



Cuadernos de Derecho y Comercio **61**

**Consejo General
del Notariado**

**Junio
2014**



Cuadernos de Derecho y Comercio 61

Junio 2014
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

COMENTARIOS DOCTRINALES

El «equity crowdfunding» o financiación en masa de inversión: importancia, problemas y opciones en su regulación, por <i>Segismundo Álvarez Royo-Villanova</i>	13
La ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	59
La publicidad de carácter financiero: nuevas coordenadas, en el ordenamiento jurídico español, a propósito de la autorregulación, por <i>David López Jiménez</i>	107

PRÁCTICA JURÍDICA

El consumidor y las garantías, por <i>Leonardo Polo Ferrero</i>	153
---	-----

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

La recuperación del IVA soportado después de transcurrido el plazo para su compensación: novedades de la STS de 20 de septiembre del 2013, por <i>Enrique Sanz Sandoval</i>	167
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho societario

Sobre la innecesariedad de inscribir el nombramiento del cargo representativo para la inscripción de los actos realizados en el ejercicio del mismo (a propósito de la resolución de la DGRN de 28 de enero de 2014), por <i>Leticia Ballester Azpitarte</i>	183
--	-----

SUMARIO

La fecha del depósito y del certificado de depósito en la constitución de sociedades y el aumento de capital mediante aportaciones dinerarias. ¿Ilegalidad del artículo 189 RRM? (Comentario de la Resolución de 7 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado), por <i>Rafael Morales Gordillo</i>	197
--	-----

Derecho contractual

Usucapión de acciones y negocios fiduciarios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2013, por <i>José Gascuñana Villaseñor</i>	207
---	-----

Sentencia del Tribunal Supremo 534/2013, de 6 de septiembre de 2013. Acción para reclamar indemnizaciones al Consorcio de Compensación de Seguros. Prescripción y caducidad de acciones en el libro primero del código civil de Cataluña, por <i>Miguel Llorente Gonzalvo</i>	217
---	-----

Derecho concursal

La cancelación de cargas anteriores a la declaración de concurso, por <i>Cristina Valero Sanjuán</i>	257
--	-----

RECENSIÓN

«Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores», de Santiago Senent Martínez, por <i>José Francisco Velasco Pêche</i>	267
--	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL «EQUITY CROWDFUNDING» O FINANCIACIÓN EN MASA DE INVERSIÓN: IMPORTANCIA, PROBLEMAS Y OPCIONES EN SU REGULACIÓN

SEGISMUNDO ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Notario de Madrid

RESUMEN

El «equity crowdfunding» o financiación en masa de inversión es una alternativa de financiación para las empresas, especialmente interesante para las innovadoras. Se examina la regulación propuesta en España, criticando la exclusión de los inversores profesionales, la fijación de un límite de inversión muy bajo y único para todo tipo de inversores, la prohibición de tarificación por éxito y el régimen de responsabilidad de las plataformas; por otra parte se proponen mejoras en la información y en determinados derechos de los inversores. Por último se examinan las particularidades de estas empresas desde el punto de vista mercantil, proponiendo normas estatutarias que solucionen los especiales problemas que plantean.

Palabras clave: financiación en masa, financiación participativa, inversor, emprendedor, plataforma, regulación, anteproyecto.

EQUITY CROWDFUNDING: IMPORTANCE, PROBLEMS AND OPTIONS OF ITS REGULATION EQUITY

ABSTRACT

Equity crowdfunding is an alternative source of financing for companies, especially for innovative ones. The proposed regulation in Spain is examined, criticizing the exclusion of professional investors, the restrictive investment limitations, and the liability regime of the crowdfunding platforms; besides, some improvements in information and in rights of minority investors are suggested. Finally, the study proposes some adaptations of

company by-laws before the crowdfunding campaign, convenient for companies with many minority shareholders.

Keywords: crowdfunding, crowdfinancing, investor, entrepreneur, platform, regulation, preliminary draft.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LAS NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN. II.— «CROWDFUNDING» Y «EQUITY CROWDFUNDING»: SU IMPORTANCIA Y SUS PROBLEMAS. 1. Concepto y tipos de «crowdfunding». 2. Concepto y terminología del «equity crowdfunding» o inversión en masa. 3. El papel económico de la inversión en masa o «equity crowdfunding». 3.1. El papel en el gap financiero. 3.2. El papel de la financiación en masa en el éxito empresarial. 3.3. Las ventajas para el pequeño inversor. 3.4. Las ventajas de la inversión en masa para los inversores profesionales. 4. Los problemas específicos de la inversión en masa. III.— EL MARCO LEGAL DEL «EQUITY CROWDFUNDING» O FINANCIACIÓN EN MASA DE INVERSIÓN. 1. La regulación del «equity crowdfunding» en derecho comparado. 1.1. Estados Unidos. 1.2. Reino Unido. 1.3. Italia. 1.4. Francia. 2. La propuesta de regulación española. 2.1. El concepto de inversión en masa y ámbito de aplicación de la ley. 2.2. Los objetivos de la regulación. 2.3. La aplicación de las normas sobre el mercado de valores. 2.4. La remisión a otra normativa: blanqueo, servicios de pago, consumidores. 2.5. La normativa específica para la inversión en masa: el Anteproyecto. 2.5.1. Los requisitos y límites de la oferta de inversión. A) El tipo de título que adquiere el inversor. B) Límites cuantitativos y temporales del proyecto y la oferta. C) El límite de importe por inversor. 2.5.2. La regulación de las PFP. A) Actividades de las PFP. B) Los requisitos de la plataforma. C) Información que debe ofrecer la plataforma. a) Información sobre la plataforma. b) Información sobre los riesgos para el inversor. c) Información sobre el proyecto concreto. 3. Los problemas contractuales y societarios. 3.1. La naturaleza jurídica de la inversión: cuentas en participación, participación en el capital, instrumentos híbridos. 3.2. Las particularidades en el aspecto societario. A) La transmisión de participaciones. B) El poder en la sociedad: mayorías, acciones y participaciones sin voto. a) Las acciones o participaciones sin voto. b) Las mayorías cualificadas. C) Medidas antidilución. D) Acuerdos sobre los dividendos. E) La preparación de la venta de la sociedad (la salida o «exit»). a) El derecho de acompañamiento («Tag Along»). b) Derecho de arrastre («Drag Along»). F) Los problemas de prácticos de una sociedad con una multitud de accionistas. a) Convocatoria de Juntas. b) Comunicaciones con los socios. c) La celebración de las Juntas. d) La suscripción de los títulos por los socios y su formalización en escritura pública. IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DE LAS NUEVAS FORMAS DE FINANCIACIÓN

La actual situación económica hace más necesario que nunca buscar nuevas formas de financiación para las empresas y muy especialmente para las PYMES¹. En general, y al margen de la crisis, las pequeñas empresas tienen más dificultad para acceder al crédito bancario por la escasez de patrimonio que sirva de garantía, y por su tamaño tampoco pueden acudir a la emisión de acciones ni de bonos y obligaciones, como han hecho de forma muy activa las grandes durante la crisis².

Estas dificultades de las pequeñas empresas se acrecientan en el caso de empresas innovadoras, por el extraordinario riesgo que supone el desarrollo de productos, servicios o tecnología novedosos. Este riesgo se compensa para los promotores y socios de los proyectos porque, si tienen éxito, los beneficios que se obtienen en relación con lo invertido son extraordinariamente más altos que en empresas consolidadas. Pero para el acreedor el riesgo es el mismo y el beneficio ninguno, por lo que no tiene sentido prestar, salvo que se haga a unos intereses altísimos, que una empresa en sus inicios no va a poder pagar. Por tanto, hay que buscar instrumentos que no sean de pura deuda.

¹ Esto lo han puesto de relieve todos los estudios que en estos últimos años se han venido publicando sobre «crowdfunding», entre otros, los siguientes: *A framework for european crowdfunding*, de BUYSERE, GAJDA, KLEVERLAAN: 2012. *Crowdfunding potential for the developing world*. InfoDev: Banco Mundial, 2013. *Unleashing the potential of «crowdfunding» in the European union*, comunicación de la Comisión Europea al Parlamento. COM (2014) 172/2.

² Eso no quiere decir que no haya que hacer esfuerzos para que las empresas medianas puedan acceder a este tipo de financiación, como se ha realizado con el MAB o con el proyecto de emisiones de obligaciones por pequeñas empresas (el MARF o Mercado Alternativo de Renta Fija), pero hay que ser conscientes de que en todo caso serán pocas las empresas con dimensión suficiente para ello y que, como se ha demostrado en el pasado, es muy difícil conseguir el éxito de este tipo de mercados.

Además, en el caso de España, existe un raro consenso sobre la necesidad de cambiar nuestro modelo productivo, que pasa por la creación de empresas con proyectos innovadores, que son además las que tienen mayor potencial para crear empleo. En consecuencia, es esencial buscar alternativas a la financiación bancaria. En otros trabajos me he referido a algunas de estas alternativas, como el capital riesgo formal e informal (los llamados *business angels*)³, y al «crowdfunding» o financiación en masa, sistema este último sobre el que existe abundante literatura en el extranjero y muy escasa en nuestro país⁴.

En este trabajo me voy a limitar al examen del llamado «equity crowdfunding», es decir, aquel en el que el aportante pretende obtener un rendimiento de su inversión asociado a la marcha de la empresa en la que se invierte, por ser el que ha atraído más atención del legislador. Primero fue el JOBS Act de EEUU (Jumpstart Our Business Startups Act de 5 de abril de 2012), recientemente ha sido regulado en Reino Unido y en Italia, y tanto en Francia como en España existe una norma en una fase de elaboración.

La primera parte del trabajo persigue definir la financiación en masa de inversión y destacar su importancia en la financiación de nuevas empresas. En la segunda analizaré los problemas jurídicos que plantea este tipo de «crowdfunding» y las respuestas que a los mismos deben dar los propios actores del sistema (plataformas y promotores en especial) y el legislador, con especial atención a la propuesta de Anteproyecto de ley de fomento de financiación empresarial (en adelante, el Anteproyecto), cuyo título V se dedica a la regulación de este sistema de financiación.

II. «CROWDFUNDING» Y «EQUITY CROWDFUNDING»: SU IMPORTANCIA Y SUS PROBLEMAS

1. Concepto y tipos de «crowdfunding»

La financiación en masa se suele definir como el esfuerzo colectivo por muchos individuos que ponen en común sus recursos para apoyar un proyecto concreto iniciado por otras personas u organizaciones, normalmente con la ayuda de internet⁵.

