); de 9 de mayo de 1983 (RJ 1983/2678); de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216), que añade que no tiene efectos retroactivos y de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002/4573). Asimismo, vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña de 21 de octubre de 1994 (AC 1994/1829); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, de 20 de febrero de 2001 (JUR 2001/184592); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 4 de abril de 2001 (AC 2001/1046), que señala que sólo se aplica a los contratos a largo plazo de tracto sucesivo y ejecución diferida; de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 10 de enero de 2012 (JUR 2012/77632) y de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 14 de marzo de 2013 (JUR 2013/251585).

⁶⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3023); 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1650) y de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673).

⁶⁶ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665) y de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9214); señalan que en los contratos de tracto único la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es de carácter aún más excepcional que en los de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

⁶⁷ GARCÍA ABURUZA, M.ª P.: «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusulas *rebus sic stantibus*», *Ejecución Hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, coordinador Antonio Salas Carceller, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 109.

to es falso, «porque incluso en los contratos aleatorios, las prestaciones se calculan de forma que, habida cuenta de sus posibilidades, guarden entre sí equilibrio»⁶⁸.

En cuanto a los *efectos* de la cláusula *rebus sic stantibus*, se entiende que cuando la relación obligatoria es sinalagmática, se debe proceder a la resolución de la misma, a petición de la parte perjudicada⁶⁹. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la modificación de los términos del contrato, a fin de adaptarlos equitativamente a la nueva situación; de modo que siga produciendo las consecuencias queridas por las partes, esto es, encaminada tal modificación a compensar el desequilibrio de las prestaciones u obligaciones. Se niega, por tanto, los efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato⁷⁰. No obstante, algún

⁶⁸ ALBALADEJO, M.: Derecho Civil, II, *Derecho de Obligaciones*, op. cit., pp. 473-474. A favor de aplicar a los contratos aleatorios en la línea indicada se muestra par tidaria DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, op. cit., p. 242. Por su parte, el artículo 1469 del Código Civil italiano excluye la aplicación de la doctrina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación a los contratos aleatorios por naturaleza o por voluntad de las partes.

⁶⁹ VIVAS TESÓN, I.: «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», op. cit., p. 133, quien precisa que, «a diferencia de la resolución-sanción, aquí nos encontramos con el acaecimiento de eventos imprevisibles (por tanto, inimputables) tras la perfección del contrato que provocan una disfunción o quiebra del sinalagma funcional del contrato, esto es, el nexo entre prestación y contraprestación, de modo que una de las partes contratantes padece un perjuicio económico que supera con creces el *alea* o riesgo propio del negocio que debe razonablemente asumir, siéndole realmente gravoso (no imposible) la realización de la prestación. En tales casos, no existe justificación alguna para que el contrato, cuyos cimientos resultan notablemente trastocados y, por consiguiente, deformada sustancialmente su originaria fisonomía, continúe con vida, procediendo, pues, su resolución por ineficacia funcional».

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO J. L., et al.: *Elementos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 511-512; VIVAS TESÓN, I.: «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», op. cit., p. 131; QUICIOS MOLINA, S.: «La resolución», op. cit., p. 1378; MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», op. cit., p. 8721; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, op. cit., p. 289; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: «La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho Patrimonial*, número 11, año 2003-2, p. 379; VIVAS TESÓN, I.: «La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación: necesidad de una regulación», op. cit., p. 131.

Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1951 (RJ 1951/1649); de 23 de abril de 1991 (RJ 1991/3023); de 6 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9226); de 15 de marzo de 1994 (RJ 1994/1784) precisa que «tanto por la aplicación de la implícita cláusula *rebus sic stantibus*, como por la teoría de la quiebra o la desaparición de la base del negocio o la de la equivalencia de las prestaciones, cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del pacta *sunt servanda*, y del de seguridad jurídica, pueda el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, lleva a efecto una modificación (no la extinción o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones, siempre que concurran los requisitos expuestos»; de 19 de junio de 1996 (RJ 1996/5102); de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997/665); de 17 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9343); de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/1490); de la sección 1.ª, de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2673), y de la sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009/7296). En la sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1994 (RJ 1994/3216), se señala que no cabe acudir a esta cláusula cuando la alteración

pronunciamiento se inclina abiertamente por la resolución⁷¹, o por la revisión o modificación y, como recurso subsidiario, por la resolución del contrato⁷². En todo caso, la opción mayoritaria opta por entender que el órgano jurisdiccional, atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, y siempre que concurren los requisitos para que opere la aplicación de tal cláusula, se procederá a llevar a cabo una modificación (no extinción, rescisión o resolución) del vínculo obligacional, por defecto o alteración de la base negocial y, en consecuencia, haberse producido una ruptura del equilibrio de las prestaciones, encaminada aquella modificación a compensar tal desequilibrio de las prestaciones u obligaciones⁷³.

Ahora bien, si la modificación del contrato conlleva un resultado insatisfactorio para alguna de las partes, lo razonable es inclinarse ante una alteración extraordinaria e imprevisible por la renegociación del mismo⁷⁴. En cualquier

de las circunstancias es tal que produce la frustración del fin del contrato. En estos casos, da lugar a la resolución. Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012/247963); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/185465) y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 4 de junio de 2013 (JUR 2013/216936).

⁷¹ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de mayo de 1941 (RJ 1941/632), y de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988/2228).

⁷² *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 1970 (RJ 1970/503).

⁷³ La Ley 493 del Fuero Nuevo de Navarra señala que, a solicitud de parte, corresponde al juez decidir si procede la revisión del contrato o su resolución; el Código Civil alemán en su párrafo 313, por su parte, dispone que, cuando la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, puede la parte en desventaja solicitar la resolución del contrato; el Código Civil italiano establece como primera opción la resolución, si bien ofrece como alternativa el que la otra parte ofrezca una modificación equitativa (artículo 1467); el Código Civil portugués reconoce tanto la resolución como la modificación del contrato (artículo 437); el Código Civil holandés en su artículo 258 permite al juez modificar el contrato, si así lo desea una de las partes, o resolver de forma total o parcial el mismo; la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos fomenta la revisión del contrato, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, optar por la resolución (artículo 1213); y, finalmente, los Principios de UNIDROIT inciden en la renegociación del contrato que incumbe a ambas partes contratantes, y sólo cuando no es posible alcanzar un acuerdo se ha de acudir al juez, quien dará por terminado el contrato o adaptarlo con la finalidad de restaurar su equilibrio (artículo 6.2.3).

Por su parte, ALEJANDRE GARCÍA-CEREZO, F. M.; LUNA YERGA, A., y XIOL BARDAJÍ, M.: «Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, junio 2013, p. 59, señalan que, en todo caso, el efecto meramente revisorio o modificativo dependerá de que la parte reclamante lo solicite, pues la ausencia de una pretensión «de reajuste» entre las formuladas por la parte interesada «podría hacer incurrir en un defecto de incongruencia *extra petita* al fallo judicial que acogiera un efecto de moderación no solicitado por aquélla» y, en consecuencia, sólo le quedaría al tribunal la aplicación del efecto resolutorio de la relación o directamente el no acogimiento de la regla *rebus sic stantibus*.

⁷⁴ Optan por fomentar tal recurso MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 8721; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, pp. 295-296.

caso, tanto la modificación o revisión, como la extinción o resolución, va a afectar a ambas partes contractuales, pues, si se extingue o modifica la obligación del deudor, también se extingue o modifica la contraprestación que incumbe al acreedor

IV. LA NOVEDOSA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2013

La alteración sobrevenida de las circunstancias a causa de una crisis económica ha sido un argumento recurrente en los últimos tiempos para pretender, al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, la modificación de las condiciones contractuales o la resolución de los contratos. Así, recientemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que la evolución económica de un país y las situaciones de crisis económica global, o de un sector económico en particular como el inmobiliario, no puede suponer una justificación genérica para el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Al respecto señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 27 de abril de 2012⁷⁵, en su *Fundamento de Derecho Quinto* que «... La transformación económica de un país, producida entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las pretensiones fundadas en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación». Igualmente, la sentencia del mismo Tribunal, Sala y sección, de 8 de octubre de 2012⁷⁶, en relación con la compraventa en octubre de 2006 por los particulares demandados a una promotora de dos viviendas —sin escriturar ni registrar—, con el fin de revenderlas, lo que no consiguieron debido a la crisis económica. Finalizada la construcción, y requeridos para otorgar escritura pública, no obtuvieron la financiación necesaria al serles denegada la subrogación en el préstamo hipotecario por su avanzada edad. Aunque los demandados alegan la nulidad del contrato o la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, razona el citado Tribunal que los demandados debieron haber previsto la crisis económica. Dispone, al efecto, en su *Fundamento de Derecho Quinto* que «... no se infringe el artículo 1184 del Código Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo o que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas, como la historia económica lo demuestra»⁷⁷.

⁷⁵ RJ 2012/4714.

⁷⁶ RJ 2012/9027.

⁷⁷ En la jurisprudencia menor, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, de 14 de octubre de 2011 (JUR 2012/247963), señala que: «... el «ladrillazo» comenzó allá por mediados de 2006; por tanto, una empresa dedicada al sector de la adquisición de suelo para la construcción no le puede pasar por desapercibida la crisis que se avecinaba, porque a la fecha del contrato ya se vislumbraba y, sin embargo, decidió voluntariamente realizar y llevar a cabo la ope-

Tampoco ha considerado el Tribunal Supremo que la imposibilidad de obtener financiación, por ejemplo para la compra de una vivienda, determine, sin más, la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁸.

ración; decisión ésta que por las circunstancias sobrevenidas no puede perjudicar los intereses de la otra parte, que quedarían frustrados, con quiebra del principio de seguridad jurídica, pues perfectamente podrían haber contratado con otra empresa la compraventa» (*Fundamento de Derecho Segundo*); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 1 de marzo de 2012 (JUR 2012/185465) dispone que: «... Teniendo en consideración lo anterior, no se cumple en nuestro caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, y así modificar las cláusulas del mismo. La alteración alegada por el recurrente no puede ser considerada extraordinaria ni imprevisible, la demandada es una empresa dedicada a la adquisición de terrenos urbanos y rústicos, por lo que bien pudo prever el descenso de las ventas y la bajada de precios en el sector, consecuencia de la desaceleración del mercado inmobiliario, es más, cuando el contrato se firma ya había comenzado ese desplome que alega según han dicho los expertos continuamente en todos los medios de comunicación» (*Fundamento de Derecho Segundo*); la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 17 de diciembre de 2012 (JUR 2013/154882), señala que: «... no cabe entender que, en el presente caso, concurran los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la bajada del valor de las fincas transmitidas entre el año 2006 y el año 2009 por cuanto la caída del precio de los inmuebles, a consecuencia del estallido de la denominada burbuja inmobiliaria, y a ello consiguientemente, no constituye una alteración extraordinaria e imprevisible que afecte a la base del negocio, tratándose de un mero riesgo, de pérdida de valor del objeto del contrato, que se transmite al comprador desde el momento de la perfección de la compraventa» (*Fundamento de Derecho Tercero*). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 20 de marzo de 2012 (JUR 2012/154060), manifiesta que: «... La crisis en el sector de la construcción no puede suponer una justificación genérica para el incumplimiento de las obligaciones por todos los que se dedican a este sector, siendo más que evidente la enorme inseguridad jurídica que se produciría en caso de admitirse tal planteamiento, y más teniendo en cuenta que en el presente caso tampoco puede considerarse que estemos ante una situación extraordinaria e imprevisible» (*Fundamento de Derecho Tercero*); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 12 de abril de 2012 (JUR 2012/151156) dispone que: «... cumple añadir que la crisis del sector inmobiliario no afecta a los contratos de permuta como el que nos ocupa, ya que si la demandada pretendía la promoción de un edificio, debió prever los medios económicos suficientes para ello, para así hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de permuta, sin que unilateralmente, y sin formular reconvencción pueda dejarlo sin efecto o modificarlo sin concurrir causa legal o contractual para ello» (*Fundamento de Derecho Tercero*).

⁷⁸ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2012 (RJ 2013/1604). Tampoco en el caso de promotores la disminución del volumen de edificabilidad del inmueble comprado, al no ser «radicalmente imprevisible», cuando la compradora es una sociedad dedicada al sector de la construcción y, por tanto, conocedora de estos riesgos y de su posible estipulación del contrato, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2013/2275). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19, de 9 de febrero de 2012 (JUR 2012/108874), afirma, en relación con la imposibilidad de obtener financiación para el pago de la vivienda que: «... no siendo bastante alegar el hecho notorio de que no sólo España, sino a nivel global, o al menos en el entorno de la Unión Europea, existe una crisis económica que ha afectado de manera importante al sector inmobiliario, y al sector financiero con endurecimiento de las condiciones de concesión del crédito, ya que debería alegarse y probarse cómo afectó aquel hecho individualmente a la parte demandada en cuanto al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato concreto de compraventa litigioso, lo que no se ha hecho, sino, además, lo que es más importante, porque tal situación de insolvencia sobrevenida o pérdida de capacidad económica no determinaría por sí la imposibilidad absoluta y pema-

Sin embargo, la sentencia de este mismo Tribunal, Sala y sección, de 8 de noviembre de 2012⁷⁹, abre el camino a admitir que la crisis económica puede ser considerada un hecho imprevisible a los efectos de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. Así, afirma en su *Fundamento de Derecho Segundo* que: «... aunque la crisis económica, por sí sola, no permita al comprador desistir del contrato, no se puede descartar, en términos generales, su posible valoración a través de la aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” (estando así las cosas) cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación al ámbito de la compraventa de viviendas realmente afectadas por la tipicidad jurídica que se derive de la crisis económica». En esta línea aperturista, la sentencia de 17 de enero de 2013, objeto de estudio, señala en su *Fundamento de Derecho Tercero*: «5.º... una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla». Y añade en el número 6: «Ahora bien, que la regla “*rebus sic stantibus*” pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de la vivienda, no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento». Y, finalmente, en el número 8.º dispone que «en suma, la posible aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*” a compraventa de viviendas afectadas por la crisis económica, no puede fundarse en el solo hecho de la crisis, y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba». A estos factores nos referiremos seguidamente.