³ ÁLVAREZ, S.: «Alternativas de financiación para las empresas: capital riesgo», *Business Angels, crowdfunding*. AAMN 2013. Financiación para empresas innovadoras: capital riesgo, *business angels, crowdfunding*. Diario *La Ley*, núm. 8033, Sección Tribuna, 28 feb. 2013, año XXXIV.

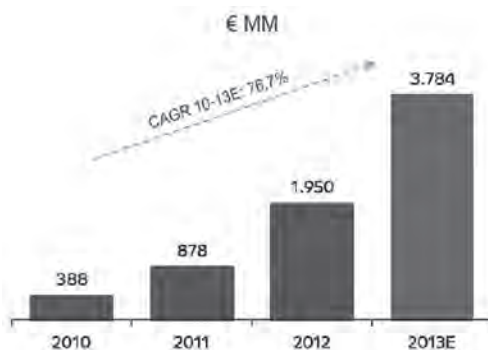
⁴ Al margen de las citadas en la nota anterior sólo conozco «Aproximación a la naturaleza jurídica del cf». GIMENO, M.: *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 291, enero-marzo, 2014.

⁵ En la Comunicación de la Comisión 2014-172/2 se define como «Una llamada abierta al público para obtener fondos para un proyecto específico. P. 1.

Naturalmente, esta agrupación de pequeños aportantes para la financiación de proyectos no es nada nuevo. De hecho, es una de las formas tradicionales de financiación de proyectos sin ánimo de lucro, y dentro de las mismas pueden encuadrarse las diversas modalidades de suscripción pública de siglos atrás.

Sin embargo, hay que reconocer que el impulso de este tipo de financiación —y su aplicación a sectores distintos de proyectos sin ánimo de lucro— se ha desarrollado a partir de la aparición de sitios *web* dedicados a poner en contacto a los promotores del proyecto (*founders*) con los financiadores (*funders*)⁶.

Hay que destacar el enorme crecimiento cuantitativo de la financiación a través de estas plataformas, como se observa en el cuadro que se reproduce⁷ a continuación:



Pero dentro de este concepto existen muy diversas iniciativas y medios, que se pueden clasificar en cuatro grandes grupos, aunque, como veremos, a veces los límites entre ellos no son claros:

- Contribuciones gratuitas o donaciones: se trata de una simple solicitud de donaciones a una multitud para la realización de un proyecto por una organización sin ánimo de lucro. En la actualidad, la mayoría de las *webs* de financiación en masa tienen una parte dedicada a proyectos sociales y algunas de ellas se dedican en exclusiva a proyectos benéficos.

- Contribuciones con recompensa o entrega de un bien o servicio. Esta es una categoría importante y en gran crecimiento, pero la variedad de sus objetivos y de

⁶ Nada mejor para familiarizarse con este mundo que consultar algunas de las principales plataformas, siendo algunas de las más famosas *kickstarter*, *indiegogo* o *verkami*, para proyectos culturales, muy activa en España.

⁷ <http://www.crowdsourcing.org/editorial/crowdfunding-market-grew-81-in-2012-finds-mas-solution-industry-report/25049>.

la naturaleza de la llamada recompensa es enorme. Puede consistir en aportar una cantidad para crear una nueva versión de un videojuego, siendo la contraprestación la descarga de un videojuego. O financiar la gira de un grupo de música, obteniendo una entrada (o un pase VIP, o una pegatina según las contribuciones). O puede ser para la producción industrial de un producto que se entregue una vez culminado el proceso productivo.

En realidad, debería distinguirse dentro de este grupo las recompensas sin verdadero contenido económico (aparecer en los créditos, una llamada de agradecimiento) y los de entrega de un producto. Sin embargo, la realidad es que en muchos casos el mismo proyecto combina la mera entrega (que puede ser virtual, como la descarga de un programa o canción) con la posibilidad de una aportación mayor con otro reconocimiento (que el disco venga firmado, reconocimiento en los créditos de la película...). Esto hace complicado determinar la naturaleza jurídica de este tipo de operaciones, lo que he tratado en anteriores trabajos y ha sido también objeto de examen recientemente en España⁸. Entiendo que no es posible establecer una naturaleza jurídica general para todos los proyectos y que dependerá del proyecto concreto. Pero lo que está claro es que no nos podemos guiar sólo por la frecuente denominación de donación a la aportación y de recompensa para la contraprestación. En la mayoría de los casos se trata de un contrato con causa claramente onerosa: aunque las motivaciones de los aportantes, además de la obtención del objeto, puedan tener una finalidad de colaboración; esto, a mi juicio, no es equivalente al ánimo de liberalidad.

- **Inversión o «equity crowdfunding»:** en este caso se aporta financiación no para la entrega de un producto concreto, sino para el desarrollo de una empresa, en la que el financiador actúa no como destinatario de su producto, sino como verdadero inversor, con derecho a participar en los beneficios de la empresa. Esto no significa que sea siempre en condición de accionista, como veremos. La

⁸ GIMENO, Manuel: *Revista de Derecho Mercantil* 291. Enero-marzo, 2014. Págs. 451-489. Aunque este trabajo se limita al estudio del «crowdfunding» de inversión, no puedo dejar de hacer una breve referencia a esta cuestión. En el trabajo citado el autor entiende que este tipo de aportaciones tiene una naturaleza de donación modal y en determinados casos de donación mixta. Entiende que la causa del negocio es el ánimo de liberalidad, pág. 459, aunque el único argumento parece ser la falta de «verdadera correspondencia» entre lo aportado y el objeto entregado. Yo, en cambio, creo que existe una clara diferencia, según lo que se vaya a recibir a cambio. En el caso en que la «recompensa» tenga un mero carácter simbólico (agradecimiento, reconocimiento), nos encontramos sin duda ante una donación modal, consistiendo el modo en la obligación de destinar el importe de la misma a un proyecto determinado. Sin embargo, cuando la recompensa es un producto material o inmaterial (libro, canción, entrada a un espectáculo, etc.), se trata de un contrato oneroso, en el que no existe un ánimo de liberalidad. Una cosa es que el ánimo de colaboración en la producción de ese producto sea una motivación del aportante y otra muy distinta que eso suponga un ánimo de liberalidad. Por poner un ejemplo gráfico, es como decir que las compras que se realizan en tiendas o mercadillos llamados solidarios, de productos de comercio justo, no son compraventas, sino donaciones recíprocas.

Comunicación de la Comisión de 2014 habla de la categoría de «profit sharing schemes», es decir, sistemas que permiten la participación en beneficios, que distingue de «securities based crowdfunding», incluyendo esta última tanto la emisión de participaciones o acciones como la de deuda, dado el amplio concepto de «security» que maneja el derecho anglosajón.

- **Préstamo («crowdlending»):** a través de la plataforma se presta a una persona o compañía, que repaga la deuda directamente, con o sin interés. Algunos autores entienden que este tipo de préstamos no constituyen «crowdfunding» en sentido estricto⁹. Entiendo que en el caso de que el préstamo consista en una relación bilateral única, es decir, que la plataforma ponga en contacto simplemente a prestamista y prestatario individuales, no estaríamos ante un supuesto de «crowdfunding». Sin embargo, el examen de las diversas páginas de «crowdlending» existentes revela que el mecanismo en general supone la financiación de un préstamo por una pluralidad de prestamistas, y en algunos casos la verdadera intermediación financiera de la plataforma que hace que el préstamo no sea en realidad un préstamo de persona a persona (*peer to peer lending*)¹⁰. En cualquier caso, es cierto que la problemática de estas plataformas es muy distinta de las de inversión que vamos a examinar, lo que hace muy dudoso que se tenga que regular de la misma manera, como hace el actual proyecto de ley español¹¹.

Cada una de ellas tiene un extraordinario interés. La financiación en masa benéfica es actualmente la más importante por importe, ya que representa el 50 por 100 del total: la variedad de los proyectos es enorme y tienen el atractivo de poder crear comunidades comprometidas con un proyecto, a las que se mantiene informadas del progreso del mismo. El «crowdlending» ha tenido un enorme crecimiento, tanto en su función como microcrédito sin interés como forma de desintermediación financiera. A mi juicio, la parte más estimulante del sector y la que más probabilidades tiene de permanecer en el futuro es la financiación participativa de recompensa: su capacidad para ilusionar con nuevos proyectos y su especial adaptación a la financiación de proyectos culturales hace que ya sea una parte imprescindible del sistema económico.

El limitar mi examen al «equity crowdfunding», aparte del espacio, tiene tres razones. Primero supone una aportación de capital para empresas innovadoras, necesidad acuciante en España. En segundo lugar es actualmente el de mayor crecimiento.

⁹ GIMENO: pág. 466. Citando en el mismo sentido a BURKETT, E.: «A crowdfunding exemption». En contra, BRADFORD, y el estudio de Infodev.

¹⁰ Tanto en la Comunicación de la Comisión 2014-172/2, como en la regulación de la FCA, se considera sin duda como una modalidad del «crowdfunding».

¹¹ En el derecho comparado sólo la regulación de la FCA de Reino Unido regula ambos sistemas, si bien con reglas muy diferenciadas: establece mayores requisitos de capitalización a las PFP de préstamo, pero que se considera la inversión en las mismas de menor riesgo para el inversor y, por tanto, se somete a menores limitaciones.

to (un 300 por 100 en 2012), y además es el que plantea los problemas jurídicos más importantes, como revela la atención de los legisladores de nuestro entorno.

2. Concepto y terminología del «equity crowdfunding» o inversión en masa

El objeto de este estudio es el análisis de la financiación de empresas a través de plataformas *web* con la finalidad por parte del inversor de participar en los beneficios de las mismas, lo que se denomina en inglés «equity crowdfunding» o simplemente «crowdinvesting».