1. La imposibilidad sobrevenida o la cláusula *rebus sic stantibus*

La imposibilidad sobrevenida de la prestación se define como «la concurrencia de circunstancias imperiosas y decisivas para que produzcan la imposibilidad

nente del cumplimiento en el caso de obligaciones genéricas como son las dinerarias, ya que el género no perece y el dinero siempre existe, aún cuando no lo posea actualmente el deudor, de ahí que siempre subsista la obligación de pagar el precio (*Fundamento de Derecho Tercero*).

⁷⁹ RJ 2013/2402.

de cumplimiento o pago»⁸⁰. Su regulación se contiene en la sección 2.^a, del Capítulo IV del Título I del Libro IV del Código Civil, que comprende los artículos 1182 a 1186. El citado cuerpo legal se refiere a la imposibilidad sobrevenida como «pérdida o destrucción de la cosa debida», comprendiendo en su seno, además de ésta, cualquier obstáculo de naturaleza jurídica que impida la ejecución de la prestación. Esta imposibilidad sobrevenida representa un supuesto de incumplimiento definitivo de la obligación, pues la insatisfacción del interés del acreedor tiene carácter definitivo. Si bien, el deudor no responde de este incumplimiento, pues la prestación que se ha perdido se extingue (artículos 1182 y 1184) cuando la imposibilidad reúne los caracteres de definitiva, sobrevenida y absoluta y es imputable del deudor. Si esto no sucede, el deudor no queda liberado y deberá responder, ya que se produce un supuesto de perpetuación de la obligación, donde la prestación primitiva se sustituye por su equivalente económico, ya sea porque surge la obligación de indemnizar de daños y perjuicios⁸¹. Ahora bien, para que la imposibilidad de cumplir la prestación extinga la obligación es necesario, además de los caracteres indicados, que aquélla devenga sobrevenidamente de imposible ejecución y que concurran simultáneamente los siguientes requisitos: «1. Que la imposibilidad se haya producido sin culpa del deudor (artículo 1182); 2. Que se haya producido antes de constituirse el deudor en mora (artículos 1182 y 1096.III); 3. Que el deudor no se ha ya obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas (artículo 1096.III). Pero también se extinguirá aunque falten estos requisitos si la imposibilidad es imputable al acreedor o éste se ha constituido en mora»⁸². En todo caso, la imposibilidad puede ser total o parcial —afecte o no a la totalidad del objeto—, absoluta o relativa, de orden subjetivo —cuando no puede ser cumplida por un deudor— u objetivo —cuando no es susceptible de ser cumplida por nadie—, física, natural o material —cuando recae sobre cuerpo físico que forma parte de la prestación o cuando el deudor ha perdido una cualidad física que antes poseía y resulta esencial para el cumplimiento—; o la imposibilidad es jurídica —cuando a pesar de ser físicamente posible, no puede ejecutarse por existir una disposición normativa sea del tipo que sea, o una resolución judicial o administrativa que así lo establece—, o puede tratarse también de una dificultad extraordinaria en la ejecución de la prestación⁸³. De todas formas, conviene precisar que la imposibilidad originaria, esto es, la existente en el momento de constituirse la obligación o celebrarse el contrato, provoca la ausencia del objeto del contrato y, por ende, su consiguiente nulidad; estamos operando, pues, en el campo de la validez o invalidez del con-

⁸⁰ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/5201).

⁸¹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 8702.

⁸² MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 8708; ERDONZÁIN LÓPEZ, J. C.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Navarra 2009, p. 1417.

⁸³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*: Elementos de Derecho civil, *op. cit.*, pp. 186-187; ALBALADEJO, M.: Derecho Civil. II. *Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 302; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: La cláusula *rebus sic stantibus*, *op. cit.*, p. 105.

trato, mientras que la imposibilidad sobrevenida se relaciona con la extinción o no de la obligación⁸⁴.

El deudor, por regla general, debe cumplir exactamente su prestación —*in natura* o por equivalente—, aunque requiera para ello un mayor esfuerzo económico, pues forma parte de los riesgos asumidos por los contratantes. En lo que importa al régimen del incumplimiento, se extingue la obligación en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, salvo que la misma se produzca estando éste constituido en mora. En todo caso, la imposibilidad ha de consistir en un acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las concretas circunstancias del momento y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona⁸⁵.

En cuanto a la regulación legal, el artículo 1182 consagra la regla general de extinción de la obligación de dar cosa específica en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación inimputable al deudor. Esta misma regla se aplica en el artículo 1184 a las obligaciones de hacer cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible. El artículo 1183, accesorio del anterior, presume que hay culpa del deudor y, por tanto, la obligación no se extingue cuando la cosa se pierde estando en su poder. Por su parte, el artículo 1185 constituye una excepción a la liberación del deudor por la pérdida fortuita de la cosa, para el caso de que la obligación surja como consecuencia de la comisión de un delito o falta. Y, por último, el artículo 1186 atribuye al acreedor, una vez extinguida la obligación por pérdida fortuita de la cosa inimputable al deudor, las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de la pérdida de la cosa. Así, respecto de las obligaciones de dar, el artículo 1182 dice que *quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruirse sin culpa del deudor de haberse éste constituido en mora*. Y añade el Código Civil que *siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096* (artículo 1183). De forma que el citado artículo 1182 representa una norma de distribución de riesgos, atribuyendo el riesgo de la pérdida al acreedor, si el deudor no está en mora (artículo 1096 III), ni incurre en culpa, ni se ha obligado a entregar la cosa a dos o más personas⁸⁶. En cuanto a las prestaciones de hacer (e indudablemente en las de no hacer) dispone el artículo 1184 que *también quedará liberado el deudor cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*. En este caso, la

⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 8703-8704. Para ERDONZÁIN LÓPEZ, J. C.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1418, señala que el artículo 1182 parece estar pensando en la imposibilidad originaria, pero nada impide entender incluido dentro de su «ratio» la imposibilidad sobrevenida.

⁸⁵ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1994 (RJ 1994/1743).

⁸⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Comentario al artículo 1182 del Código Civil», *op. cit.*, p. 8702.

doctrina suele distinguir entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida para el deudor. Y, a su vez, respecto de este último supuesto, se distingue entre imposibilidad subjetiva e imposibilidad objetiva. La primera se sujeta a un doble parámetro: con carácter general, al módulo del artículo 1104 del Código Civil y, con carácter específico, a las concretas circunstancias personales, temporales o sociales del obligado a la prestación⁸⁷.

Por otra parte, con relación a la ausencia de culpa como requisito necesario para que opere la imposibilidad, se ha planteado si la culpa a la que se refiere los artículos 1182 y 1183 es la del artículo 1104, equiparable a la ausencia de caso fortuito, o si es diferente. Para la mayor parte de los autores, la equiparación entre las culpas a que se refieren los artículos 1104 y 1182 y 1183 es total; mientras que, para otros, la culpa de los artículos 1182 y siguientes es mera autoría del deudor de la pérdida de la cosa debida o, en general, de la imposibilidad de la prestación. De forma que opera autónomamente de la culpa-negligencia de los artículos 1101 y 1104⁸⁸.

Ahora bien, cuando se trata del advenimiento de circunstancias imprevisibles, que hacen difícil el cumplimiento de la prestación, la imposibilidad viene a determinar la inexigibilidad de aquélla, y en el caso de imposibilidad de carácter sub-

⁸⁷ SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013», *La Ley*, año XXXIV, número 8077, de 7 de mayo de 2013, p. 3.

⁸⁸ DE PABLO CONTRERAS, P.: «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», *Curso de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. Pedro de Pablo Contreras, Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Ángeles Parra Lucán, 3.ª edición, Colex, Madrid, 2011, pp. 195-196.

Para BADOSA COLL, F.: «Comentario al artículo 1183 del Código Civil», *Comentario del Código Civil, t. II*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 258, «la culpa de los artículos 1182 y 1183 es diferente de la del artículo 1104, diferencia que puede expresarse terminológicamente utilizando «culpa-hecho propio» (terminología tomada del artículo 798.I) para la que opera en el ámbito de la extinción-perpetuación de la obligación y «culpa-negligencia» (término inspirado en el artículo 1104.I) para la que actúa en la responsabilidad». Y añade: «los datos peculiares de «la culpa-hecho propio» son los tres siguientes: El primero y más importante es que la «culpa-hecho propio» tiene sentido puramente material, significando imputabilidad material del resultado al deudor y, por tanto, se halla al margen de cualquier infracción de un «deber» de diligencia. De ahí que la «culpa» como imputabilidad de los artículos 1182 y 1183 no se vincule sólo al deudor, sino que tenga un uso general, aplicándose a personas que se hallan al margen de cualquier relación jurídica (artículo 1905), o dentro de una situación jurídica de derecho real (artículo 1625.III) u obligacional como acreedor (artículo 1488); todo lo contrario que la «culpa-negligencia», que sólo es predicable del deudor. El segundo es que su ámbito de actuación es la propia prestación como conducta o como su objeto, no la sede del cumplimiento (como la culpa del artículo 1104). En tercer lugar, su efecto jurídico es la «perpetuación» de la obligación forzando al máximo su subsistencia, no el nacimiento de una segunda obligación: la de indemnizar».

jetivo, una mayor onerosidad de la misma en el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Al respecto, precisa ALBALADEJO que «la obligación no se extingue, si el deudor es responsable de la imposibilidad y lo es: 1. Si ésta procede de *culpa sua* (artículo 1182); culpa que se presume si la prestación se hubiese hecho imposible en su poder (artículo 1183); 2. Cuando sin culpa del deudor: a) así lo establece la ley o la obligación (artículo 1105); b) la imposibilidad se produce después de haberse constituido aquél en mora (artículo 1181 *in fine*); c) se halla comprometido a entregar una cosa a dos o más personas diversas (artículo 1096.3); d) la deuda procedía del delito o falta (artículo 1185)»⁸⁹.

Por otro lado, en el campo de las obligaciones pecuniarias, no podría hablarse de imposibilidad como causa de liberación de la obligación contraída, a tratarse de una obligación genérica —*genus numquam perit*—; sí, en cambio, podría aplicarse la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Este planteamiento subyace en la sentencia para estimar el recurso de casación. De hecho, establece que el régimen de los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, referido a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla y a la liberación del deudor, cuando éste lo sea de una obligación de hacer y la prestación resultare legal o físicamente imposible, se compadece mal con los hechos litigiosos y con la pretensión de los demandantes-reconvenidos: lo primero, porque la obligación de éstos no era la de entregar una cosa determinada, hipótesis del artículo 1182 del Código Civil, ni tampoco una obligación de hacer, hipótesis del artículo 1184 del mismo Código, sino la de pagar una suma de dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece —por tanto, no se aplica analógicamente el artículo 1184 a las deudas de dinero, cuando la entrega de una cosa deviene imposible, legal o físicamente—; y, lo segundo, porque lo verdaderamente pretendido en la demanda inicial no era tanto una liberación de la obligación de los compradores de pagar el precio subsistiendo la de la vendedora de entregar la cosa cuanto un desistimiento del contrato, por más que se calificara de resolución, y se invocara el artículo 1124 del Código Civil, por circunstancias sobrevenidas consistentes, en esencia, en la imposibilidad de obtener financiación. Lo cierto es que se precisa la incorrecta invocación de los compradores del concepto de «resolución» y del artículo 1124 del Código Civil, que tuvo lugar cuando los compradores utilizaron la cláusula octava del contrato, pues aquél se trata de un precepto previsto para un incumplimiento contractual que no ha tenido lugar. Y añade la sentencia que cuando la jurisprudencia admite la aplicación analógica del artículo 1184 del Código Civil a las obligaciones de dar, a que se refiere el artículo 1182, no lo hace para ampliar el ámbito del artículo 1182 en las deudas de dinero, sino para admitir la liberación del deudor de cosa determinada no sólo por la pérdida de ésta, sino también por la imposibilidad legal o tácita de entregarla.

⁸⁹ ALBALADEJO, M.: Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones, *op. cit.*, p. 302.

En todo caso, la imposibilidad de cumplimiento no es ni sobrevenida ni imprevisible, pues, a la fecha de firma del contrato el 28 de abril de 2013, ya había cambiado la situación económica en España y, por ende, en el mercado inmobiliario, y aún así los compradores no dudaron en contratar. De tratarse de una imposibilidad sobrevenida, sería coyuntural; además, la imposibilidad sobrevenida sería imputable a los deudores, ya que desde que firmaron el contrato, estando las viviendas próximas a su finalización, hasta su negativa a formalizar la escritura pública, y señalar la intención de «rescindir» el contrato, habían transcurrido solamente tres meses, no habiendo ninguna comparativa entre la situación económica de los compradores en ambos momentos. Además, los compradores, como disponía la recurrente, no habían alegado la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento hasta la interposición de la demanda. Además, no hay imposibilidad de financiación, sino que, como expresa la sentencia, simplemente dificultades para obtenerla.

2. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*

Una vez hechas las consideraciones anteriores, el Tribunal Supremo entiende que la Audiencia Provincial de Castellón no ha aplicado en realidad la doctrina sobre la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, pese a que formalmente así sea. Lo que para el Tribunal constituye la verdadera *ratio iuris* de la Audiencia es la cláusula *rebus sic stantibus*, teniendo en cuenta que la crisis económica alteró las condiciones del mercado crediticio, restringiendo la concesión de préstamos y provocando así un aumento de las dificultades de los compradores de viviendas «para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio habitual de financiación, es decir, el préstamo hipotecario». Así dispone que: «lo que sucede, por tanto, es que la sentencia recurrida se funda formalmente en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, que guardan una estrecha relación con el caso for tuito contemplado en su artículo 1105, pero materialmente aplica la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, más próxima en su fundamento a los artículos 7 y 1258 del Código Civil, a su artículo 1289, o a su artículo 1575»⁹⁰.

A tal fin, el Tribunal Supremo procede a explicar en qué consiste la citada cláusula que trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes, o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Partiendo de los presupuestos necesarios para su aplicación expuestos en líneas precedentes y, como señala la sentencia, delimitados en una abundante jurisprudencia, se indica que esta cláusula ha de ser de aplicación restringida al oponerse al principio general de Dere-

⁹⁰ Fundamento de Derecho Tercero, número 3.

cho de contratos —*pacta sunt servanda*—, contenido en el artículo 1091 del Código Civil, además de ser considerada una cláusula peligrosa y, en su caso, admitirse con gran cautela, entendiéndose implícita en los contratos de tracto sucesivo y excepcional en los de tracto único, como es la compraventa. Asimismo, se señala que, en relación con la actual crisis económica, la misma no ha de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante hace referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las respectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.

Eso sí, precisa que puede aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda, sin que esto signifique que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar, pero por un precio menor y, en definitiva, desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento. De ahí que considere que ha de revocarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, puesto que «su único fundamento real» es la crisis económica y la consiguiente «restricción generalizada de los préstamos hipotecarios», prescindiendo de los «presupuestos más elementales para su aplicación al no considerar necesaria una comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, al prescindir por completo de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores mediante el solo y nada convincente argumento de que ambos compran para la sociedad de gananciales, al identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito, y fundada en un alto endeudamiento que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato o, en fin, al no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin por ello exonerarles del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluía la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, conforme al criterio de asignación de riesgos seguido en la sentencia de esta Sala de 23 de abril de 2012».

Determinado el porqué procede la revocación de la sentencia de apelación recurrida, destaca como doctrina que la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse

en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, que operan de forma cumulativa, tales como: «1. El destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; 2. La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; 3. La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; 4. El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, 5. Las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia». En todo caso, como precisa el Tribunal Supremo, el contrato ha de haberse celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, para que los efectos de la crisis puedan considerarse como «una alteración extraordinaria de las circunstancias».

De forma que el aspecto más novedoso que introduce esta sentencia, al analizar la cláusula *rebus sic stantibus*, se concreta en considerar que la aplicación de esta regla no puede fundarse sólo en el hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, como un factor de alteración excepcional e imprevisible de la base del negocio en sentido objetivo, que puedan provocar una excesiva onerosidad de la ejecución del contrato o bien la frustración de su finalidad, sino que, para que así sea, se requiere, además, la concurrencia de los factores descritos.

Sentado ello, la sentencia, de forma clara y rotunda, aleja cualquier posible atisbo de inseguridad jurídica derivada de una posible tentación de un uso generalizado de la cláusula *rebus sic stantibus* en el mercado inmobiliario por el solo hecho de la crisis económica, y la consiguiente dificultad de obtener financiación, pues introduce precisamente para la aplicación de tal cláusula en este contexto la concurrencia de los factores descritos, que deberán ser objeto de prueba por quien los alegue.

En esta línea conviene destacar que, junto a la inaplicación al supuesto de las normas sobre imposibilidad sobrevenida —artículos 1182 a 1184 del Código Civil— a las obligaciones pecuniarias, se alude, asimismo, para estimar el recurso de casación, que en la sentencia de apelación no se consideró necesaria la comparación entre la situación económica antes y después del contrato, se prescindió de analizar la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores con el argumento de que se compraba para la sociedad de gananciales, se identificó la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una

única entidad de crédito fundada en el alto endeudamiento que bien podía existir al tiempo de celebrarse el contrato y, por último, se advierte que no se dio relevancia al dato de que el propio contrato —como riesgo contractual— contemplaba la posibilidad de que los compradores no obtuvieran financiación sin que se les exonerara del pago del precio, lo que supondría asignarles este riesgo que podría excluir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Asimismo, se destaca que la fundamentación jurídica de la posible modificación o revisión contractual derivada de la aplicación de esta regla descansa en el criterio de interpretación integradora que supone el principio de buena fe, ligado normativamente al artículo 1258 del Código Civil en el ámbito del ejercicio de los derechos.

Igualmente, se admite la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a un contrato de tracto único como la compraventa. Y respecto a los efectos de tal cláusula, en la línea mayoritaria del carácter esencialmente revisorio de la relación contractual, modificativo del contrato, opera el Tribunal al valorar «las posibilidades de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia»⁹¹.

Finalmente, destacar la referencia que hace el Tribunal al artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT, al artículo 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación —PECL— y al artículo 1213 de la Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos preparada por la Comisión General de Codificación, cuyo texto normativo reproduce expresamente. Recordemos que este último artículo considera que un cambio de las circunstancias en que se contrató debe ser extraordinario e imprevisible, y que el efecto de tal cambio sobre el contrato ha de suponer una excesiva onerosidad para una de las partes o la frustración del fin del contrato; todo ello durante la ejecución del contrato. La exigencia de tales requisitos resulta necesaria al poder hacer quebrar el principio *pacta sunt servanda*. De forma que no parece que se pueda exigir a la parte contratante que permanezca obligado en los términos inicialmente pactados, considerando a tal fin la resolución contractual como remedio subsidiario a la modificación del contrato cuando esta última solución sea posible. De nuevo, se considera preferible la modificación a la resolución.

A modo de recapitulación, se admite que una crisis económica pueda constituir una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias que pueda provocar una excesiva onerosidad de la ejecución del contrato, o bien la frustración de su finalidad económica. Si bien, se precisa que no puede generalizarse el uso de esta cláusula *rebus sic stantibus* en el mercado inmobiliario por el solo hecho de la crisis económica y la consiguiente dificultad de financiación, sino que se requerirá valorar un conjunto de factores necesitados de prueba para que

⁹¹ Fundamento de Derecho Tercero, número 8.º

precisamente tal crisis económica en este contexto pueda suponer una alteración extraordinaria de las circunstancias, además de la necesidad de que el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis. Tales factores han sido concretados en líneas precedentes, a cuya exposición nos remitimos para evitar reiteraciones.

3. Análisis de la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2013

Coincide la *ratio iuris* de la dos sentencia dictadas por la Audiencia Provincial de Castellón, con diez meses de diferencia entre una y otra, y también en esta resolución del Tribunal Supremo se estima el recurso de casación. Si bien, mientras que la sentencia de 17 de enero de 2013 afirma que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón se había aplicado la doctrina de la regla *rebus sic stantibus*, y no la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, fijando con ello la *ratio* real de la resolución de apelación; sin embargo, en esta sentencia el Alto Tribunal realiza una «identificación de la razón y fundamento de la decisión recurrida». Al respecto, sostiene el Tribunal Supremo que el Tribunal de apelación declaró la resolución del contrato de compraventa «por considerar probada una sobrevenida imposibilidad de que obtuvieran financiación para cumplir la obligación de pagar», pese a que la alteración de las prácticas imperantes en el mercado financiero no fue alegada en la demanda inicial, sino que se hizo expresa referencia a la cláusula octava del contrato; poniendo de relieve, además, que en realidad no fue hasta la contestación de la reconvencción cuando los demandantes no mencionaron la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que esta regla no constituyó la *ratio iuris* de la sentencia de apelación recurrida⁹².

A pesar de ello, el Tribunal Supremo no evita recordar en qué consiste esta regla y la distribución de riesgo contractual, pues, como precisa, los contratantes deben cumplir sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuviera derecho. Y también que es valorable la posibilidad que tienen de prever, mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias, o cláusulas estabilizadoras, la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato.

Mas en el caso, continúa señalando el Alto Tribunal, que «la previsión no hubiera sido tan minuciosa, se plantea la cuestión de determinar los efectos que en la reglamentación contractual pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea como consecuencia de un criterio subjetivo —fruto de las representaciones mentales de los contratantes que se for-

⁹² Fundamento de Derecho Sexto.

man a partir de una determinada realidad—; ya sea mediante un criterio objetivo —porque la alteración puede llegar a romper, en la medida inadmisibles, el equilibrio de las prestaciones y, en función del tipo negocial elegido, privar de todo sentido a la reglamentación pactada—».

Finaliza el breve análisis de la cláusula *rebus sic stantibus* con una enumeración de las sentencias que la mencionan, calificándola como un mecanismo corrector «de la frustración económica del contrato en determinadas situaciones particulares», además de la normativa existente en el ordenamiento nacional, como en otros Códigos Civiles, tales como el italiano, portugués, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PCCI) —art. 6.2.2, en los Principios de Derecho Europeo de contratos —artículo 6.111—, o en los trabajos para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos —artículo 1213⁹³.

Sobre tales bases, el Tribunal Supremo insiste en que la doctrina mencionada no constituyó la *ratio* o fundamentación de la decisión recurrida y, asimismo, en el hecho que tampoco la demanda de los compradores contiene alegación alguna sobre un cambio en las circunstancias existentes al contratar, así como en que la mera referencia en el escrito de contestación a la regla *rebus sic stantibus* «no basta para justificar un pronunciamiento específico sobre ella», por lo que considera este Alto Tribunal que lo que ha de ser objeto de examen es «si una prestación consistente en la entrega a la vendedora del precio de una compraventa ha devenido imposible, con posterioridad a la perfección del contrato y, por tal, si la imposibilidad tiene los contornos necesarios para producir efectos liberatorios de los deudores»⁹⁴.

Por lo que relacionando el principio según el cual nadie puede obligarse a lo imposible (o según reza el aforismo, *nemo ad impossibilia obligare potest*) con lo dispuesto en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil que, como señalan, es causa de extinción de la obligación de entregar una cosa determinada, la pérdida o destrucción de la misma no imputable al deudor, y causa de extinción de la obligación de hacer la imposibilidad legal o física de cumplir con el *facere* al que el deudor se ha obligado, normas que hay que poner en relación con la del artículo 1156 del citado texto legal, referida a la causa de extinción de las obligaciones⁹⁵, procede a continuación a analizar bajo qué condiciones o circunstancias, se admi-

⁹³ Fundamento de Derecho Sexto.

⁹⁴ Fundamento de Derecho Séptimo.

⁹⁵ También menciona los artículos 1256 y siguientes del Código Civil italiano, que establecen esa causa de extinción de la obligación, como regla, cuando la imposibilidad sea definitiva y total, con tal de que no resulte imputable al *debitore*; y los artículos 790 y siguientes del Código Civil portugués que sancionan la misma consecuencia liberatoria si la imposibilidad no es «*imputável ao devedor*», y si, además, tiene naturaleza objetiva; si, por el contrario, es subjetiva, el efecto se produce cuando el deudor «*não puder fazer-se substituir por terceiro en el cumplimiento*».

te en nuestro Derecho la liberación del deudor por imposibilidad de cumplir la prestación, puesto que, si se aprecian, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Audiencia Provincial de Castellón.

En primer lugar, es preciso que la prestación imposible sea aquella que corresponde al deudor en el acto constitutivo del vínculo y no otra. El cumplimiento de este requisito resulta difícil de mantener, pues el Tribunal de Apelación «no deslindó suficientemente la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra —que fue la asumida por los compradores— de la de obtener financiación bancaria».

En todo caso, coincidimos con el Tribunal Supremo cuando pone de manifiesto que, a pesar de que el pago del precio de las viviendas suele hacerse con crédito bancario, caben otras posibilidades que no tuvo en cuenta la Audiencia, pese a que en el propio contrato se preveía que los compradores podían pagar la parte adeudada del precio de compra en los términos previstos en el artículo 118 de la LH, esto es, subrogándose en una supuesta obligación de la vendedora, como prestataria, garantizada con hipoteca, contemplándose expresamente la hipótesis de que la entidad bancaria no aceptara dicha posibilidad. Asimismo, se determina como dato a haber tenido en cuenta y que no se examinó por la Audiencia, como fue que la negativa de dos entidades a prestar puede deberse a la escasa solvencia de los solicitantes, o al hecho de que el riesgo de financiación lo asumen en nuestro sistema, como regla, los deudores.

Y, en segundo lugar, la imposibilidad que libera al deudor de cumplir con su obligación ha de ser sobrevenida, esto es, «posterior a la celebración del contrato». Por lo que este requisito ha de conectarse íntimamente con la previsibilidad del cambio de circunstancias, de manera que no cabe la liberación del deudor ante el acaecimiento de impedimentos que fueron previstos o que, no siéndolo, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias. En relación con tal exigencia cita la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1997⁹⁶, que precisa al respecto que *«la imposibilidad del cumplimiento de la prestación que admite restrictivamente la jurisprudencia no puede venir referida a unas circunstancias como las de autos en las que influyó decisivamente el comportamiento del deudor, puesto que es meridiano que existen más entidades de crédito para la concesión del préstamo hipotecario y que (...) la posible dificultad que hubiese habido en la obtención de dicho préstamo para financiar la construcción de la vivienda era la cuestión razonablemente previsible a la celebración del contrato, sin perjuicio de que la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida»*⁹⁷.

⁹⁶ RJ 1997/3890.

⁹⁷ Fundamento de Derecho Octavo.