Para tratar de optar por una denominación del sistema en español debemos comenzar con la traducción del término genérico de «crowdfunding». La traducción más propia podría ser financiación por la multitud, pero se ha utilizado más bien —quizá por la brevedad— el término financiación en masa o multifinanciación. La regulación italiana utiliza directamente el término inglés, mientras que el Anteproyecto, quizá siguiendo la propuesta francesa, habla de financiación participativa, haciendo explícita esa traducción en la Exposición de Motivos. Entiendo que el término «participativo» no es muy expresivo de las particularidades de este tipo de financiación. En el mundo jurídico, el término participativo aparece como adjetivo a los préstamos para indicar una situación intermedia de éstos entre la deuda y el capital. En general, «participación» parece indicar participación en el capital (participaciones sociales), lo cual no es el caso en todos los tipos de «crowdfunding», y no anuncia la existencia de una pluralidad de personas implicadas en esa financiación. Además, la expresión financiación participativa está muy alejada de la traducción del término inglés de uso más frecuente. Por estas razones entiendo que es más descriptiva la expresión financiación en masa, que es la que utilizaré.

En cuanto al término apropiado para el «equity crowdfunding» o simplemente «crowd investing», se podría traducir como financiación en masa de capital¹², pero en realidad «equity» no significa como capital, sino fondos propios. Parecería por tanto más acertada la traducción como inversión, tal y como hace la normativa del Reino Unido («investment based crowdfunding»), distinguiéndolo del «loan based», que sería la financiación a través de préstamos. Por tanto, podríamos hablar de financiación en masa de inversión, pero utilizaré el término inversión en masa por ser más breve y más cercano a «crowdinvesting», si bien a las plataformas que se dediquen a esta actividad las denominaré Plataformas de Financiación Participativa (en adelante, PFP o PFPs), como hace la ley. Hay que destacar que ésta engloba dentro del concepto de inversión tanto a los préstamos como la inversión propiamente dicha. Entiendo que el prestamista tiene unas expectativas y unos problemas distintos del que se implica en la marcha y beneficios de la empresa, que es al que hay que reservar el término de inversor.

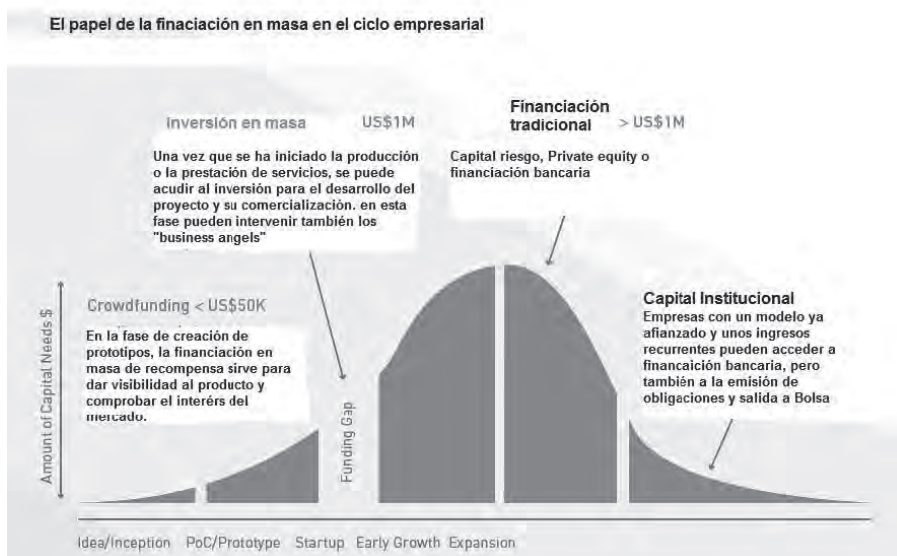
¹² Así lo hace Gimeno, M. Ob. Cit. Pág. 476

3. El papel económico de la inversión en masa o «equity crowdfunding»

3.1. El papel en el «gap» financiero

En la introducción hemos visto cómo la financiación bancaria, y en general la financiación a través de recursos ajenos, no es en absoluto apropiada para los proyectos innovadores. La inversión en masa como forma de financiación a través de recursos propios resulta apropiada para este tipo de proyectos y además cubre unas necesidades no cubiertas por otro tipo de financiadores (el llamado hueco o «gap» financiero). Las empresas suelen empezar con el dinero de lo que los anglosajones engloban bajo las tres efes («*friends, family and fools*»). En la curva de financiación de una empresa, este reducido grupo de familia, amigos y entusiastas (o locos, en una traducción más literal y menos benévola), llega hasta un determinado punto, más allá del cual sólo se puede acudir, como financiadores de capital, al capital riesgo, o a los *business angels*.

Sin embargo, el capital riesgo se ha ido alejando de los proyectos pequeños y del capital semilla, y el que queda en este sector suele dedicarse a proyectos de cierta importancia¹³. Aunque los *business angels* han ido ocupando parte de ese espacio, sigue existiendo en esa fase un agujero o «gap» de financiación, como se ve en este gráfico del estudio del Banco Mundial (Infodev).



¹³ ÁLVAREZ, S.: Capital riesgo, private equity y LBOs: crisis financiera y necesidad de un cambio de modelo. *Revista del Mercado de Valores*. Núm. 13. 2013.

El mismo informe señala que mientras para proyectos sociales, generalmente más pequeños, el «crowdfunding» de donaciones resulta apropiado, el agujero de financiación para empresas, que se encuentra entre 50.000 euros y un millón de euros, podría ser cubierto por la inversión en masa que concurriría en ese espacio junto a los *business angels*, complementando a la misma de las siguientes formas:

- Aportando dinero de pequeños ahorradores que en la actualidad no participan directamente en proyectos empresariales. Como veremos más adelante, es importante saber que estos proyectos no se financian sólo por microinversores, pero eso no quiere decir que no tenga importancia su participación.
- Financiación para proyectos de tamaño más pequeño: los *business angels* limitan su número de inversiones porque parte de su contribución —y de su interés como tales— es la participación activa en la inversión, normalmente a través de un asesoramiento y vigilancia del mismo. Por tanto, los proyectos de tamaño muy pequeño difícilmente les van a interesar. Esto no supone en absoluto un problema para la inversión en masa, en la que las inversiones medias son muy pequeñas y no conllevan ese tipo de implicación.
- Financiación para proyectos con intereses especiales: Las motivaciones en el «crowdfunding» no son sólo el retorno económico: la pertenencia a una comunidad, los intereses de tipo social y otros son importantes para los financiadores. En la financiación de capital esto también es así, y el informe de infoDev destaca el papel de las comunidades con un origen cultural determinado (las llamadas diásporas o comunidades de inmigrantes de un origen común). Las motivaciones de los individuos serán también más variadas que las de los *business angels*, que suelen limitarse a los sectores en los que han hecho su fortuna. Así, proyectos empresariales, pero con un factor social implícito o que impliquen mejoras de tipo medioambiental, pueden tener más facilidad para obtener financiación que por los sistemas tradicionales. Además, aunque los proyectos culturales han acudido normalmente al procedimiento de recompensa, el sistema de participación en beneficios también puede ser atractivo para los interesados en este mundo¹⁴.
- Mayor dispersión geográfica de inversores: El hecho de que el contacto no sea directo entre financiador y emprendedor, como suele ser el caso

¹⁴ ROTHLER, Carsten: «Crowdfunding schemes in Europe». EENC, report. Septiembre, 2011. En este informe se explica cómo, sin embargo, en algunas plataformas (*slicethepie*, *sonicangel*) el financiador se convierte en verdadero productor que participa en las ganancias obtenidas por el álbum producido.

del capital riesgo informal, hace que los emprendedores situados lejos de los centros urbanos tengan posibilidades de financiación (pensemos en las ventajas de reducción de costes que esto implica). En los casos en que la proximidad física es importante, también podrán acceder proyectos situados en lugares no centrales, apelando a la comunidad más cercana.

3.2. *El papel de la financiación en masa en el éxito empresarial*

Podría parecer que, a diferencia de los *business angels*, que además del capital aportan intangibles valiosos como asesoramiento, contactos y prestigio, poco podría aportar una masa informe y heterogénea de pequeños o minúsculos inversores.

Sin embargo, la multitud también puede aportar un importante valor añadido. Existen varios estudios sobre la sabiduría de las masas¹⁵, cuya conclusión es que, aunque la decisión de un aportante no sea excesivamente valiosa, la suma de muchos juicios de diversas personas interesadas por un determinado producto puede ser igual o más acertada que la de varios expertos. Esto no debe extrañarnos, pues no deja de recordar a la eficiencia del mercado: la suma de decisiones individuales que supone el mercado se reveló mucho más eficiente que la más concienzuda planificación quinquenal¹⁶.

La campaña de «crowdfunding», por tanto, puede servir como validación del proyecto para los promotores, que antes de lanzar el proyecto han de exponerlo y ver si suscita suficiente interés. El propio sistema de plataforma *web* en realidad supone la participación de un experto en el proceso de lanzamiento del proyecto, pues las PFPs establecen unos criterios para poder acceder a la plataforma y realizan un proceso de selección de los proyectos¹⁷. Este primer filtro impone a los promotores la preparación de un plan de negocio y tomar conciencia de las complejidades financieras y jurídicas que implica buscar y obtener financiación y, por tanto, constituye ya un proceso de aprendizaje para ellos. En la mayoría de las plataformas se permite a los potenciales inversores hacer preguntas y se publican éstas y las respuestas, lo que constituye una especie de «crowd-due diligence».

Finalmente, la publicación del proyecto, su explicación y la creación de una comunidad alrededor de ella es ya una operación de *marketing*, que si es seguida

¹⁵ *The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations*. James Surowiecki.

¹⁶ En este sentido, el citado informe Infodev, 2014, pág. 26.

¹⁷ Según los datos de Crowdcube, se seleccionan aproximadamente un 20/25 por 100 de los proyectos que les presentan, y de éstos a su vez consiguen la financiación solicitada un 25 por 100 de los presentados.

en el tiempo permite la promoción de la producción de la empresa a través del boca a boca —que en realidad hoy será más bien el *twitter* a *twitter*.

3.3. *Las ventajas para el pequeño inversor*

La inversión en masa se puede considerar como una forma de desintermediación: normalmente, el pequeño ahorrador sólo puede invertir en empresas no cotizadas a través de fondos de capital riesgo, poco adaptados a pequeños inversores, o de fondos de inversión que su vez inviertan un parte de su patrimonio en fondos de capital riesgo (con dos o tres niveles de intermediarios, por tanto). El sistema de «crowdfunding» les da la posibilidad de participar directamente en la empresa que ellos mismos seleccionan con un coste de transacción más. Al ser las inversiones de pequeño importe, además, pueden diversificar su inversión, al no estar, como los «business angels», obligados a un seguimiento individualizado. En un momento de bajísimos tipos de interés y de máximos en el beneficio empresarial respecto de los salarios, podía ser una solución para mejorar los rendimientos de los ahorradores medianos, que al mismo tiempo adquirirían una formación financiera.