Este segundo requisito es el que, precisamente, determina la estimación del motivo del recurso para el Tribunal Supremo. En la cláusula 3.3.1 del contrato de compraventa y, en consecuencia, aceptada por los compradores, se regulan las consecuencias que se podían derivar del hecho que no obtuvieran financiación para pagar el precio —mediante el mecanismo subrogatorio antes mencionado (artículo 118 de la LH) o cualquier otro—. Y esas consecuencias consistieron precisamente en la previsión del cumplimiento de dicha obligación en determinadas condiciones que quedaron pactados en el contrato.

Es por ello por lo que el Tribunal Supremo estima el recuso de casación y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, ordenando que el contrato se cumpla en los términos que solicita la entidad vendedora.

*(Trabajo recibido el 11/11/2013
y aceptado para su publicación el 10/12/2013)*

**DIFICULTADES EN LA CONFIGURACIÓN
DE GARANTÍAS A FAVOR DEL AVALISTA
EN OPERACIONES DE PRÉSTAMO
CONCEDIDAS A SOCIEDADES
(Comentario a la Resolución de 2 de enero de 2013 de la
Dirección General de los Registros y del Notariado)**

ANTONIO LOPERA PERALES

Notario

RESUMEN

El presente trabajo analiza la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2013 acerca de la constitución de una prenda sin desplazamiento por parte de un Cooperativa como contra-garantía de la fianza ofrecida por uno de los socios en garantía de diversos préstamos concedidos a la misma, profundizando en cuestiones de indudable interés práctico tales como la posible existencia de autocontratación, las hipotecas o prendas en garantía de obligaciones futuras y las calificadas de «flotantes».

PALABRAS CLAVE: avalista, autocontrato, prenda sin desplazamiento, garantía de obligación futura y pluralidad de obligaciones.

ABSTRACT

The present paper analyses the legal thinking contained in the Resolution from the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public dated January 2nd, 2013, on the establishment of a pledge without transfer of possession by a Co-operative as a counter-guarantee for the bond offered by one of its members as collateral for several loans granted, delving deeper into issues of unquestionable practical interest such as the possible existence of self-contracting, mortgages or pledges as guarantees for future obligations and so-called «floating obligations».

keywords: surety, self-contracting, pledge without transfer of possession, guarantees for future obligation and plurality of obligations.

ANTONIO LOPERA PERALES

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. HECHOS.—III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—IV. COMENTARIO.

I. INTRODUCCIÓN

El supuesto resulta especialmente interesante al incidir en un ámbito como es el de la financiación empresarial, cada vez más complicada y exigente con los prestatarios, en el que se están reforzando las garantías exigidas por los acreedores, pero que debe coordinarse además con un correcto diseño de la posición del garante, quien a su vez y aunque quizá con menos intensidad, demanda la existencia de un escenario adecuado para que, llegado el caso de tener que hacer honor a los pagos exigidos, pueda también fijar con claridad su posición en relación al avalado.

II. HECHOS

El supuesto de hecho se refiere a un contrato celebrado entre una sociedad cooperativa y uno de los miembros del Consejo rector. El citado contrato, una prenda sin desplazamiento, presenta como objetivo garantizar la posición jurídica de dicho miembro, que ha avalado una serie de préstamos concedidos a favor de la cooperativa. En la constitución de la prenda compareció el presidente del Consejo rector y la misma se constituye en la modalidad de en garantía de deuda futura, a favor del citado fiador solidario, hasta un máximo de cien mil euros y por un plazo máximo de dos años.

I. En el caso estudiado, el registrador considera que existe autocontrato con el fiador, utilizando como argumentos el artículo 267 del Código de Comercio y artículos 1259 y 1727 del Código Civil.

Por otro lado, considera incongruente que se constituya una prenda a favor de los socios avalistas que, a la vez, serían acreedores y deudores, para garantizar una deuda que todavía no se ha producido.

El recurrente considera que, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad y de la lógica jurídica, de modo alguno se aprecia la existencia de conflicto de intereses, de la misma manera que puede corroborarse la inexistencia de consecuencias lesivas o perjudiciales para la entidad representada.

De otra parte consta, entre la documentación que se incorpora a la escritura de constitución de la prenda sin desplazamiento, el acuerdo adoptado por unanimidad de la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa, en sesión extraordinaria, en orden a la constitución de la garantía en favor de los socios fiadores solidarios.

Entiende por todo ello que, alejada toda posibilidad de lesión, de conflicto o incompatibilidad de intereses y existiendo el expreso acuerdo de la Asamblea General de la Sociedad Cooperativa en orden a la constitución de la garantía a favor de los fiadores solidarios, garantes a su vez con sus bienes y patrimonio de las operaciones sociales relacionadas en la escritura, queda salvada la autocontratación, posibilitando la constitución de la prenda a favor, en este caso, del socio referido.

II. Por otro lado, el registrador considera que el plazo de las deudas que se relacionan en la escritura son muy superiores al del plazo que se pacta en la constitución de la prenda.

Por su parte, el recurrente considera que el establecimiento de un plazo máximo de dos años que se pacta como período para la constitución de la prenda sobre los bienes descritos en la escritura obedece al carácter perecedero y fungible de los bienes sobre los que se constituye la garantía, período razonable en torno al cual deben tener su salida al mercado.

III. Finalmente, el registrador, conforme al principio de especialidad y a las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, de fechas 03/10/1991, 17/01/1994 y 11/01/1995, considera que lo que se pretende con la constitución de la prenda es una reserva de rango al tratarse de deudas inexistentes a la fecha de constitución y además no se determina a qué deuda o parte de ella corresponde la cantidad garantizada con la prenda, no constando tampoco la distribución de las deudas entre las cantidades que se garantizan a cada uno de los fiadores; toda vez que se ha podido pagar uno o parte de ellos y no los restantes, por lo cual estaría indeterminado el nacimiento de los avales.

El recurrente, por su parte, alega que no acierta a comprender cuando por parte del señor registrador se razona y se refiere a que se trata de deudas inexistentes, o la indeterminación de la deuda o a que no consta la distribución de las deudas entre las cantidades que se garantizan, cuando del tenor de la escritura otorgada se regulan y concretan cada uno de los aspectos referidos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En cuanto al primero de los defectos, la Dirección General toma como punto de partida la teoría general de la representación y señala cómo en sede de representación voluntaria nuestro ordenamiento jurídico establece que el ámbito de actuación del apoderado viene delimitado por el contenido del poder de representación otorgado a su favor (art. 1713 y concordantes del Código Civil).

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que el ámbito de actuación del apoderado viene limitado por la declaración de voluntad que proviene del principal, a la que debe acomodarse y ajustarse.

Ello implica que el mandante no autoriza al mandatario a excederse para llevar a cabo negocios con terceros que no eran los previstos, ni queridos y, por tanto, autorizados por quien otorgó el poder.

Por tanto, la valoración del contenido del poder de representación voluntaria debe hacerse con el máximo rigor y cautela con el fin de evitar que se modifique el contenido del Registro en base a una actuación extralimitada del representante.

De igual modo, es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. En la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio, que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. arts. 1259 y 1727.2 del Código Civil).

Aplicando la misma doctrina al ámbito de la representación orgánica, las facultades que delimitan el ámbito de la representación, cuando de administradores sociales se trata, en los casos de autocontratación o de conflicto de intereses, resultarán de su nombramiento como administrador junto con la citada autorización, o autorizaciones, de las Juntas generales de las sociedades implicadas.

Por tanto, a efectos de la calificación registral de la legitimación del representante, será del nombramiento de administrador y de esas autorizaciones de los que habrán de tomarse razón en la escritura, incorporándolas al juicio de suficiencia (Resolución de 31 de mayo de 2012). Doctrina que es igualmente aplicable al supuesto de hecho del presente recurso, con la particularidad de que la autorización o licencia deberá proceder de la asamblea general de la cooperativa.

Considera la Dirección General que el compareciente no incurre en situación de conflicto de intereses ni en figura asimilable a la autocontratación puesto que actúa exclusivamente como representante de la sociedad cooperativa, en calidad de presidente del Consejo rector, sin actuar simultáneamente en concepto de acreedor de las futuras obligaciones garantizadas, por lo que no compromete con su actuación sus intereses patrimoniales y aquellos de la entidad a la que representa.

Concluye con una última reflexión, aunque actuase simultáneamente en concepto de administrador y de acreedor; esta situación estaría expresamente salvada mediante autorización expresa del principal, según se desprende con claridad del documento calificado en el que se aclara que dicho representante «está especialmente facultado para este acto según resulta de acuerdos adoptados por la Asamblea General de la Cooperativa.

En cuanto al segundo defecto apunta el Centro Directivo que nada se opone a que la prenda sin desplazamiento de posesión, como la hipoteca voluntaria, siendo como es fruto de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, al igual que sucede con los demás derechos reales de igual origen, pueda ser constituida por un plazo determinado —como también puede quedar sujeta a una condición— (arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción real, quedando totalmente extinguido el derecho de garantía una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución, en cuyo caso la prenda se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa.

En lo que se refiere al tercero de los defectos señalados en la nota de calificación hay que apuntar que en realidad pueden distinguirse dos problemas: el primero sería el carácter de reserva de rango de la prenda constituida dado el carácter inexistente de las obligaciones garantizadas (la de reembolso a favor de los fiadores de las cantidades pagadas por éstos en virtud de la fianza), y el segundo, la falta de distribución de las deudas entre las cantidades que se garantizan a cada uno de los fiadores, lo que reconduce a la cuestión de si varias obligaciones pueden ser aseguradas por una misma garantía pignoratícia.

En cuanto al primero de los dos aspectos señalados, el recurso se estima. Es cierto que, en materia de hipoteca (y lo mismo debe entenderse respecto de la prenda sin desplazamiento de posesión (disposición adicional tercera de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954), el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada, con cierta flexibilidad a fin de facilitar el crédito, si bien no hasta el punto de admitir la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes, ni tampoco garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras.

Ahora bien, sí resulta admisible la inscripción de aquellas hipotecas que se constituyen en aseguramiento de un crédito que, si bien por el momento es inexistente, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes al tiempo de la constitución de la hipoteca. Y esto es lo que ocurre en el caso planteado en el presente expediente, en que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica todavía inexistente, que sólo surgiría en un futuro como constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor, sino las que se puedan derivar del desenvolvimiento propio de las fianzas que fueron ya formalizadas (en las pólizas reseñadas en la escritura calificada) por el beneficiario de la prenda ahora discutida, en funciones de contragarantía, a favor de la sociedad cooperativa que constituye la prenda. De forma que, en caso de ejecución de dichas fianzas, por incumplimiento de la sociedad avalada, surgirá a favor del fiador que pague el derecho a reclamar de dicha sociedad el reembolso de lo pagado, siendo esta obligación futura a cargo de la sociedad avalada y a favor del fiador la ahora garantizada mediante prenda (art. 1838 del Código Civil).

A estos efectos, es procedente recordar que cabe la «fianza en garantía de deudas futuras», conforme al artículo 1825 del Código Civil, al establecer que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida».

Estando, en consecuencia, admitida en el Código Civil la fianza en garantía de deudas futuras es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

Y centrándonos en la hipoteca en garantía de obligación futura, dentro de ella cabe la que se constituye en garantía del fiador o avalista, pues se trata de la obligación futura de reembolsar al fiador lo que éste haya pagado en virtud del contrato de afianzamiento o aval.

En definitiva, la hipoteca en garantía de obligación futura está regulada en la Ley Hipotecaria como hipoteca propiamente dicha y no como simple reserva de rango. (Resolución de 26 de julio de 2012.)

Esta misma conclusión es predicable igualmente respecto del derecho real de prenda sin desplazamiento de posesión tanto por la analogía existente entre ambos supuestos, dada la identidad de razón que en los mismos se advierte (art. 4, número 1, del Código Civil), como por la aplicación supletoria de la Ley Hipotecaria prevista en la disposición adicional tercera de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, conforme a la cual, «en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán

subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles y con lo prevenido en los artículos anteriores», sin que quepa apreciar en este caso la excepción de incompatibilidad allí prevista.

Nos adentramos ya en la última cuestión.

En la medida en que las obligaciones futuras garantizadas (las de reembolsar o indemnizar al fiador por parte del deudor ex art. 1838 del Código Civil) son tantas como contratos afianzados, nos preguntamos si un solo derecho de prenda puede o no garantizar varias obligaciones futuras sin un nexo causal común.

La respuesta de la Dirección General es negativa, por lo que en este extremo el recurso no es estimado.

No es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca «flote» sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro.

Para sostener esta postura, se remite a las resoluciones que consolidaron esta doctrina, 11 de octubre de 2004 y 25 de abril de 2005.

IV. COMENTARIO

Esta resolución trata una serie de cuestiones de especial importancia, cuyo ámbito de aplicación puede expandirse mucho más allá de los aparentemente rígidos contornos del supuesto de hecho, ya que los problemas asociados en este caso a la protagonista del caso, una sociedad cooperativa, podrán contemplarse también en otros tipos de personas jurídicas, y los problemas vinculados a la especial forma de garantía buscada por el avalista también podrán vislumbrarse en otras formas mucho más frecuentes.

Comenzamos por la cuestión relativa a la posible aparición de autocontrato en el mismo momento en que se intenta reforzar con garantía real a su favor la posición del avalista.

En lo que respecta a este problema, nada habría que discutir en el caso en que la sociedad estuviese garantizando una deuda de alguno de los miembros del

órgano de administración que nada tuviese que ver con la sociedad; en tal caso resulta más que evidente la contraposición de intereses entre éstos como personas físicas y la sociedad como persona jurídica. Pero en este caso no nos movemos en una esfera donde los conflictos sean evidentes, más bien en la contraria, en un medio en el que el único objetivo será fortalecer a través del juego de la libre autonomía de la voluntad de sujetos con personalidad jurídica propia, lo que en principio ya se contempla con mecanismos legales, en este caso los efectos derivados del pago por parte del avalista.