Sin embargo, a mi juicio, esta es una visión excesivamente optimista. El hecho que alrededor del 80 por 100 de los nuevos proyectos fracasen supone un nivel de riesgo inadecuado para el ahorrador ordinario, que difícilmente va a poder diversificar sus inversiones lo suficiente como para reducirlo. Además será difícil que tenga suficiente información como para elegir el proyecto con más posibilidades de ser exitoso, salvo que tenga un conocimiento especial del sector por su profesión, o del gestor por conocimiento directo. En este sentido me parece especialmente reveladora la opinión del organismo regulador británico, que dice: «creemos que debería estar orientada a inversores sofisticados que saben cómo valorar una *startup*, comprenden los riesgos que implica y que pueden perder todo su dinero»¹⁸.

En consecuencia, más que una nueva forma de inversión para el ahorrador ordinario, la inversión en masa debería considerarse como una manera de extender los grupos que tradicionalmente han financiado las empresas. Por una parte, el círculo social de los promotores (amigos, familia), que pueden completar la falta de formación empresarial con el conocimiento directo de la valía del promotor. Las redes sociales y las comunidades a las que pertenecen éstos pueden permitir ampliar este círculo a los círculos de las redes de cada uno de los que tienen relación directa. Por otra, van a servir de instrumento a los propios «business angels» para seleccionar inversiones, como se estudia en el punto siguiente.

¹⁸ SCHWIENBACHER, ARMIN & LARRALDE, B.: *Crowdfunding Of Small Entrepreneurial Ventures* entienden que el sistema se adapta mejor a empresas no muy grandes y a grupos de socios más bien reducidos.

3.4. *Las ventajas de la inversión en masa para los inversores profesionales*

El «crowdfunding» de recompensa funciona casi siempre con muy pequeñas contribuciones (la media puede ser de unos 50 euros), y podría pensarse que la inversión en masa va a dirigirse siempre a microinversores no profesionales. Esto es lo que parece entender nuestro anteproyecto, como veremos más adelante, pero la realidad demuestra lo contrario. Si examinamos la información que estas nos ofrecen la PFPs en funcionamiento sobre inversiones pasadas, vemos que a menudo las inversiones de entre una y tres personas cubren una parte muy importante de la financiación y que las inversiones superiores a 3.000 euros representan casi el 80 por 100 de los importes financiados. Lo que esto revela es que los inversores profesionales encuentran sinergias en trabajar a través de estas plataformas. En primer lugar porque la inversión en masa no sólo sirve de validación para el promotor, sino también para inversores: el informe de Infodev refiere que una red de «business angels» de Chicago, por ejemplo, está creando su propio portal de inversión en masa para evaluar el potencial de los proyectos que se les someten y que algunas plataformas están ya estableciendo sistemas de cofinanciación entre inversores especializados y la masa (lo que sin duda plantea problemas de conflicto de intereses que tienen que estar bien resueltos y que, como veremos, el anteproyecto contempla).

Por otra parte, las sinergias entre los modos de financiación no se limitan a la fase de la oferta, pues una empresa que ha conseguido financiar y desarrollar un proyecto por este medio tiene mucho ganado para la entrada de otro inversor, como puede ser un «business angels» o una Entidad de Capital Riesgo. Se ha sugerido también la utilización de este tipo de aval del mercado como criterio para obtener financiación pública, por ejemplo, para proyectos culturales.

3.5. *Los problemas específicos de la inversión en masa*

Si este tipo de «crowdfunding» ofrece ventajas y nuevas posibilidades, también plantea algunos problemas propios.

El primero de ellos es la protección del inversor. Como se dijo al principio, las dificultades para obtener financiación de los proyectos innovadores derivan del importante riesgo de fracaso que tienen. Aunque el fracaso debe entenderse como algo normal en el mundo empresarial, hay que intentar evitar que ese riesgo se traslade a multitud de inversores no cualificados que crean que van a aumentar de esta forma los rendimientos de sus ahorros. La normativa del mercado de valores justamente trata de evitar que los ahorradores inviertan en productos no adecuados para ellos, y por ello estas operaciones pueden estar sujetas a su regulación.

El equivalente de la Exposición de Motivos de la norma británica (las «Regulatory Considerations») señalan los siguientes riesgos típicos de la inversión en masa:

- El alto riesgo de fracaso de las sociedades de nueva creación: señala que alrededor de un 70 por 100 de las sociedades fracasan dentro de los cinco primeros años sin dar nunca beneficios.
- Los riesgos específicos de las participaciones minoritarias en sociedades: iliquidez, falta de dividendos, posibilidad de dilución, falta de capacidad de influir en las decisiones de la sociedad.
- El conflicto de intereses entre la plataforma y el inversor: el regulado observa que la remuneración se suele establecer en función de la financiación, por lo que la plataforma puede estar tentada de minimizar los riesgos para favorecer la inversión.
- El asesoramiento financiero no autorizado: las PFP no deben dar consejos de inversión, pues en ese caso deberían someterse a las reglas de empresas de servicios de asesoramiento financiero.

Éstos, y algunos más que aparecerán, son los riesgos que pretenden evitar las diversas regulaciones. Haré un breve examen de las principales medidas adoptadas en los países de nuestro entorno, para detenerme en el encaje de esta figura dentro de nuestra normativa vigente, y en la propuesta de anteproyecto de ley de apoyo a la financiación empresarial que ha salido del Ministerio de Economía (en adelante, el Anteproyecto).

Posteriormente examinaré las cuestiones más propiamente mercantiles. En primer lugar hay que definir el contrato que se va a establecer entre promotor y aportante, que no siempre ha de ser de sociedad. En segundo lugar se deben examinar los problemas societarios que plantea la existencia de una multitud de socios y sus formas de solución.

III. EL MARCO LEGAL DEL «EQUITY CROWDFUNDING» O LA FINANCIACIÓN EN MASA DE INVERSIÓN

1. La regulación del «equity crowdfunding» en derecho comparado

1.1. Estados Unidos

La regulación del mercado de valores considera que un activo financiero o «security» es todo contrato en el que se entregue dinero para un proyecto empre-

sarial con una expectativa de beneficios derivados exclusivamente de la actividad de los promotores o de terceros¹⁹, estando toda oferta de «securities» sujeta a la regulación del mercado de valores. Por tanto, toda campaña de «equity crowdfunding» había de considerarse oferta de activos y debía cumplir los exigentes requisitos del organismo regulador del mercado de valores (la «Securities and Exchange Commission» o SEC), en particular el registro de la oferta en la misma, y la creación del «prospectus» o folleto informativo, lo que impedía de hecho el funcionamiento de estas plataformas.

El Jumpstart Our Business Start-ups Act (conocido como JOBS Act) pretende hacerlo posible, pero no supone ni mucho menos una total liberalización de las ofertas: las somete a unas obligaciones simplificadas siempre que no se superen unos límites de inversión total en la empresa y de inversión individual en función de los ingresos del participante. En concreto, los límites máximos de inversión por inversor establecidos por la JOBS es el importe superior de entre 2.000 \$ o un 5 por 100 de la retribución anual o del patrimonio neto del inversor, siempre que la retribución anual y/o el patrimonio neto fueran inferiores a 100.000 \$. Y si ambos fuesen superiores a esa cantidad, un 10 por 100 de la retribución anual o del patrimonio neto del inversor, con un máximo en todo caso de 100.000 \$ por inversor y año.

Además establece el requisito de que intervenga un intermediario financiero o que la plataforma se inscriba en un registro especial controlado por la SEC, e impone además una serie de obligaciones de información sobre el proyecto y la naturaleza y riesgo de los activos financieros ofrecidos.

1.2. Reino Unido

En este país ha sido el organismo regulador de los mercados de valores, la Financial Conduct Authority (FCA), la que ha regulado la cuestión tras una fase de consulta pública.

Se establece la necesidad de la inscripción de las plataformas de financiación colectiva en la FCA, y se les concede una exención de determinados requisitos de la oferta de inversión.

La idea general del regulador es que las participaciones en *startups* son activos no fácilmente realizables, por lo que se deben ofrecer a inversores sofisticados y sólo con restricciones a los inversores minoristas. Por ello distingue entre:

- **Inversores de alta retribución** («*high net worth investor*»): aquellos con una renta anual superior a 100.000 libras o con un patrimonio de inversión

¹⁹ Estos son los elementos del llamado Howey test, que deriva de la sentencia SEC v. Howey.

de más de 250.000 libras (se excluyen de este patrimonio la vivienda habitual, planes de pensiones y derechos de ciertos tipos de contratos de seguros).

- Inversores certificados o autocertificados como «**inversores sofisticados**» (*«certified or self-certified as a sophisticated investor»*), que son aquellos:
 - que sean certificados como tales por estar clasificados por una entidad autorizada por la FCA (pudiendo ser una Plataforma de Financiación Colectiva registrada por la FCA) por ser inversores que conozcan los riesgos asociados a la inversión y hubieran suscrito un certificado aceptando expresamente la recepción de promociones financieras y los riesgos inherentes a invertir;
 - que se autoclasifiquen como sofisticados y hubieran suscrito un certificado aceptando expresamente la recepción de promociones financieras y los riesgos inherentes a invertir y, además, cumplieran con uno de los siguientes requisitos:
 - a) ser miembro de una red de «business angels» al menos en los seis meses anteriores;
 - b) haber hecho más de una inversión en una sociedad no cotizada en los últimos dos años;
 - c) estar trabajando o haber trabajado en los últimos dos años como profesional del sector «private equity» o de asesoramiento financiero para pequeñas y medianas empresas;
 - d) ser o haber sido en los últimos dos años consejero de una sociedad con facturación anual de al menos un millón de libras.
- **Inversores minoristas**, dentro de los cuales existen dos tipos:
 - a) Los inversores asesorados (*«advised investor»*), que han de invertir a través de un asesor financiero, que por tanto será el responsable de evaluar el nivel de riesgo del inversor.
 - b) Los inversores sujetos a restricciones (*«restricted investor»*), que tienen que declarar no invertir más de un 10 por 100 de su patrimonio de inversión (excluyendo vivienda, etc.) en valores de este tipo.