Por tanto, en una primera fase, el socio avala a la sociedad; parece evidente que aquí el conflicto de intereses no se produce; ese aval beneficia a la sociedad; puede haber sido determinante incluso para la concesión del préstamo a favor de la misma, y es algo que en la práctica contemplamos frecuentemente.

En una segunda fase, el avalista y el acreedor regulan la posición del primero, para el eventual caso de que la sociedad no cumpla la obligación principal; se constituye una garantía real a su favor, garantía que quizá no fue valorada como suficiente por la entidad de crédito, en caso contrario posiblemente hubiese sido innecesaria la intervención de avalistas.

En este escenario, y para este caso concreto, en el que comparecía el presidente del Consejo rector, el Centro Directivo admite el negocio celebrado, negando el conflicto de intereses, pero lo hace en los siguientes términos: «Es evidente que el compareciente no incurre en situación de conflicto de intereses ni en figura asimilable a la autocontratación puesto que actúa exclusivamente como representante de la sociedad cooperativa, en calidad de presidente del Consejo rector, sin actuar simultáneamente en concepto de acreedor de las futuras obligaciones garantizadas, por lo que no compromete con su actuación sus intereses patrimoniales y aquellos de la entidad a la que representa» y, por tanto, y a *sensu contrario*, para el caso de que hubiese comparecido como representante de la sociedad y a su vez como beneficiario de la garantía real, la autorización de la asamblea habría sido ineludible.

Sin embargo, y sin perjuicio de que la argumentación resulte interesante, intentando proteger la posición del resto de socios frente a un potencial abuso por parte de los administradores, lo cierto es que, en el marco que estamos estudiando, dicha exigencia podría entorpecer, con posibles perjuicios a la cooperativa, la actuación dinámica de la misma.

En la situación económica actual, el rechazo por parte de las entidades crediticias de los bienes ofrecidos en garantía se convierte en una constante, teniendo en cuenta el número de operaciones que ya tienen pendientes de ejecución; sin embargo, dichos bienes sí que pueden interesar en última instancia a otros, ajenos al problema antes mencionado y ligados a la actividad concreta en la que se mueven los bienes propuestos como garantía.

La propia legislación específica en la materia prevé la intervención de la Asamblea para los supuestos de auténtico conflicto y ello porque a pesar de que el artículo 42 de la ley de cooperativas del 99 prevea acuerdo previo de la Asamblea General cuando la sociedad hubiese de obligarse con cualquier consejero, también lo es que ese artículo se desarrolla bajo la rúbrica «conflicto de intereses con la Cooperativa»; por otro lado, también parece matizar dichos límites excluyendo el acuerdo cuando se trate de relaciones propias de la condición de socio.

Además pueden aparecer otros datos que, de forma objetiva, nos alejen de ese conflicto de interés; en el caso planteado, un ejemplo claro podría ser el modo de configuración de la garantía real, estipulando unos plazos más cortos de duración que los de la propia obligación garantizada con fianza, por lo que evidentemente el que asume el riesgo de que el incumplimiento se produzca más allá de aquellos plazos es el socio y no la sociedad. La propia Dirección General, en este caso, ha reconocido esa posible articulación de la garantía, como antes veíamos.

Ese alejamiento objetivo del potencial conflicto también ha sido muy tenido en cuenta por doctrina y jurisprudencia en otros supuestos que, aunque se desenvuelven en esferas distintas, presentan semejanzas, así en los casos en los que en principio se exigiría autorización judicial en aplicación del artículo 166 del Código Civil y en los que se ha permitido que la misma no se exija, ya que supondría más un lastre que un beneficio

Por otro lado, hay que tener muy presente que, en la práctica, el resultado conseguido aquí será muy parecido al que se hubiese verificado si el préstamo avalado hubiese estado a su vez respaldado con garantía real a favor de la prestamista y, sin embargo, finalmente el pago se hubiese hecho por el avalista, el efecto no hubiese sido otro que el de la posible subrogación del avalista en la posición del acreedor originario, «con los derechos a él anexos», como señala el Código Civil (art. 1212), con lo que el efecto final hubiese sido similar.

Especialmente interesante resulta el siguiente problema, relativo a la constitución de una garantía real con el objetivo de respaldar obligaciones que son futuras. Como antes vimos, ésta es la situación que se plantea en el caso analizado; el avalista, en un momento inicial, tiene una actitud pasiva, no ha de verificar pago alguno, sólo en el caso de un eventual y futuro incumplimiento por parte del deudor habrá de responder, siendo en ese momento en el que deberá activarse la garantía diseñada en su favor, en este caso la prenda.

En este punto resulta importante diferenciar entre los supuestos de:

1. Garantías buscadas con el objetivo de generar una mera reserva de rango, las cuales no están admitidas en nuestro ordenamiento, y así la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1994 no admitió la hipoteca en garantía de avales a favor de una sociedad de garantía reci-

proca porque, al no existir todavía la deuda, se podría generar el efecto antes apuntado, carente de un legítimo interés actual y porque además no existía una relación jurídica básica que vinculase ya al deudor.

2. Casos en que existen intereses legítimos tanto en la parte deudora como en el fiador en que se constituya la garantía, y no puede considerarse que hay una simple reserva de rango, pues se cumplen los presupuestos de la hipoteca en garantía de obligación futura establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

De nuevo resulta aquí determinante, al igual que señalábamos antes para rechazar el potencial conflicto de intereses, la idea de que no se garantiza una obligación ajena a la sociedad o en la que pueda tener interés sólo la persona a cuyo favor se constituya la garantía real, sino que dicha obligación, que es futura y por el momento inexistente, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica que ya existe entre las partes.

La diferenciación aparece reconocida también por el Tribunal Supremo, así la sentencia de la Sala Primera de 18 de marzo de 2002, con cita de la sentencia de 23 de febrero de 2000, admite que estos afianzamientos han sido reconocidos «tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, como aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero sí son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas». La sentencia de 30 de octubre de 2006 también recuerda que «la jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 del Código Civil, que la obligación futura “quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado”», citando en el mismo sentido las sentencias de 27 de septiembre de 1993, 23 de febrero de 2000 y 13 de octubre de 2005.

En los puntos hasta ahora analizados observamos cómo la Dirección General ha conseguido ensamblar las instituciones concurrentes de una manera adecuada, teniendo en cuenta los objetivos buscados en el caso concreto por las partes, y huyendo de aplicaciones del derecho excesivamente rigurosas, aún cuando nos movemos en campos, como son la autocontratación, o el del principio hipotecario de determinación, que aparentemente invitan siempre a interpretaciones restrictivas.

Todo ello viene dado por la extraordinaria vinculación existente entre la contragarantía objeto de calificación con la obligación primitiva avalada.

Por ello insistimos en que resulta absolutamente necesario observar la posición jurídica del acreedor pignoraticio desde la perspectiva del avalista garante, y

no confundir intereses legítimos con conflictos de intereses y opciones reales contempladas en la Ley Hipotecaria con meras reservas de rango.

Y llegamos al último apartado, en el que la Dirección General abandona el rumbo interpretativo antes mencionado para volver a un terreno más conservador, y es que en la última cuestión objeto de controversia se enfrenta a una figura polémica y que genera complejos resultados, que no es otra que la de la garantía flotante.

Sin embargo, no la rechaza frontalmente, llama la atención que lo haga planteando las diferentes alternativas o figuras análogas que sí que podrían ser admitidas, pero que exigirían la concurrencia de una serie de requisitos, como serían la determinación en sus líneas generales de las obligaciones a cargar en cuenta o a asegurar el no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta y que se pacte el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que baste que se trate de una mera reunión contable. Estos requisitos no pueden ser obviados o eludidos y no se dan en el caso objeto de nuestro estudio.

La idea clave es que, aunque se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una especie de hipoteca «flotante», en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor.

Tan sólo habría vía libre en el caso de reconocer que la regulación de la denominada hipoteca flotante pudiese ser admitida también en las garantías concedidas a particulares, lo que es rechazado. Llama la atención que esta posibilidad sí que se reconoce a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario a raíz de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con la incorporación del artículo 153 bis de la ley hipotecaria, así como el contraste de esta posición ventajosa, con las medidas adoptadas en los últimos años que han exigido un mayor control y marcaje precisamente a aquéllos a los que pocos años antes se beneficiaba.

Además, y en este caso concreto, aun cuando hubiese sido posible salvar el obstáculo anterior, se resalta que, dado el carácter especial de la norma, no cabe aplicar la analogía con el derecho de prenda, con lo que la dirección general sigue cerrando posibles pasos que eventualmente pudiesen generar el efecto de expandir la flotabilidad más allá del derecho real de hipoteca.

En conexión con lo anterior, nos recuerda el modo en que debe ser interpretado el artículo 12 de la Ley Hipotecaria cuando habla en plural de «obligaciones», que no puede ser entendido en el sentido de admitir de forma general e incondicional la constitución de una sola hipoteca en garantía de una pluralidad de obli-

gaciones, ya presentes, vencidas o no, ya futuras, y sujetas o no a un mismo régimen jurídico, y dotadas o no de conexión causal entre sí o recíproca relación de dependencia o accesoriedad, pues interpretarlo así tendría como efecto convertir en inútil la novedad incorporada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria reformada, con el que además entraría en contradicción, provocando una patológica antinomia por incluir éste unas limitaciones subjetivas de las que aquélla carece.

Finalmente, de nuevo huyendo de oposiciones frontales, deja una puerta abierta a la autonomía de la voluntad, pero exigiendo unos mínimos que en el caso concreto tampoco se dan.

Es destacable que reconozca que la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio absoluto y axiomático.

Y es que sobre una interpretación meramente literalista de los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria (de los que resulta que la hipoteca sujeta el bien sobre el que se impone, cualquiera que sea su poseedor, «al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida») ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales, como el artículo 1861 del propio Código o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico. En este sentido cabe admitir la constitución de una única hipoteca, y lo mismo ha de entenderse respecto del derecho de prenda, como cobertura de distintas obligaciones cuando éstas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca, de unas respecto de otras.

No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca y de la prenda, pero siempre que:

1. Las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores.
2. La hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones, de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad. (Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008.)
3. Cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, además será necesario, por exigencias de determinación del derecho real constituido, artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria, establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía.

*(Trabajo recibido el 16/12/2013
y aceptado para su publicación el 23/12/2013)*

**SOBRE LA CALIFICACIÓN COMO CRÉDITOS CONTRA
LA MASA DE LOS RECARGOS POR IMPAGO DE LAS
CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEVENGADAS
DESPUÉS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE
ACREEDORES. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 11 DE JUNIO DE 2013 Y SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LEÓN
DE 27 DE ABRIL DE 2011**

MIGUEL LLORENTE GONZALVO
Notario de Cervera de Pisuerga (Palencia)

RESUMEN

El Tribunal Supremo sostiene que los recargos derivados del impago de las cuotas a la Seguridad Social devengadas por trabajo realizado después de la declaración de concurso deben calificarse como créditos contra la masa y, por tanto, prededucibles. En cambio, la Audiencia Provincial de León se opone a otorgarles tal calificación e incluso se cuestiona si tales recargos son exigibles. El lector debe tener en cuenta, sin embargo, que, desde el día 1 de enero de 2012, esta materia ha sufrido un cambio legislativo.

Palabras clave: concurso de acreedores, calificación de créditos, recargos, Seguridad Social.

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court holds that extra charges arising from non-payment of Social Security contributions payable for work done after the Declaration of insolvency should qualify as credits against the mass and therefore predeductible. On the other hand León Provincial Court is opposed to give them such qualifications and even question itself if such extra charges can exist. Readers should be aware however that since January the first of two thousand twelve this matter has undergone a legislative change.

Key words: competition of creditors, credit rating, extra charges, Social Security.

SUMARIO: I. ADVERTENCIA DEL AUTOR.—II. BREVE EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS.—III. COMENTARIO. 1. Motivos por los que tanto el juez de lo Mercantil de León como la Audiencia Provincial de León entienden que no tienen la consideración de créditos contra la masa los recargos y los intereses de demora derivados de las cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso. Comentario enunciativo-analítico sobre la sentencia número 173/2011, de 27 de abril de 2011, de la Audiencia Provincial de León. 2. Motivos por los que el Tribunal Supremo entiende que sí tienen la consideración de créditos contra la masa los recargos y los intereses de demora derivados de las cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso. Comentario enunciativo-analítico. 3. Consideraciones críticas del autor al contraponer el argumentario de la Audiencia Provincial de León con la doctrina que sostiene el Tribunal Supremo en la materia.

I. ADVERTENCIA DEL AUTOR

Se advierte a los lectores que las sentencias comentadas en el presente texto hacen referencia a una serie de decisiones de la administración concursal en el seno de un concurso de acreedores sometido a la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC), pero antes de la reforma que el número cincuenta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, hace del artículo 84, apartado 2, número quinto de la LC. Dicha reforma actualmente vigente hace que el citado artículo considere como créditos contra la masa «los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales [...], los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial o declare la conclusión del concurso».

Para facilitar el análisis reproduzco el citado artículo en su redacción originaria: «Artículo 84.2: Tienen la consideración de créditos contra la masa y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154: [...] 5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento».

Por honestidad intelectual debo reconocer que parte de las cuestiones presentadas en el comentario de la presente han sido superadas actualmente por la evo-

lución legislativa. Sin embargo, creo que es útil su análisis, puesto que permite reflejar el estado de la cuestión antes de la reforma, y de ello extraer argumentos que permitan una interpretación histórica de las normas a casos posteriores al 1 de enero de 2012, fecha de la entrada en vigor de la citada reforma.

Igual precaución debe tomar el lector respecto de la referencia al artículo 154 de la LC, que en la actualidad también está reformado.

En cualquier caso, estimo que muchos de los argumentos que la sentencia de la Audiencia Provincial de León proporciona en su sentencia son de notable finura jurídica y permiten una valoración crítica de la reforma y del cambio de criterio con ella operado.

II. BREVE EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS

La sentencia del Tribunal Supremo que por el presente comento ha sido elegida por mí debido a reflejar una línea jurisprudencial uniforme en materia de concurso de acreedores, resolviendo la disyuntiva sobre si los recargos correspondientes a deudas por cuotas de Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores deben tener o no la consideración de crédito contra la masa. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada por el Alto Tribunal y se refleja en numerosas sentencias recaídas durante este semestre, entre ellas las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013, la de 23 de mayo, la de 14 de mayo, así como la de 9 de mayo de 2013, y también en otras muchas posteriores.

Asimismo, en el presente texto expongo y analizo la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 27 de abril de 2011, que fue casada por la antedicha sentencia del Tribunal Supremo. Entiendo que los argumentos jurídicos que arroja la citada Audiencia Provincial en su sentencia son valiosos para el análisis jurídico de la cuestión.

Dicho esto expongo por su orden sucesivo los pareceres de los distintos operadores jurídicos presentes en el caso.

- En el transcurso de un procedimiento de concurso de acreedores iniciado contra una Sociedad Anónima española, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, la TGSS) plantea una demanda contra la administración concursal de la citada entidad mercantil por la que suplicaba que se reconociese como créditos contra la masa en favor del citado ente público la cantidad de 7.295,42 euros, correspondiente a cuotas de Seguridad Social por la actividad de la empresa concursada llevada a cabo con posterioridad a la declaración de concurso, incluyendo las cantidades del recargo por no haber sido pagadas en el período reglamentariamente determinado, así como intereses de demora.

- En contestación a la demanda, la sociedad anónima en concurso respondió que el crédito contra la masa en favor de la TGSS es de sólo la cantidad de 3.909,82 euros por el principal de las cuotas.
- El juez de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda de la TGSS, de manera que sólo debía entenderse como crédito contra la masa la suma de 5.887,21 euros, pero sin incluir los recargos ni intereses por las cantidades adeudadas.
- La TGSS apela la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial, presentando también recurso tanto la mercantil concursada como el administrador concursal, entendiendo que parte de las cuotas reconocidas en la sentencia de instancia ya habían sido abonadas. La Audiencia Provincial falla desestimando el recurso de apelación de la TGSS y estima los recursos del administrador concursal y de la sociedad concursada, de manera que reconoce a favor de la TGSS como crédito contra la masa la suma de 3.909,82 euros, en concepto por principal por cuotas, excluyendo las cantidades abonadas con anterioridad al recurso.
- La TGSS recurre en casación ante el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Provincial, y cuyo fallo, estimatorio del recurso, comentaré al final del presente texto.

III. COMENTARIO

Planteado el supuesto de hecho, el *iter* jurídico y el sentido en el que se pronuncian cada uno de los distintos operadores jurídicos profundizaré en las dos posturas jurídicas contrapuestas expuestas en el encabezamiento del expositivo II del presente, partiendo de la base de que las discrepancias en la interpretación se producen entre la doctrina sobre la materia recogida por el Tribunal Supremo y los fallos de la primera y segunda instancia, centrándome principalmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de León.

1. Motivos por los que tanto el juez de lo Mercantil de León como la Audiencia Provincial de León entienden que no tienen la consideración de créditos contra la masa los recargos y los intereses de demora derivados de las cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso. Comentario enunciativo-analítico sobre la sentencia número 173/2011, de 27 de abril de 2011, de la Audiencia Provincial de León.

Como hecho incuestionable se observa que tanto el juez de lo Mercantil como la Audiencia Provincial de León coinciden con el Tribunal Supremo en calificar

como créditos contra la masa a las cantidades adeudadas por el principal de las cuotas a la Seguridad Social devengadas después de la fecha de la declaración del concurso, apoyando los tres Tribunales dicha calificación en el artículo 84, párrafo segundo, número quinto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC, en adelante). Sin embargo, tanto el juez como la Audiencia Provincial de León rechazaron calificar como créditos contra la masa a los recargos exigidos por la Tesorería General de la Seguridad Social por el impago de esas mismas cantidades.

Centrándonos en la postura adoptada en la sentencia de 27 de abril de 2011 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León, ésta sostiene su decisión en un hilo argumental que se puede resumir en la siguiente forma:

Primero: que debe distinguirse entre créditos contra la masa y créditos del concursado, de forma que la característica principal de los créditos contra la masa es su «prededucibilidad», esto es, que han de ser satisfechos antes de los créditos contra el concursado según el artículo 154, párrafo primero de la LC.

Segundo: que la característica común o el fin teleológico que del artículo 34, párrafo segundo, se extrae de todos los créditos calificados como «contra la masa» es que son créditos vinculados por el propio funcionamiento del concurso o a la gestión del patrimonio del concursado.

Tercero: que obviamente, si durante el concurso resulta que la empresa sigue funcionando por el mantenimiento de su actividad conforme al artículo 44 de la LC, al igual que los trabajadores de la empresa concursada deben seguir cobrando sus salarios, se siguen devengando las correspondientes cuotas de la Seguridad Social a raíz del trabajo realizado, por lo que dichas cuotas tienen el carácter de créditos contra la masa, según el número cinco del párrafo segundo del artículo 84 de la LC.

Cuarto: que como créditos prededucibles dichas cuotas de la Seguridad Social deben ser inmediatamente satisfechas en el momento inmediato a su devengo cualquiera que sea el estado del concurso.

Quinto: que, sin embargo, si tenemos en cuenta que no podrán iniciarse ejecuciones para cobrar dichas cuotas hasta que se apruebe el convenio concursal o que se abra directamente la liquidación del concurso o que transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos (según el artículo 154 de la LC, entonces el cobro de dichas cuotas no es tan inmediato y rápido como fuese deseable, lo que supone que con mucha probabilidad dichas cuotas a la Seguridad Social resultarán impagadas y acabarán generando recargos por impago.

Sexto: que además la Audiencia Provincial añade otro dato que abunda en el hecho de que la propia Ley prevé que el cobro de la cuotas de la Seguridad Social no va ser automática o inmediata aunque sean créditos contra la masa, cual es que el artículo 154, número tercero de la LC, prevé que las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán sobre los bienes y derechos no afectos al pago de los créditos con privilegio especial y, si el importe de esos bienes y derechos resulta insuficiente, «lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos».

Séptimo: que hay que tener en cuenta la naturaleza de los recargos de las deudas administrativas, singularmente por las deudas contra la Seguridad Social, siendo esta naturaleza la que determinará su finalidad y las consecuencias jurídicas que de su devengo deban colegirse. Por ello, la Audiencia Provincial de León hace una interpretación teleológica del artículo 27 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), de manera que considera que la finalidad del recargo está en estimular el cumplimiento de la obligación de pago con la Seguridad Social, de manera que el recargo existe cuando existe el incumplimiento o la falta de presentación de los documentos necesarios para la liquidación, por lo que hace depender el recargo de una conducta volitiva hacia el fraude o el incumplimiento, ya sea por acción o por omisión, dolosa o negligente, incluso por desconocimiento del empresario respecto de sus deberes para con la Seguridad Social (artículo 6.1 del Código Civil), pero no en el caso de que el funcionamiento del propio mecanismo del Concurso de Acreedores impida al empresario en concurso cumplir inmediatamente con sus obligaciones con la Seguridad Social. De los argumentos de la Audiencia Provincial de León se colige que como el concursado no es libre para decidir sobre si cumplir o incumplir, entonces no cabe sancionarle con recargos, puesto que éstos no pueden estimularle hacia el cumplimiento, ya que éste queda fuera de su libre decisión. Debe someterse al orden de pago impuesto por la Ley Concursal, que le sujeta tanto a él como a los acreedores, y entre ellos, por supuesto, a la TGSS.

Octavo: la Audiencia Provincial de León entiende además que, si bien los recargos anteriores a la declaración de concurso pueden calificarse dentro de la masa pasiva como créditos concursales subordinados, sin embargo, los posteriores no pueden ser considerados como créditos contra la masa, puesto que el artículo 84, apartado 2, de la LC no los regula en su seno, de forma que, al ser su regulación exhaustiva, no deben ser considerados como créditos contra la masa otros créditos distintos de los previstos expresamente en la ley. Se basa en la interpretación restrictiva de las leyes especiales conforme al artículo 4, apartado 2, del Código Civil, pues se entiende que la regla general en cuanto a los créditos de todo tipo del concursado es el *par conditio creditorum* inferido del artículo 1925 del mismo cuerpo legal y toda preferencia crediticia deberá ser prevista especial-

mente por la ley y sobre todo más concretamente en la Ley Concursal. A mayor abundamiento debe considerarse el carácter excepcional de los créditos contra la masa, puesto que su principal característica es que postergan el cobro al resto de acreedores.

Noveno: entiende la Audiencia Provincial de León que, aunque los artículos 25 y 27 del TRLGSS y 11 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (en adelante, RGRSS), disponen el ingreso y liquidación conjunta del principal de las deudas con sus recargos respectivos, sin embargo, entienden que éstos no forman parte del principal, sino que son meramente accesorios, por más que a la TGSS le convenga recauden de forma conjunta. La citada Audiencia Provincial entiende que una norma dirigida a la gestión en la recaudación no puede acabar generando un privilegio concursal, puesto que se excedería de su ámbito e invadiría el campo normativo de la Ley Concursal. No olvidemos el principio de unidad en la materia concursal que preside la citada Ley. Así no es que los recargos posteriores a la declaración no sean créditos concursales, sino que no son créditos contra la masa.

Décimo: que, a mayor abundamiento, el párrafo segundo del artículo 22 de la LGSS establece que «en caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal», por lo que reconoce la prevalencia de la Ley Concursal como *lex specialis* frente a ella, de manera que el orden de prelación y pago diseñado por la LC no puede ser alterado por mecanismos coercitivos ajenos a ella, aunque los imponga la LGSS, pues ello supondría que el orden de pagos del artículo 154 de la LC, presidido por criterios temporales, se vería alterado por la necesidad de evitar los recargos y su correspondiente perjuicio a la masa activa, lo que llevaría a dar preferencia a los pagos a la Seguridad Social por razones de utilidad y no de estricta legalidad.

Undécimo: vista la postura de la Audiencia Provincial de León respecto de los recargos, lo mismo sostiene respecto de los intereses de demora posconcursoales devengados por las cuotas a la Seguridad posteriores a la declaración de concurso. El problema se encuentra en dilucidar si los intereses posconcursoales han de ser calificados como de créditos contra la masa, lo que nos lleva a la cuestión de si la suspensión del devengo de intereses que, respecto de todo crédito contra el concursado, establece el artículo 59 de la LC es aplicable también a los créditos contra la masa. Dicho artículo no distingue para su aplicación cuál sea la naturaleza de los créditos, y por ello en principio podría parecer que no existe razón para excluirlos. Fundamenta la Audiencia Provincial su criterio en que los créditos contra la masa no son unos créditos «extraños» al concurso, ni forman una categoría aparte en relación con el conjunto de los créditos, sino que, sin obviar sus

características especiales, figuran en el informe de los administradores y se someten, en general, a las reglas comunes de la fase de liquidación, con la particularidad de la prededucibilidad prevista en el artículo 154 de la LC. Añade que, además, los efectos derivados de la declaración del concurso se extienden también a ellos, según el artículo 55, apartado uno de la LC. Concluye la Audiencia diciendo que «el régimen jurídico diferenciado que tienen los créditos contra la masa por la particularidad de los pagos de dichos créditos no permite justificar la exclusión de la aplicación de las normas generales del concurso» y, por consiguiente, «la ubicación sistemática del artículo 59 de la LC no justifica la exclusión de los créditos contra la masa de su ámbito normativo»

Duodécimo: finalmente, y en apoyo de su tesis sobre la suspensión del devengo de intereses de demora por las cuotas a la Seguridad Social nacidas durante el concurso de acreedores, aporta la citada Audiencia Provincial un ingenioso argumento que reproduzco literalmente por su notable originalidad e interés, cual es que: *«Los intereses de demora sólo son exigibles desde la notificación de la providencia de apremio por impago de las deudas contra la Seguridad Social, y así lo establece el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio 1994, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social: “Los intereses de demora por las deudas con la Seguridad Social serán exigibles, en todo caso, si no se hubiese abonado la deuda una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción”. Y como quiera que por las cuotas posteriores a la declaración de concurso no se puede iniciar vía de apremio (art. 55.1 LC), los intereses de demora no serían exigibles: sin apremio no son exigibles los intereses de demora, y el apremio no es posible cuando se ha iniciado un procedimiento concursal»*. Viene a decir la Audiencia que, como no puede haber apremio ejecutivo de la TGSS dado el carácter universal y omnicomprensivo del procedimiento concursal, entonces no pueden ser devengados los intereses de demora. No es que no tengan preferencia dichos intereses, ni que no tengan carácter de créditos contra la masa, sino que ni siquiera debería existir porque es imposible el hecho mismo de su exigencia. No llegan a nacer.