Como consecuencia de ello, la propia Plataforma de Financiación Colectiva británica deberá distinguir, durante el proceso de registro en la página *web*, cuál

es el nivel de sofisticación individualizada y concreta de los potenciales inversores registrados en la misma y realizar un test para asegurarse de que el inversor conoce los riesgos que implica este tipo de inversión.

1.3. Italia

La normativa italiana procede también del órgano regulador del mercado de valores (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, CONSOB). Establece, de manera semejante a la británica, una regulación especial para el caso de las ofertas de acciones a través de las PFP, y obliga también a la inscripción de éstas en un registro especial de la CONSOB, cumpliendo una serie de requisitos de honorabilidad y profesionalidad de los gestores. Las PFP están sujetas a unas obligaciones de información relativas a su gestión, criterios de selección de proyectos, costes, medidas antifraude, estadísticas de los proyectos, entre otras.

Se establece además la obligación de informar sobre el riesgo de perder el capital, el de iliquidez, la prohibición de reparto de dividendos y el régimen especial de estas *startups* (con sus especialidades de limitación de distribución de dividendos y otras de la ley 221/2012). Otorga un derecho de rescisión por parte del inversor dentro de los siete días siguientes a la adhesión a la oferta y establece un modelo oficial de test para comprobar que el inversor comprende los riesgos de la operación, y que manifiesta que está en condiciones de soportar la pérdida total de la inversión.

Las inversiones se deben hacer a través de un banco o empresa de inversión (que está obligadas a realizar el test MIFID a los clientes), salvo que la inversión sea inferior a determinados límites (1.000 euros anuales para personas físicas o 10.000 para personas jurídicas). El límite máximo del proyecto es de 5 millones de euros, la inversión ha de consistir en la adquisición de acciones o participaciones sociales, y al menos un 5 por 100 de la inversión ha de ser realizada por un inversor profesional. Además se establece la obligación de que los estatutos de la sociedad promotora reconozcan a los socios minoritarios un derecho de acompañamiento («tag along») en el caso de cambio de control en la sociedad.

La particularidad de la regulación italiana —y en mi opinión su gran defecto— es que limita el sistema a la financiación de las *startup* innovadoras, sujetas éstas a unos requisitos muy restrictivos (antigüedad inferior a dos años, reducida dimensión, no distribución de dividendos durante cuatro años, dedicadas a productos o servicios innovadores, y reunir además unos requisitos relacionados con el I + D). Para ofertar la inversión tienen además que estar inscritas en una sección especial del Registro Mercantil y realizar la oferta a través del modelo oficial al efecto.

1.4. Francia

La normativa crea la figura de consejero de inversiones participativas, que es un estatuto jurídico especial al que se van a someter las PFP, a las que se permite que puedan constituirse en gestores de servicios de pago con unos requisitos aligerados respecto de la regulación general.

También se establece una regulación especial para la oferta de activos financieros por las PFP, limitándose el importe de cada proyecto a 300.000 euros.

En cuanto a la protección del inversor, se establece que la oferta sólo se pueda dirigir a inversores cualificados o a un círculo restringido de inversores, y la información que ha de ser suministrada sobre el proyecto, derechos del inversor, previsiones para asegurar la liquidez de los títulos, en su caso, forma de remisión de los títulos y descripción de los riesgos de la actividad.

Se exige que el acceso sólo sea posible previo registro del inversor en la plataforma.

2. La propuesta de regulación española

2.1. El concepto de inversión en masa y ámbito de aplicación de la ley

La Exposición de Motivos señala que se limita a la regulación de las modalidades de financiación en masa en «las que prime el componente financiero o, dicho de otro modo, en las que el inversor espera recibir una remuneración por su participación, dejando por tanto fuera del ámbito de esta norma el «crowdfunding» basado en compraventas y donaciones». No explica por qué se limita a regular éstas, aunque de los párrafos siguientes se deduce que es porque considera que este tipo de operaciones son las que implican un mayor riesgo para los participantes.

De los artículos 42 a 45 del Anteproyecto resulta que los elementos personales son la Plataforma de Inversión Participativa, el promotor y el inversor y los elementos reales son la inversión y el proyecto. Pero la ley toma unas opciones discutibles en la denominación y conceptos de éstos.

En cuanto a la denominación, no parece muy adecuado englobar bajo el término inversor al prestamista y al verdadero inversor. Esto puede parecer inocuo, pero lo cierto es que los intereses y los riesgos son distintos y sería deseable que se diferenciara los dos tipos de actuación en el nombre y el régimen. La FCA, por ejemplo, señala que el riesgo es mayor en las inversiones en capital porque depende del éxito a medio o largo plazo de la empresa,

siendo por tanto elevado el riesgo de pérdida total de la inversión. Por otra parte, el tipo de inversor es también distinto, pues mientras que en la inversión en masa el papel del inversor profesional es muy importante, el «crowdlending» está más orientado al pequeño ahorrador que quiere obtener algo más de interés.

Pero, sin duda, el problema más grave es que los inversores hayan de ser «no profesionales» (arts. 42 y 43), sin que la Exposición de Motivos explique por qué. Ya se ha visto antes que en la práctica de las PFP actualmente en funcionamiento, lo normal es la participación relevante de inversores profesionales. En la legislación italiana se convierte incluso en requisito imprescindible que el 5 por 100 de la financiación sea suscrita por un inversor profesional. También la FCA británica dice que el objetivo del «equity crowdfunding» ha de ser inversores profesionales o acreditados y sólo con ciertas restricciones inversores no cualificados. Desde el punto de vista práctico y a la luz de la información que publican dos de las plataformas más importantes en Europa (Crowdcube y Fundedbyme), excluir a los inversores profesionales puede suponer impedir que lleguen a los promotores el 80 por 100 de los fondos que normalmente se invierten, o dicho de otro modo, significa condenar el desarrollo del sector en nuestro país, justo lo contrario de lo que se pretende.

También resulta poco afortunada la definición del proyecto (art. 43.c) de tipo «empresarial o personal». La referencia al proyecto personal puede entenderse limitada a los supuestos de plataformas de préstamos en los que la finalidad del préstamo a una persona física puede ser cualquier necesidad de la misma (refoma de casa, compra de un coche, etc.). Creo que lo lógico sería distinguir entre esos dos tipos de proyectos y limitar la inversión a proyectos de tipo empresarial, pues los proyectos personales, sociales, o de otro tipo no se deben financiar a través de PFP de inversión.

En cuanto a la inversión, veremos que el problema no es conceptual sino de limitación del importe de las mismas.

2.2. *Los objetivos de la regulación*

La Comunicación de la Comisión de 2014 señala que las PFP podrían entrar en el campo de aplicación de las siguientes Directivas: la directiva 2003/71, sobre folletos informativos en ofertas de valores; la 2007/64, sobre servicios de pago; la 2013/39, sobre mercados e instrumentos financieros; la 2013/3, sobre el acceso a la actividad de entidades financieras; la 2011/61, sobre gestores de inversiones alternativas y la 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros y también la regulación sobre requisitos de capitalización de entidades de inversión. Nuestro legislador, sin embargo, sólo entiende que hay que retocar

ligeramente la normativa reguladora de emisión de valores para permitir esa actividad. Expresamente en el artículo 48 señala que se aplicará sin especialidades el resto de normativa y en particular aquella de protección del consumidor, blanqueo de capitales y protección de datos.

Lo que hace es, por un lado, clarificar la normativa aplicable para flexibilizar los requisitos de las ofertas públicas y matizar la definición de captación de fondos para excluir de los requisitos de la Ley del Mercado de Valores a las PFPs. Y por otro, reforzar la protección de estos inversores a través de varios mecanismos: estableciendo requisitos para las PFP, y límites al volumen de cada proyecto y a la cantidad que pueden invertir los inversores.

Vamos a examinar la regulación propuesta, empezando por el examen de cómo incide sobre esta actividad la normativa del mercado de valores, y viendo después la regulación específica de las PFP y de la inversión a través de las mismas.

2.3. La aplicación de las normas sobre el mercado de valores

En la directiva 2003/71 citada se establece la necesidad de realización de un folleto en el caso de solicitud de inversión por encima de cinco millones de euros. Nuestra LEY DE MERCADO DE VALORES establece en su artículo 25 la libertad de emisión de valores, sin necesidad de autorización administrativa previa, y también que para la colocación de emisiones podrá recurrirse a cualquier técnica adecuada a elección del emisor. Además, el artículo 30 bis.1 establece que no tendrán la consideración de oferta pública, ni por tanto están sometidas a la obligación de publicación de folleto con arreglo a las normas de la LEY DE MERCADO DE VALORES: «a) Una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados. b) Una oferta de valores dirigida a menos de 150 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados. c) Una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada. d) Una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea al menos 100.000 euros. e) Una oferta de valores por un importe total en la Unión Europea inferior a 5.000.000 de euros, lo que se calculará en un período de doce meses». Por tanto, en España parece que se podría financiar una oferta a través de una *web* de financiación en masa siempre que no se superen los cinco millones de euros en total en el año. Así lo interpreta el Anteproyecto al no modificar para nada esta norma.

Sin embargo, el último párrafo de ese 30 bis.1 establece que, cuando se utilice «cualquier forma de comunicación publicitaria, deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercia-

lización de los valores emitidos». Esta norma plantea el problema de si la presentación en una *web* de financiación en masa puede considerarse información publicitaria, y por ello el Anteproyecto propone una nueva redacción a ese párrafo, añadiendo al mismo la siguiente frase: «No será de aplicación esta obligación a la puesta en contacto de inversores con emisores desarrollada por PFP debidamente autorizadas». Por tanto, queda claro que no es necesaria la participación de una entidad de servicios de inversión (de las reguladas en el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero), a diferencia de lo que, como hemos visto, sucede en la legislación italiana. Entiendo que esto es acertado, pues si las PFP se someten a supervisión y registro en la CNMV (el Anteproyecto modifica al efecto los artículos 84.2 y 92 de la LEY DE MERCADO DE VALORES), y se establecen límites a la inversión y obligaciones de información, no parece tener sentido que tenga que intervenir otra entidad regulada para realizar el control de la inversión. Esto implica, a *sensu contrario*, que cualquier oferta realizada por una plataforma no autorizada con arreglo a esta norma sí estaría sometida a este requisito.

2.4. *La remisión a otra normativa: blanqueo, servicios de pago, consumidores*

Ya hemos visto que el artículo 48 del Anteproyecto dice que lo previsto en la ley se entiende sin perjuicio de la aplicación sobre protección del consumidor, blanqueo de capitales y protección de datos.

No hace referencia a la normativa sobre servicios de pago, pero parece evidente que ésta deberá aplicarse, pues el mecanismo de transferencia o cargo en tarjeta de crédito por el que se hacen estas transacciones parece claro que entra dentro del ámbito que delimitan los artículos 1 y 2 de la ley Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago. Por ello, las plataformas tendrán que utilizar los servicios de una entidad ya registrada con arreglo a dicha ley o constituirse como tales entidades.

La propuesta de regulación francesa prevé la exención de estos requisitos para las PFP siempre que no superen determinados importes. En la práctica, la necesidad de acudir a una plataforma de pagos supone un importante incremento de los costes de la PFP, que repercutirán finalmente sobre los inversores y empresarios. Si las PFP van a estar sometidas a un régimen de supervisión y limitan su actividad de pagos a los proyectos, tener un régimen simplificado podría suponer una importante ventaja competitiva para las plataformas nacionales.

En relación con la ley 10/2010, de prevención de blanqueo de capitales, entiendo que mientras las PFP de préstamos pueden entenderse como sujetos obligados dentro del artículo 2.1k) de la misma, las que se dediquen a la inversión no encajan dentro de los sujetos especialmente obligados, y por tanto serán las

entidades que gestionen los pagos las que deban cumplir las obligaciones impuestas por dicha ley.

En cuanto a la normativa de consumidores, parece que se aplica sin ninguna especialidad. En primer lugar hay que plantearse si está sometida esta actividad a la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Entiendo que, con arreglo a la reforma del 30.bis.1, las PFP no se considerarían prestadoras de servicios de inversión y, por tanto, no estarían sujetas a esa ley. En este sentido tampoco estaría incluida su actividad en el ámbito objetivo del artículo 4 de la misma, ni por tanto se podrían acoger los consumidores al derecho de desistimiento del artículo 10 de dicha norma.

Sin embargo, si no se considera servicio financiero, se encontrará sometido a la normativa general de consumidores y usuarios, y concretamente al capítulo sobre contratación a distancia de los artículos 92 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En esta norma se reconoce igualmente al consumidor un derecho de desistimiento durante un plazo de catorce días desde la celebración del contrato.

Yo entiendo que, a pesar de las dudas que puede plantear la sujeción a una u otra norma, o a las dos, parece razonable conceder este derecho a quien reúna la condición de consumidor (no por tanto a los inversores profesionales). Esto, sin embargo, puede plantear un problema práctico, pues el «crowdfunding» en general implica que sólo se desembolsan las aportaciones cuando se alcanza el objetivo del proyecto. La primera duda es si el derecho se puede ejercer desde el momento en que se compromete a hacer la aportación o desde que se cierra la financiación. La segunda cuestión es determinar qué sucede si se declara cubierta la financiación y después algunos de los aportantes revocan la misma. Este problema se agrava si finalmente se establece, como prevé el artículo 62 del Anteproyecto, que el objetivo de financiación no podrá sobrepasarse, lo que podría hacer que por desistir un solo inversor fracasara toda la operación. Creo que esta norma debería modificarse porque, como se ve al consultar las *webs* de «equity crowdfunding» actuales, en la mayoría se permite sobrepasar el objetivo y sucede a menudo.

En todo caso, y para evitar dudas, creo que la norma debería regular el derecho de desistimiento, determinar que a partir de cuándo se puede ejercer, y el efecto sobre el proyecto si se desiste después de haberse cerrado. En este último caso quizá habría que establecer que se considerará cerrado con éxito, salvo que desista más de un determinado porcentaje de la financiación solicitada.

2.5. *La normativa específica para la inversión en masa: el Anteproyecto*

El Anteproyecto establece una serie de requisitos sobre los distintos elementos de la relación de la inversión en masa.

2.5.1. LOS REQUISITOS Y LÍMITES DE LA OFERTA DE INVERSIÓN

A) *EL TIPO DE TÍTULO QUE ADQUIERE EL INVERSOR*

El artículo 44 del Anteproyecto dice que puede consistir:

— O bien en los valores negociables de las letras a), c) y g) del artículo 2.1 de la Ley de Mercado de Valores. La letra a) se refiere a «*Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren*». Por tanto, el objeto de la inversión puede ser no sólo acciones, sino otros valores que den derechos a adquirir las mismas, como derechos de opción o deuda convertible en acciones o participaciones. Esto tiene un notable interés, pues en la práctica internacional la deuda convertible es un producto usado muy frecuentemente y la norma parece permitir esta posibilidad (a diferencia, por ejemplo, de la legislación italiana). Esta interpretación parece confirmada por la inclusión de los valores de la letra c) del artículo 2.1, Ley de Mercado de Valores, (bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables). Hay que tener en cuenta que el mismo Anteproyecto en otro título prevé la reforma del artículo 401 de la LSC para permitir a las SSLL la emisión de obligaciones²⁰.

Sin embargo, no parece que los productos como los referidos en la letra g) (instrumentos del mercado monetario, que son los instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario, tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés) se adapten a la inversión en masa.

En cualquier caso, estos valores deben ser de los que no requieran de folleto informativo con arreglo al artículo 25 de la Ley de Mercado de Valores (44.1 a), por remisión al 2.1 de la Ley de Mercado de Valores), requisitos a los que ya nos hemos referido.

- O en participaciones de sociedades de responsabilidad limitada.
- O en préstamos, modo de financiación del que no me voy a ocupar en este trabajo.

²⁰ La versión reformada diría: «1. La sociedad anónima, la sociedad comanditaria por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada podrán emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda».

B) LÍMITES CUANTITATIVOS Y TEMPORALES DEL PROYECTO Y LA OFERTA

En primer lugar se establece (art. 44.2) un máximo del proyecto de un millón de euros. Es cierto que el hueco o «gap» de financiación que trata de cubrir la inversión en masa se encuentra sobre todo entre los 50.000 y el millón de euros, cantidad a partir de la cual invierten empresas de capital riesgo y se acerca a los volúmenes de emisiones en mercados bursátiles. Sin embargo, ya que en la Exposición de Motivos se dice que el límite se establece en el punto donde empiezan estos mercados, lo lógico parece establecerlo en dos millones de euros, que es la cantidad a partir de la cual se puede participar en el mercado alternativo bursátil (circular 2/2014, de 25 de enero).

Por otra parte, el artículo no determina si existe algún tipo de límite temporal para ese máximo, pero entiendo que, al referir el límite «proyecto de financiación participativa», se trata de limitar cada campaña de «crowdfunding» y no un límite al proyecto empresarial o la empresa, que podría hacer varias rondas de financiación a través de este sistema. Para evitar el fraude y la incertidumbre, podría pensarse en aclarar que es por campaña y limitar a las empresas a una ronda de financiación participativa al año.

Por otra parte, el promotor debe establecer un límite máximo a la financiación requerida, que el artículo 62.2 del Anteproyecto dice que «no podrá sobrepasarse». Sin embargo, la posibilidad de sobrepasar la financiación es general en el «crowdfunding». Parece más lógico establecer la posibilidad de sobrepasar el límite mínimo, pero estableciendo un máximo total y obligando a especificar el destino del exceso en el plan de negocio y el efecto que eso tendría sobre la participación (indicar, por tanto, que lo que se ofrece globalmente es entre un mínimo del 10 por 100 y un máximo del 15 por 100 del capital, por ejemplo).

La ley (art. 62) también obliga a establecer un límite temporal a la oferta de suscripción que también señala que no podrá sobrepasarse, suponiendo por tanto la prohibición de prórrogas de plazo. Por supuesto, entiendo que eso no impide la realización de otros proyectos de financiación por la misma empresa, en un momento distinto. Este elemento de temporalidad, en cambio, es consustancial al proceso del «crowdfunding», y el punto 3 de este artículo obliga a informar a los inversores lo que sucede de no alcanzarse el objetivo. Entiendo que, en un proceso de inversión en masa, la única alternativa posible es la devolución de las cantidades y lo lógico es que la ley lo expresara así, en su caso, admitiendo la retención de un mínimo porcentaje de la cantidad comprometida.

C) EL LÍMITE DE IMPORTE POR INVERSOR

El Anteproyecto (art. 69) establece un máximo de 3.000 euros por inversor y proyecto y un máximo de 6.000 por año y plataforma.

En primer lugar es absurdo poner un límite por plataforma si lo que se quiere es proteger al inversor, pues puede haber infinidad de ellas. Si se quiere poner un límite de inversión en «crowdfunding», hay que hacerlo de forma general en todo tipo de plataformas de financiación participativa (PFP), o si se quiere, limitar el importe de inversión en este tipo de activos, es decir, participaciones en sociedades no cotizadas. Naturalmente, esto no lo podrá controlar cada plataforma, pero se debe solucionar mediante una declaración responsable del inversor de que no ha invertido en otras plataformas por importe superior al límite legal (como hacen las regulaciones de UK y USA).

En segundo lugar, el límite es totalmente inadecuado tal y como está planteado. Ya hemos insistido en que el inversor típico del «equity crowdfunding» no es un inversor minorista, sino un inversor profesional o sofisticado, al que por supuesto debe permitir invertir nuestra ley. Según datos de la plataforma británica Crowdcube, la inversión media es de más de 3.000 euros, la máxima de 300.000 euros y un 46 por 100 de los inversores registrados manifiestan estar dispuestos a invertir más de 6.000 euros. Además, el 70 por 100 de los usuarios declaran ser ellos mismos emprendedores.

Por tanto, limitar la inversión a 3.000 euros por proyecto implicaría sacar de este circuito el 80 por 100 de la inversión que normalmente accede a él y, probablemente, acabar con este sistema de financiación en nuestro país.

Como se ha visto, la regulación comparada quiere evitar el perjuicio de los pequeños inversores, pero sólo de éstos. Por ello, en el JOBS Act se establecen dos categorías de inversores y el límite está en relación con los ingresos. En la legislación británica se establece un límite sólo para los inversores minoristas, consistente en la prohibición de invertir más de un 10 por 100 de los activos de inversión del mismo (lo que excluye la vivienda y activos fijos de la familia). En Italia se establecen límites distintos para personas físicas y jurídicas, pero sólo para eximir a la inversión de que se realice a través de una entidad autorizada para realizar servicios de inversión. La propuesta francesa sólo establece máximos de inversión para el caso de los préstamos y no para la inversión propiamente dicha.