2. Motivos por los que el Tribunal Supremo entiende que sí tienen la consideración de créditos contra la masa los recargos y los intereses de demora derivados de las cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a la declaración de concurso. Comentario enunciativo-analítico.

La Sala primera del Tribunal Supremo, siguiendo la línea jurisprudencial marcada por anteriores sentencias para supuestos idénticos, ha entendido que *«los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del*

ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC) comparten el carácter de crédito contra la masa».

El Alto Tribunal entiende que, si bien el artículo 81, apartado segundo, número quinto de la LC, *«atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la Seguridad Social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados»*, sin embargo, considera que como los créditos contra la masa deben ser pagados estrictamente a su vencimiento según el artículo 84, párrafo tercero, de la LC, por lo que el no pagar los mismos implica incurrir en morosidad y, como consecuencia de ello, el devengo de los correspondientes recargos e intereses moratorios.

Con este argumento, en la propia sentencia el Tribunal Supremo provoca una distinción fundamental entre los créditos contra la masa, que son exigibles, y los demás créditos concursales, cuya exigibilidad está suspendida hasta que no se alcance el convenio concursal o se proceda a la liquidación.

Incluso el Tribunal Supremo llega a decir que lo que reproduzco a continuación, que es que si bien el artículo 84, apartado tercero, de la LC, tras la reforma de la Ley 38/2011, antes el artículo 154, apartado segundo, de la LC, faculta a la administración concursal a alterar la regla del vencimiento cuando lo considere conveniente en interés del concurso, y siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, sin embargo, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. Ello implica que el Tribunal Supremo considera que los créditos contra la Seguridad Social, así como sus accesorios, que son los recargos e intereses de demora, y sus cualidades, es decir, su preferencia y prelación, al gozar de naturaleza pública, son indisponibles por los particulares, entendiendo como tales a la Administración Concursal.

Finalmente entiende el Tribunal Supremo que *«aunque el artículo 55, apartado primero de la LC, excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo, conforme establece el art. 25 de la LGSS»*. Esto supone que el Tribunal Supremo entiende que los recargos e intereses de demora son obligaciones que nacen automáticamente del supuesto de hecho que es el incumplimiento de la obligación con la TGSS, y no dependen de que se haya iniciado o no el correspondiente procedimiento de apremio, o incluso, yendo más allá, de que se no se pueda iniciar el procedimiento de apremio por la exclusión que conlleva el carácter universal y omnicomprendivo del procedimiento concursal.

3. Consideraciones críticas del autor al contraponer el argumentario de la Audiencia Provincial de León con la doctrina que sostiene el Tribunal Supremo en la materia.

El presente apartado tiene como objeto el comentario crítico de las resoluciones antes mencionadas, según la Ley Concursal, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Sin embargo, y asumiendo sin problemas que el cambio legislativo perjudica las tesis del autor, sin embargo, prosigo con el análisis en el convencimiento de que la disidencia respecto del texto actual es beneficiosa para el mundo jurídico, puesto que, pese al respeto y acatamiento que nos merece la Ley vigente, ello no empece para que nos pueda sorprender, convencer e incluso inspirar, tesis contrarias a las que impone las normas en vigor. Este es mi caso y así lo sostengo y, en consecuencia, expongo.

Es necesario decir que este epígrafe parte de la base del inmenso respeto que al autor de este comentario le merecen los argumentos tanto de la Audiencia Provincial de León como del Tribunal Supremo. Y es que mi apelación a ese respecto es la premisa sobre la que baso mi análisis crítico, puesto que al igual que como criterio interpretativo de las leyes cabe apelar a la *mens legis* y a la *mens legislatoris*, entiendo que lo mismo cabe hacer respecto de las dos sentencias analizadas. Evidentemente, cabe el error de apreciación por mi parte, esto es, que los citados órganos judiciales tuviesen en mente para emitir sus decisiones criterios distintos de los que, según mi análisis, voy a enunciar. Vayan mis disculpas por delante. Sin embargo, soy de la opinión de que, si bien es cierto que los Órganos Judiciales son creadores del derecho con sus decisiones al aplicar las leyes, y que en principio al leer y aplicar una sentencia no cabe otra cosa que ceñirse a la literalidad de su texto, entiendo también que del contenido de sus razonamientos cabe extraer el fondo espiritual o la dirección del ánimo del juzgador que le llevó al fallo de su resolución. Al fin y al cabo, todo el Derecho Procesal está organizado en torno a llevar en la mejor manera posible al ánimo del juez tanto los hechos como el derecho para que dicte el derecho aplicable según su leal saber y entender. Y no cabe duda de que dicho ánimo puede hacer que el juzgador se decante tanto por una interpretación de las leyes como por otra, las dos igual de legítimas.

Hecha esta introducción, entiendo por mi parte que en las dos sentencias cabe extraer dos posiciones contrapuestas: la de la Audiencia Provincial de León, que da preferencia a lo privado sobre lo público, y la del Tribunal Supremo, que da preferencia a lo público sobre lo privado.

Así, al entender la Audiencia Provincial de León que las cuotas de la Seguridad Social devengadas después de la declaración de concurso no generan intereses de demora e incluso no generan recargos, está sometiendo las normas administrativas que rigen las obligaciones para con la Seguridad Social a las normas de derecho procesal privado especial, que son la de los concursos de acreedores.

Por el principio de la triple unidad concursal (unidad normativa, procedimental y de órgano) que preside la LC considera que es la voluntad del legislador que todo aquello que le ocurra al concursado en cuanto a sus obligaciones, derechos, así como a los créditos y deudas que existan en su patrimonio, deba regirse por la Ley Concursal y no por otras leyes, aunque éstas tengan naturaleza administrativa, como es la Ley General de la Seguridad Social.

Asimismo, de la sentencia de la Audiencia Provincial de León parece extraerse que debe ser rechazada toda injerencia provocada por la aplicación de cualquier otra norma jurídica. Y ello es así por la naturaleza misma del concurso de acreedores, cual es la realización ejecutiva de forma ordenada del patrimonio del deudor concursado, tanto para proteger al concursado de desmanes de sus acreedores como para proteger a estos mismos acreedores y evitar que el más rápido o poderoso de ellos cobre primero por la fuerza de los hechos. Prueba de ello está en la paralización de las ejecuciones singulares que ordena la LC como efecto de la declaración de concurso, pues se intenta evitar que el que ha llegado antes cobre primero y la totalidad de su crédito, prefiriendo la Ley Concursal que la generalidad de los acreedores del concursado cobren lo posible de sus créditos. A su vez, la Audiencia Provincial de León se hace eco del interés del legislador, reiterado en la sucesivas reformas de la Ley Concursal, de que el empresario concursado no cese en su actividad empresarial, sino que continúe desempeñándola generando recursos por mor de la satisfacción de sus acreedores, del mantenimiento del tejido industrial de España, la riqueza nacional, del empleo, etc. Es bueno que durante el concurso no se desmantele su actividad, sino que se entienda que, aunque se tenga que vender la empresa, una empresa en funcionamiento tiene más valor que por piezas. Incluso cabe la posibilidad de que, con los reajustes que conlleva el Concurso de Acreedores, el concursado acabe saliendo a flote.

Ello implica que si el concursado continúa trabajando, necesariamente generará cuotas para la Seguridad Social, bien por el trabajo del empresario, bien por el de sus empleados. En cualquier caso, la delicada situación económica y jurídica del concursado hace que deba tratarse con cuidado tanto jurídica como económicamente. No es de recibo que los automatismos que generan las leyes administrativas provoquen perjuicio a la masa activa, reduciéndola, y a la masa pasiva, disminuyendo sus posibilidades de cobro. No se entiende que el Estado, por un lado y a través del Poder Legislativo, busque aliviar la situación del concursado y de sus acreedores, y por otro y a través del Poder Ejecutivo les perjudique imponiendo su potestad sancionadora y mermando con ello las posibilidades de supervivencia y de cobro.

Entiendo de las palabras de la Audiencia Provincial de León que tanto la LC como la LGSS, en caso de concurso de acreedores, debe ser interpretada en favor de aplicar la norma concursal antes que la administrativa, por un criterio de especialidad y de competencia.

En el sentido contrario, de la citada sentencia del Tribunal Supremo, parece que debe colegirse que lo público es indisponible y su preferencia es total, de manera que aunque quepa alguna duda interpretativa en la Ley Concursal sobre la calificación de los recargos por deudas posteriores a la declaración de concurso en favor de la Seguridad Social, estas dudas deben resolverse siempre en favor de las deudas de derecho público y de sus elementos accesorios, que son sus recargos e intereses de demora. Es el *ius imperii* del Estado el que en caso de duda debe prevalecer. Se trata de uno de los clásicos privilegios del derecho administrativo, en este caso basado en la protección del sistema público de seguros sociales a los trabajadores y el principio de igualdad de trato a todos los obligados en la aplicación de las sanciones, esto es, deben ser sancionados estén o no inmersos en concurso de acreedores.

En cuanto a la opinión del que escribe estas líneas, y sin que ello suponga a menosprecio alguno con respecto de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (que algo de razón tiene, no cabe duda), considero más acertada la postura de la Audiencia Provincial de León. Primero de todo, por la finura jurídica que manifiestan sus planteamientos, pues siempre es agradable que un grupo de juristas descubran lagunas y antinomias en el Ordenamiento Jurídico y se atrevan a darles solución razonada. Por otro lado, porque efectúan una interpretación del caso según el artículo 3 del Código Civil, conforme al espíritu de la Ley Concursal; el carácter universal y unitario del concurso de acreedores, lo que les lleva a sostener valientemente dicha unidad derivada de una ley especialísima como es la Ley Concursal, frente a las injerencias de las normas, conceptos y potestades del derecho administrativo. Y, por último, siguen una interpretación sociológica de la norma y en el fondo incardina con el principio de justicia consagrado en el artículo 1 de la Constitución Española, principio que informa la actividad de los poderes públicos según el artículo 53, apartado tercero, de la Constitución, y entre ellos la Seguridad Social.

Porque no nos llevemos a engaño: los créditos contra la masa, aún devengados después de la declaración de concurso, tienen más probabilidades de cobrar que los créditos calificados como de la masa pasiva, dada la habitual depauperación de la masa activa. Y son precisamente esas mayores probabilidades de cobro las que deberían obligar a los órganos judiciales a no extender con su interpretación la calificación de créditos contra la masa a otros no comprendidos expresamente en el artículo 84 de la Ley Concursal. Sería un auténtico agravio frente a, por ejemplo, titulares de créditos ordinarios, que si hubiesen podido embargar y ejecutar bienes concretos antes de la declaración de concurso habrían visto satisfecha su deuda a pesar de que ello pudiese conllevar el desmantelamiento de la empresa del deudor y la paralización de sus actividades. Si con el concurso de acreedores implícitamente se les está pidiendo a los acreedores contención y sacrificios de sus intereses individuales en pro de los colectivos, tanto de los demás acreedores, como de trabajadores y de la sociedad en general, no resulta coherente que en

defensa de esos mismos intereses se perjudique a otros y se cause un daño mayor, máxime cuando el crédito en favor de la Seguridad Social ya tiene mucha preferencia y los recargos no van a beneficiar a nadie más que a la Administración.

Si se me permite la licencia, en unas palabras menos técnicas: a todo el mundo le ofende que el que tiene delante en la cola meta a sus amigos primero.

Como reflexión final, debo decir que, tras la reforma operada por la Ley, el problema no cesa, sino que se agudiza, puesto que se consagra con rango de Ley aquello que desde el sentir de los acreedores privados es una injusticia, y que a mayor abundamiento choca con las intenciones recogidas en las Exposiciones de Motivos de las sucesivas reformas que la LC persigue, y que vienen a resumirse en salvar en la medida de lo posible al concursado, los trabajadores y a los acreedores del cierre, las pérdidas y la ruina consiguiente.

En Cervera de Pisuerga, a 15 de diciembre de 2013.

*(Trabajo recibido el 16/12/2013
y aceptado para su publicación el 23/12/2013)*

RECENSIONES

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Autora: BLANCA ANDREA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

Tesis doctoral dirigida por Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y MÓNICA FUENTES NAHARRO en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Notaria

La responsabilidad de los administradores es una de las cuestiones que más interés y casuística ha suscitado en los últimos tiempos a raíz del gran número de empresas que se han cerrado en nuestro país como consecuencia de la crisis económica que nos azota sin piedad desde hace ya más de un lustro, ya que en algunos casos un factor coadyuvante y determinante ha sido la mala gestión de los órganos directivos.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores fue una de las cuestiones centrales de la reforma operada en nuestro derecho de sociedades anónimas por la Ley de reforma parcial y adaptación de nuestro de derecho de sociedades, de 25 de julio 1989, que vino a solventar determinadas carencias puestas de manifiesto por la doctrina: excluyó el requisito de que la culpa fuera grave; estableció la responsabilidad solidaria de todos los administradores; excluyó la exoneración de responsabilidad por el hecho de que el acuerdo lesivo fuera aprobado por la Junta, y trató de acabar con una serie de prácticas tales como la delegación, como

forma de eludir la responsabilidad de los consejeros, o los acuerdos de separación de administradores acompañados de pactos de renuncia a ejercitar acciones posteriores de responsabilidad.

Sin embargo, con el paso de los años se ha demostrado que este sistema, tan riguroso en el trato de la conducta negligente, no lo era en cambio respecto a posibles conductas desleales, las cuales pueden de hecho suponer un mayor enriquecimiento de los administradores. A mayor abundamiento, la progresiva globalización de la economía provoca la imperiosa necesidad de evitar una gestión excesivamente conservadora y burocrática y de potenciar el riesgo y la innovación empresarial. Por ello, son muchos los que propugnan establecer un pequeño ámbito excluido de la posterior revisión judicial, y que comprendería aquellas decisiones que tomadas de buena fe comportan un riesgo empresarial, y en las que el ulterior fracaso no pueda servir de fundamento para una posterior imputación por negligencia.

Todas estas consideraciones fueron apuntadas en el Informe Aldama (y en su precedente Informe Olivencia), el cual señaló la conveniencia de una reglamentación de los deberes de información y transparencia y de una tipificación de las conductas que suponen una violación del deber de lealtad.

En esta línea son diversos los cambios operados por el legislador en esta materia en épocas recientes. En primer lugar, y por lo que se refiere al régimen general de responsabilidad de los administradores de los artículos 133 y ss. LSA, la Ley de 17 de julio de 2003 modificó algunos aspectos, respondiendo a la idea de configurar la responsabilidad como un instrumento de control de la gestión de los administradores o de buen gobierno corporativo. En segundo lugar, la Ley Concursal de 2003 modificó el régimen de la responsabilidad por deudas del artículo 262 LSA, ligándolo no sólo a la no disolución de la sociedad sino también a la falta de declaración de concurso. Además, la misma Ley Concursal estableció *ex novo* en el artículo 172.3 LC, en caso de calificación culpable, una responsabilidad concursal de los administradores, concebida como un instrumento de protección del concurso. Por su parte, 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 (en adelante, LSC), ha pretendido llevar a cabo una labor de sistematización, aclaración y amonización de la normativa reguladora de las sociedades de capital, extendiendo en algunos casos a todas las sociedades de capital algunas normas previstas para sólo un tipo. Concretamente, en materia de responsabilidad de los administradores, tal y como pone de manifiesto Blanca VILLANUEVA en la obra objeto de esta reseña, la sistemática seguida por la Ley de Sociedades de Capital permite resolver algunas de las cuestiones que se habían planteado bajo la vigencia de la legislación anterior.

Partiendo del panorama general esbozado que ofrece nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad de los administradores, la tesis doctoral escrita por

Blanca VILLANUEVA, pendiente de publicación, analiza de forma exhaustiva el posible ejercicio de lo que se conoce como acción «social» de responsabilidad frente a los administradores sociales en sociedades anónimas, ya sea por la propia sociedad, por la minoría social o por los acreedores. La autora, partiendo de una aproximación a los presupuestos de la responsabilidad de los administradores aborda la diversa y rica problemática que el ejercicio de una acción de este tipo conlleva no sólo desde un punto de vista societario, sino también desde un punto de vista procesal, sin olvidarse de reseñar las principales particularidades que el ejercicio de esta acción presenta en derecho italiano, alemán y estadounidense. La misma fue presentada en la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección de Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y Mónica FUENTES NAHARRO el pasado mes de enero de 2013, obteniendo la puntuación máxima, «sobresaliente *cum laude* por unanimidad».

La extensa obra contiene un prolijo análisis de la materia estudiada en el que la autora, lejos de dejar algo en el tintero, va desgranando con gran claridad expositiva y rigor técnico las diversas facetas que presenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Se divide en un preámbulo, siete capítulos y unas conclusiones finales.

El primer capítulo contiene una aproximación a la responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Partiendo de la naturaleza del cargo de administrador, la autora distingue entre los distintos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el mismo: tributaria, penal, administrativa y laboral, para detenerse en los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores, concluyendo que no existe en nuestro ordenamiento un régimen singular de responsabilidad de los administradores, sino que tan sólo nos encontramos con ciertas especialidades respecto del régimen común de responsabilidad civil, dada la profesionalización y ámbito en que desarrollan su actividad los administradores y poniendo de manifiesto la dudas existentes en torno a la interpretación del deber de diligencia exigible a los mismos. En este capítulo, VILLANUEVA recoge también los presupuestos de la responsabilidad civil del administrador de las sociedades anónimas, tanto en el Derecho estadounidense como en el Derecho italiano y en el alemán, destacando las diferencias con nuestro sistema.

El capítulo segundo analiza en profundidad cómo ha de ser el acuerdo en Junta general para el ejercicio de la acción social, distinguiendo distintos aspectos. En primer término, la autora analiza la conveniencia de que, en nuestra legislación, la competencia se atribuya de forma exclusiva a la Junta general y el hecho de que el acuerdo de ejercicio de la acción social pueda ser adoptado aun sin estar incluido en el orden del día. En segundo lugar, se aborda la cuestión de cuál es el quórum de constitución de la Junta general y si el mismo puede ser reforzado estatutariamente, entendiendo Blanca VILLANUEVA que si bien no es conforme a Ley la fijación por vía estatutaria de un quórum reforzado para la

constitución de la Junta que vaya a tratar el ejercicio de la acción social de responsabilidad, no existe ningún obstáculo en elevar por vía estatutaria y con carácter general el quórum de constitución. Asimismo, se analiza cuál ha de ser el papel que juegue el presidente de la Junta en el supuesto, el más habitual en la práctica, de que sea administrador de la sociedad, en cuyo caso habrá de velar por la existencia de debate para evitar incurrir en responsabilidad. Otra cuestión de sumo interés que es tratada en el trabajo que nos ocupa es cuál ha de ser la posición del administrador en caso de ser accionista de la sociedad, defendiendo la autora, fundamentalmente en base a una interpretación teleológica de la Ley de Sociedades de Capital, el deber de abstención del administrador en este supuesto. Además, se abordan cuestiones tales como la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo o el contenido mínimo que ha de tener el mismo, el cual, a juicio de VILLANUEVA, habría de incluir al menos la determinación de la conducta activa u omisiva reproachable de los administradores responsables, así como del daño producido en el patrimonio social. Tal y como expone la autora, esta concreción de determinados extremos en el acuerdo obedece a la necesidad de salvaguardar el derecho de información de los accionistas, de garantizar el respeto al régimen de distribución de competencias formulado por la Ley fijando las bases para el ejercicio de la acción, de permitir una actuación coordinada de los distintos legitimados para el ejercicio de la acción y de minimizar los costes del ejercicio de la acción. En cuanto a la falta de exoneración de responsabilidad de los administradores por la adopción, autorización o ratificación por parte de la Junta general del acuerdo lesivo que prescribe el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, se pone de manifiesto cómo las diversas manifestaciones de la Junta en esta línea pueden tener trascendencia a la hora de analizar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad con la consiguiente reducción del *quantum* de la responsabilidad, así como el hecho de que para un sector doctrinal la aplicación de la doctrina de los actos propios en este ámbito puede conllevar una inversión de la carga probatoria en el ámbito judicial. A continuación, en este segundo capítulo se analizan los efectos del acuerdo de ejercicio de la acción sociedad de responsabilidad contra los administradores: la destitución del administrador afectado, justificando el carácter necesario y obligatorio de la misma y recogiendo el debate doctrinal acerca de si la Junta general tiene competencia para decidir sobre el ejercicio de la acción social frente a los administradores nombrados por representación proporcional; y el nombramiento de nuevos administradores, desarrollando la cuestión acerca de si este extremo ha de constar o no en el orden del día. Finalmente, la autora se detiene en analizar la regulación de esta materia en algunos países, tales como Estados Unidos, donde se admite la exclusión o limitación de la responsabilidad de los administradores; Italia, donde es reseñable la prohibición del administrador de votar en la deliberación sobre su propia responsabilidad, y Alemania, donde destaca tanto el hecho de que junto a la competencias del Consejo de vigilancia, se atribuya a la Junta general competencias de control sobre los dos órganos de gobierno corporativo, como la circunstancia de que se establezca una exoneración de responsabilidad de los administradores cuando el

acto lesivo se hubiera tomado sobre las bases de un acuerdo legalmente adoptado por la Junta general.

El tercer capítulo se ocupa del ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad. En un primer momento, la autora dilucida sobre la arbitrabilidad del régimen de responsabilidad civil de los administradores, pronunciándose a favor de esta posibilidad, así como a favor de la posibilidad de sumisión a mediación de las controversias en esta materia. En segundo término, VILLANUEVA analiza la eficacia ejecutiva del acuerdo de la Junta favorable al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores partiendo de la redacción del artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital, que declara ejecutables los acuerdos a partir de la fecha de aprobación del acta. No obstante lo cual, la autora se inclina por defender la eficacia del acuerdo de la Junta desde su adopción, momento en el cual comenzaría el cómputo del plazo de un mes para entablar la correspondiente demanda, caducando el derecho de la sociedad en caso contrario, con el fin de proteger no sólo a la minoría social, sino también la seguridad jurídica del tráfico. En tercer lugar, el trabajo se refiere a quien ha de ejecutar el acuerdo, aludiendo al interés social que debe prevalecer en todo momento y distinguiendo según que la ejecución se lleve a efecto por los administradores o por terceras personas, posibilidad esta última que ha sido discutida doctrinalmente y que defiende VILLANUEVA sobre la base de defender una interpretación flexible de la competencia de representación de la sociedad. Otra de las cuestiones desarrolladas en este capítulo es el plazo de ejercicio de la acción, cuestión no resuelta con carácter expreso en nuestra legislación, si bien, tal y como pone de manifiesto la autora, es lugar común en nuestra doctrina y jurisprudencia defender la aplicación del plazo de prescripción de cuatro años del artículo 949 del Código de Comercio, tanto a la acción social como a la individual de responsabilidad, aunque no resulta claro cuál ha de ser el *dies ad quo*. También se analizan los efectos que pudiera producir tanto el hecho de presentarse la demanda sin acompañar el acuerdo de la Junta general, como que la demanda vaya acompañada de un acuerdo insuficiente de Junta, así como la posible intervención por parte de accionistas o acreedores de la sociedad en el procedimiento judicial una vez interpuesta la demanda. Finalmente, la autora dedica un epígrafe a los efectos derivados de la sentencia en el procedimiento instado por la sociedad, en particular el efecto de cosa juzgada y sus límites, haciendo un breve apunte sobre el ejercicio de la acción por la sociedad en Derecho italiano y alemán.

El cuarto capítulo trata el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la minoría. En un primer término, la autora aborda el concepto de minoría social, poniendo de manifiesto cómo en nuestro ordenamiento no existe un tratamiento unitario del mismo, por lo que propone una reforma en este sentido que conceda una solución adecuada en función del tipo de sociedad de que se trate. En segundo lugar, VILLANUEVA analiza las razones de lo que califica de «apatía» de la minoría para el ejercicio de la acción y qué ha de entenderse por el «5 por 100 del

capital social» al que el artículo 239 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye la facultad de ejercitar la acción de responsabilidad. Otras cuestiones abordadas en este capítulo son la posibilidad o no de alteración de los derechos de la minoría en este ámbito por vía estatutaria, la legitimación subsidiaria que la Ley atribuye a la minoría y los presupuestos de ésta; falta de convocatoria de la Junta general, falta de ejecución del acuerdo de la Junta general favorable al ejercicio de la acción en el plazo de un mes o acuerdo de la Junta general contrario al ejercicio de la acción y su prueba en el procedimiento. Asimismo, la autora diserta acerca del plazo que tiene la minoría para el ejercicio de la acción, defendiendo la aplicación por identidad de ratio del plazo de un mes previsto en la Ley para la sociedad, sobre las costas y su imposición y sobre los efectos de la sentencia que se dictare. Finalmente, VILLANUEVA analiza la «derivative action» del Derecho estadounidense, esto es, el derecho individual que se reconoce al accionista para litigar en defensa de la compañía persiguiendo la responsabilidad civil en que hubieran podido incurrir los administradores; así como las particularidades que el ejercicio de la acción de responsabilidad de los acreedores por la minoría presenta tanto en el Derecho italiano como en el Derecho alemán.

El capítulo quinto está dedicado al ejercicio de la acción social de responsabilidad por los acreedores y pone de manifiesto cómo, a pesar de las sucesivas reformas en este ámbito, el legislador no ha conseguido ninguna de sus dos principales objetivos: clarificar los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción y lograr que los acreedores tengan más interés en su ejercicio. Para ello, se analizan los presupuestos para el ejercicio de la acción por los acreedores y su legitimación, diversas cuestiones procesales que plantea el ejercicio de la acción, así como el ejercicio durante el concurso de la sociedad. Finalmente, la autora realiza una breve referencia a la regulación del ejercicio de la acción por los acreedores en el Derecho estadounidense, en el Derecho italiano y en el Derecho alemán.

El sexto y último capítulo tiene por objeto el estudio de la renuncia y transacción al ejercicio de la acción social de responsabilidad y contiene una breve referencia a la regulación de estas figuras en Derecho italiano y alemán. Se trata de una cuestión que plantea numerosas dudas interpretativas, en particular por lo que se refiere al plazo del que dispone la sociedad para adoptar el acuerdo de renuncia o transacción, a la posibilidad de que la Junta general adopte estos acuerdos en la misma reunión en que se acuerde la exigencia de responsabilidad y a su ejercicio por parte de los legitimados subsidiariamente.

La obra termina con unas conclusiones en las que la autora pone de manifiesto las principales deficiencias detectadas en nuestro sistema en materia de ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad anónima, apuntando posibles soluciones, algunas de ellas importadas de los derechos de nuestro entorno.

Por todo lo anterior, no hay duda de que estamos ante una herramienta extraordinariamente útil a la hora de estudiar el posible ejercicio de una acción social de responsabilidad frente a los acreedores, en la que la autora, lejos de limitarse a analizar profundamente todas las facetas de la misma, mantiene una visión crítica de su regulación en nuestro ordenamiento, propugnando soluciones y apuntando pautas que de seguirse redundarían sin duda en un mayor éxito en el ejercicio de este tipo de acciones.

*(Trabajo recibido el 15/12/2013
y aceptado para su publicación el 23/12/2013)*