En cualquier caso es absolutamente necesario que la ley amplíe la posibilidad de acceso a los inversores profesionales y, como sucede en las demás legislaciones, establecer distintos límites para el inversor minorista y el resto, o establecerlos sólo para los primeros. Esta diferenciación además ya existe en la LEY DE MERCADO DE VALORES (art. 78 bis). Entiendo que los clientes que, según ese artículo, tienen el carácter de profesionales [78 bis.3, letras a) a d)] no deberían estar sometidos a límites ni a ningún requisito de acreditación especial por parte de las PFP. Respecto al resto de clientes, se podría establecer una posibilidad de autoexclusión de los límites de inversión de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 bis.3 e) Pero dado que ese artículo está pensado para la actividad de empre-

sas de servicios de inversión, parece que debería adaptarse esa regulación a este supuesto concreto de inversión. Por una parte, los requisitos podían ser algo menos exigentes, y por otra se tendría que prever la forma de realización de ese test de idoneidad a través de la misma plataforma.

También podría establecerse una norma semejante a las de las regulaciones de UK y USA, es decir, que los límites no fueran absolutos, sino de un porcentaje de los ingresos o de los activos de inversión del participante, porque si 3.000 euros por operación puede ser muy poco para un inversor profesional, pero demasiado para una persona con ingresos y ahorros muy pequeños. Naturalmente, la PFP no tendría capacidad de comprobar la veracidad de estas declaraciones, lo que dejaría finalmente al cliente la posibilidad de decir o no la verdad a través de un proceso de autocertificación.

2.5.2. LA REGULACIÓN DE LAS PFP

A) ACTIVIDADES DE LAS PFP

Las actividades esenciales serán las de recepción y publicación del proyecto para poner en contacto a los promotores con los inversores. Además podrán asesorar a los promotores, facilitarles contratos y facilitar la actualización de la información y prestar canales de comunicación accesorios (art. 45).

Se establecen normas para evitar el conflicto de intereses, prohibiéndose el asesoramiento a los inversores, la concesión de créditos a los mismos, el aseguramiento de la captación de fondos (art. 47) y, en general, ejercer las actividades reservadas a empresas de servicios de inversión o entidades de crédito o de servicios de pago. Es decir, que aparte de la expresa exención relativa a la aplicación del 30.1.bis de la Ley de Mercado de Valores, el constituirse como PFP de acuerdo con la ley no supone ninguna otra excepción de la normativa general.

Si esto resulta una opción razonable, es más problemático que se prohíba publicitar o realizar comunicaciones sobre proyectos concretos. El artículo 47.3 establece que «no podrán publicitar ni realizar comunicaciones de carácter comercial sobre proyectos concretos (...) que publiquen en la red». Probablemente se trata de evitar que la plataforma actúe como medio publicitario de un proyecto por razón de un pago, pero el término «publicitar» podría incluir destacar un proyecto en la *web*, como se hace habitualmente con los últimos incorporados o anunciando el estado de financiación de los mismos, o incluso la comunicación por *mail* a los suscriptores de determinados proyectos. Entiendo que las comunicaciones han de cuidarse para evitar que se infrinja el principio de neutralidad, pero que eso no puede impedir cualquier tipo de comunicación, sino sólo las que tengan un carácter comercial o persuasivo.

Pero, sin duda, la norma que más problemas puede suponer para el funcionamiento de estas plataformas es la prohibición (art. 47.4) de tarifar a los promotores en base al éxito de la captación de fondos. Esta es la forma de tarifar de todas las plataformas para todo tipo de «crowdfunding», y la alternativa serían tarifas fijas, lo que haría aumentar el coste de los proyectos más pequeños. También es la forma de fijar la remuneración en el caso de otro tipo de operaciones de financiación, como en el caso de colocación de valores cotizados. Además la tarificación por éxito supone que sólo se paga en el caso de que se consiga la financiación, que es lo que por supuesto quieren los promotores y les anima a realizar el esfuerzo de la campaña. Es cierto que, como dice la norma de la FCA, este tipo de tarificación puede incitar a las plataformas a infravalorar los riesgos para el inversor. Pero este organismo parte de que ese es el sistema normal, y dice además que las plataformas tienen también interés en tener una base grande de inversores, por lo que, para no ser expulsados del mercado, deberán cuidar mucho su reputación. Probablemente lo que hay que favorecer es la transparencia por parte de las plataformas en el seguimiento de los proyectos, es decir, obligar a que publiquen cifras de proyectos financiados, de recuperación de la inversión, etc.

Por otra parte, en el artículo 51 se prohíbe también a las PFP participar en proyectos publicados en su *web* o en la de cualquier PFP. Esto ha sido criticado por algunas empresas del sector, pues la participación, de la propia plataforma o de un fondo vinculado a la misma puede ser una importante forma de promoción de este sistema de financiación, y si es transparente no supone una manipulación de la información. Sin embargo, dada la asimetría de la información existente entre inversores y PFP, una norma como ésta sí parece razonable para evitar conflictos de intereses.

Aparte de determinar la actividad, el Anteproyecto establece (art. 49), unos principios generales de neutralidad, diligencia, transparencia y actuación conforme al mejor interés de sus clientes.

B) *LOS REQUISITOS DE LA PLATAFORMA*

La ley exige la inscripción de las que se dediquen a la inversión en masa en un registro especial que llevará la CNMV, y de las de «crowdlending» en el Banco de España.

Además se exige que sean sociedades de capital con un capital mínimo de 50.000 euros, tener su domicilio social y la efectiva administración y dirección en España, tener un reglamento interno de conducta y disponer de los medios adecuados para garantizar la seguridad y capacidad de servicio.

Están sujetas a supervisión por la CNMV, y se establecen además los requisitos para la solicitud de inscripción, las obligaciones de información y un régimen disciplinario para las mismas.

Todo esto parece razonable, siempre que los costes no supongan una barrera de entrada e impidan la competencia entre PFPs. En la exposición de motivos de la norma británica se estudian los costes de adaptación a la norma y consideran que la mayor parte de ellos derivarán de la adaptación de la *web* de la plataforma a los nuevos requerimientos para la clasificación de los inversores, mientras que los costes de mantenimiento del registro (también exigidos) se prevén mínimos. Esperemos que esto sea también así en relación a la inscripción y supervisión.

C) *INFORMACIÓN QUE DEBE OFRECER LA PLATAFORMA*

Se distingue entre una información general y la información de cada proyecto.

a) Información sobre la plataforma

En cuanto a la información general, las PFP deben publicar en su *web* (art. 49) los criterios de selección de proyecto, medidas para evitar el fraude y los conflictos de interés, entidades de servicios de pago utilizadas.

b) Información sobre los riesgos para el inversor

Uno de los objetivos fundamentales de la regulación es que el inversor sea consciente de los riesgos de la inversión. Para ello, se establece la obligación de que la PFP garantice que el inversor acepte una comunicación en la que se le informe de que (art. 70):

- la oferta no está supervisada por la CNMV ni el BE;
- la información de la *web* no constituye asesoramiento de servicios de inversión;
- los riesgos de pérdida del capital, de iliquidez, de no poder influir en las decisiones del inversor y de dilución;
- lo invertido no está garantizado por el fondo de garantía de inversiones ni por el fondo de garantía de depósitos.

Sorprende que no se incluya el riesgo de falta de dividendos, que es típico en este tipo de proyectos. Entiendo que ese riesgo subsiste a pesar de la existencia del hoy suspendido artículo 348 bis de la LSC (hasta 31 de diciembre de 2014). Primero, porque no está claro qué va a ser de este artículo y si alguna vez llegará a estar vigente, y segundo porque el mayor problema no es que no se quiera repartir dividendos por la mayoría, sino que no haya dividendos que repartir. Sería conveniente además que se advirtiera expresamente del riesgo de pérdida total del capital, como se hace en otras legislaciones.

Otro riesgo que no contempla ninguna legislación, salvo la italiana, es el de la posibilidad de venta por los mayoritarios sin contar con los minoritarios. Teniendo en cuenta la falta de liquidez de los títulos y la falta de dividendos, prácticamente la única forma de obtener un rendimiento para la inversión será si la sociedad sale a bolsa (OPV) o si otra empresa o fondo de capital-riesgo la compra. En el primer caso, el minoritario podrá vender en un mercado oficial, pero en el segundo nada le garantiza que no vayan a comprar sólo a los mayoritarios para obtener el control. Los minoritarios, por tanto, pierden la opción de vender, o en todo caso verán que se les ofrece un precio menor, pues el mayoritario ha tomado para sí la llamada «prima de control», es decir, lo que el adquirente está dispuesto a pagar por obtener el control, con todas las ventajas que eso supone (determinación de los administradores y su remuneración, decisiones sobre dividendos, etc.). En la regulación italiana es obligatorio establecer en los estatutos sociales un derecho de acompañamiento de los minoritarios en caso de cambio de control («diritto de covendita», en italiano, más conocido como «tag-along», en inglés). Lo cierto es que esto tiene todo el sentido para este tipo de inversiones, y creo que una norma como la italiana es razonable. La alternativa sería añadir esta advertencia, salvo en aquellos proyectos en que se recogiera el derecho de acompañamiento: pero dado que éste puede tener una configuración variable (concepto de venta de control, sistemas de comunicación, etc.), quizá lo mejor sería establecer por ley la cláusula-tipo de derecho de acompañamiento a incluir en los estatutos, solucionando al tiempo el problema que actualmente plantea su inscripción en algunos registros mercantiles.

Por otra parte, y fijándonos ya en el aspecto formal de la información, no se establece más requisito que la aceptación de la comunicación por el inversor. Todos sabemos cómo funciona esto en la práctica: aparece un cuadro que ocupa una parte de la pantalla, con una letra más pequeña de lo habitual (y, en general, bastante largo) y un botón aceptar abajo. Y todos damos al botón aceptar, casi siempre sin leer nada, y siempre sin leer todo con atención. Frente a este sistema que no garantiza ni mínimamente la información, sería conveniente exigir (como en Italia y Reino Unido) que el inversor potencial que se registra responda a un cuestionario que demuestre que se conocen los riesgos. Esto es lo que hacen ya las principales plataformas, obligando para registrarse a aprobar un test (que alguna PFP no permite repetir) que demuestre un razonable conocimiento de los riesgos²¹.

²¹ Este es un modelo de una de ellas, con sistema de respuestas múltiples: «¿Qué le sucede a la mayoría de empresas de nueva creación? 1. Se convierten en un éxito y hacen que los inversores obtengan grandes beneficios. 2. No tienen éxito y entran en concurso o se liquidan. ¿Qué sucede si la *startup* entra en concurso? 1. Es poco probable que recupere mi inversión. 2. Los empresarios tendrán que pagarme. 3. La plataforma me pagará. ¿Voy a ser capaz de recuperar mi dinero cuando lo desee? 1. Si, la empresa legalmente debe pagarme mi inversión cuando quiera. 2. Si, puedo vender mis acciones en una bolsa de valores en cualquier momento. 3. No, normalmente no voy a ser fácilmente capaz de vender mis acciones a menos que la empresa se compre o salga a bolsa.

c) Información sobre el proyecto

Ésta debe referirse en realidad a varios elementos distintos:

- Información sobre el promotor: sus administradores y situación financiera (art. 64). Respecto de ésta se exige la estructura de capital social y endeudamiento, y los riesgos asociados con el emisor, aunque quizá sería más claro exigir o bien un balance reciente, o mejor, la estructura del pasivo, y en su caso los importes y vencimientos del pasivo exigible.
- Información sobre los valores ofrecidos: se exige que se determine su clase y los derechos asociados a los mismos. Entiendo que, si alguien va a invertir, debería poder siempre examinar los estatutos sociales, por lo que éstos deberían poder consultarse *online* antes de realizar la suscripción, aunque sea después de registrarse. Si lo que se ofrece es deuda convertible, debería poder acceder al texto íntegro del contrato.
- Información sobre el proyecto en sí: Respecto del proyecto en sí, el anteproyecto sólo exige una breve descripción en lenguaje no técnico, que deberá ser «oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa». Otro de los puntos polémicos del Anteproyecto es que establece que la PFP «será responsable frente a los inversores por la información remitida por los promotores y publicada en la página *web*, que deberá ser completa y adecuada» (art. 68.3). Teniendo en cuenta que el mismo artículo ya exige a la PFP que se asegure de que sea completa conforme a lo previsto en la ley, se puede interpretar que responde del contenido y la veracidad de las mismas. Esto excede de lo que exigen cualquiera de las legislaciones comparadas, y va claramente más allá de la función de una plataforma de «crowdfunding». En este sistema, la plataforma hace de filtro, pero cada inversor tiene que hacer su propia investigación o «due diligence», y justamente ahí, en el conocimiento personal de cada inversor, y en las preguntas que haga, se encuentra la aportación de la financiación en masa. La ley no debe trasladar toda la responsabilidad sobre la corrección de la información a la plataforma, que entiendo cumple con revelar sus criterios de selección y cumplirlos.

¿Las nuevas empresas pagan dividendos? 1. Sí, inmediatamente. 2. Sí, dentro de un año desde el momento en que invierto. 3. No, en general, no pagan dividendos. ¿Qué pasa si yo invierto y la compañía tiene éxito y quiero vender mis acciones? 1. Por lo general, usted no será capaz de vender sus acciones a menos que la empresa sea comprada por otra empresa o salga a bolsa. 2. Los fundadores de la compañía deben volver a comprar mis acciones por la ley. 3. Definitivamente va a ser capaz de vender sus acciones en cualquier circunstancia. ¿Qué pasará con el nivel de su participación si una empresa emite más acciones en el futuro después de la inversión? 1. Mi participación proporcional de la empresa disminuirá. 2. Mi participación proporcional de la compañía aumentará. 3. Mi participación proporcional de la compañía seguirá siendo la misma. ¿Cuál de ellos es el mejor método a utilizar cuando se invierte en la creación de empresas? 1. Invierte todo su dinero en una sola empresa. 2. Dividir el riesgo al invertir en varias compañías.

Una norma como la reseñada crea una enorme incertidumbre para las plataformas, alimenta la litigiosidad y crea una expectativa de garantía por parte de la PFP, que será engañosa para el inversor. Basta con comparar el capital mínimo exigido por el Anteproyecto a las PFP (50.000 euros) con el potencial importe de la responsabilidad por un proyecto fracasado. Esta norma hace además de hecho imposible contratar el seguro de responsabilidad profesional al que se refiere el artículo 55.1.b, como ya han podido comprobar las PFPs españolas.

La solución va por otro lado. Por una parte, el inversor ha de ser consciente de que el riesgo empresarial lo está asumiendo él; por otro, la plataforma debe actuar de forma leal y ser responsable del dolo, y además se debe obligar a que publiquen la estadística de proyectos exitosos y fracasados. Y por supuesto el promotor es responsable de la veracidad de la información que ofrezca, debiendo la PFP en su relación con el mismo obligar al representante a hacerse responsable de la misma (obligación que sí se podría establecer por ley).

También parece excesiva la exigencia del artículo 72 de que se deba poner en la *web* toda la información que reciba la PFP sobre un determinado proyecto. Lo normal es que, en el proceso de selección, la PFP exija —y el promotor esté interesado en aportar— más información de la que se va a publicar en la *web*. Hay que tener en cuenta que una de las limitaciones del sistema de «crowdfunding», en general, es la preocupación de los promotores de que sus ideas no sean apropiadas por terceros que se adelanten a su producto o servicio. Por tanto, es absurdo que se pretenda que las PFP realicen una cuidada selección de proyectos y al mismo tiempo se les obligue a dar toda la información de que dispongan. Lo que se debe garantizar es la igualdad de acceso de información a todos los usuarios, pero nunca la revelación de toda la información.

Es acertada la exigencia de la actualización tanto del progreso de la financiación como del proyecto en sí. En cambio, parece excesivo mantener la publicidad de la información durante doce meses. Una vez que el proyecto se ha financiado, los interesados son socios y es la sociedad la obligada a proporcionarles información directamente. Quizá unos y otros consideren la posibilidad de que la PFP les ofrezca una plataforma para el contacto directo con los socios, pero es un servicio aparte que nada tiene que ver con el proceso de financiación, que es lo que debe interesar a la ley.

3. Los problemas contractuales y societarios

3.1. *La naturaleza jurídica de la inversión: cuentas en participación, participación en el capital, instrumentos híbridos*

La inversión en un proyecto empresarial tiene como finalidad participar en los beneficios que éste produzca, pero eso no quiere decir que la única forma de conseguirlo sea a través de la participación como socio en una sociedad de capital.

Una forma tradicional de participar, financiándolo, en un proyecto ajeno es el contrato de cuentas en participación. El artículo 239 del Código de Comercio dice: «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen», lo que de entrada parece coincidir con el espíritu de la inversión en masa. En un reciente estudio, GIMENO señala que parte de la doctrina considera que la condición de comerciante no es necesaria en el cuenta-partícipe²², lo que ha sido acogido por la jurisprudencia en algunas sentencias. Pero ésta no es la única dificultad que plantea la aplicación de esta figura, pues en ningún caso el financiador querrá incurrir en más pérdida que lo invertido, lo que no está claro en la norma, y además el carácter multilateral del contrato plantearía numerosos problemas desde el punto de vista práctico.

Por otra parte, el Anteproyecto parece limitar la actividad de las PFP de «equity» o capital a intermediar en la oferta de valores, entendidos éstos en el sentido amplio del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores, pero que desde luego no comprenden una posición contractual en un contrato de cuentas en participación. Esto no quiere decir que no sea posible organizar una plataforma de inversión en masa utilizando este contrato, pero en ese caso no estará sometida a la norma que examinaremos, ni exenta tampoco de cumplir los requisitos como asesora de inversiones del artículo 30 bis de la LMV.

Otra posibilidad es utilizar instrumentos híbridos entre la deuda y el capital. Las empresas innovadoras, en particular en USA, organizan para su desarrollo lo que se denominan rondas de financiación, que consisten en campañas de presentación del proyecto a diversos inversores para alcanzar un determinado importe de financiación conforme a la valoración que se da a la sociedad en ese momento. A menudo esto no se hace a través de un único aumento de capital, sino que se va obteniendo financiación escalonadamente de inversores que demuestran interés. En ese caso, lo que se hace es instrumentar la entrega como una obligación («note» o «convertible note»), en la que se prevé la posterior conversión en capi-

²² GIMENO, M.: pág. 478, cita a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. *Derecho de sociedades*.

tal al tipo de canje o valoración que se fije al finalizar la ronda, o incluso con un descuento sobre ese valor por anticipar la financiación. La inversión en masa no deja de ser una ronda de financiación más, por lo que parece perfectamente posible ofrecer a los inversores este tipo de productos híbridos, que se canjean o bien en un momento posterior dependiente de la valoración, o incluso en el momento de la venta de la empresa. Entiendo, como se ha visto al examinar el Anteproyecto, que éste permite que las plataformas ofrezcan este tipo de obligaciones convertibles (también para las SSL si finalmente se modifica al artículo 401 LSC).

Si se optara por este sistema, y para evitar que las pérdidas en las que suelen incurrir inicialmente las empresas innovadoras creen problemas por la relación entre fondos propios y capital, será muy conveniente configurar el préstamo convertible para que reúna los requisitos para tener la condición de participativo, conforme al artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, pues sólo así computan como fondos propios a esos efectos²³.

Hemos visto que la inversión puede consistir en instrumentos distintos de las acciones o participaciones, pero parece probable que éste sea el sistema más frecuente, si tenemos en cuenta la experiencia internacional. Incluso si se hace a través de instrumentos híbridos, el destino de los mismos es eventualmente convertirse en participaciones en la sociedad, por lo que al final se encontrarán también con los problemas societarios. Por ello entiendo que es útil para las plataformas y promotores prever los problemas societarios que va a plantear este tipo de financiación.

3.2. *Las particularidades en el aspecto societario*

A) *LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES*

Las opciones que se tomen sobre esta cuestión no sólo deben regularse en los estatutos, sino que serán determinantes a la hora de elegir el tipo de sociedad. En

²³ Artículo 20. Préstamos participativos. 1. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características: a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad. b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que ésta no provenga de la actualización de activos. c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes. Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

la SL la transmisión se somete a limitaciones, si bien los estatutos pueden reforzar o aligerar el sistema legal, siempre con el límite de que no pueden hacer la transmisión prácticamente libre (108 LSC). En cambio, en la SA en principio son transmisibles libremente, pudiéndose establecer limitaciones estatutarias para las acciones nominativas, con el límite de no hacerlas prácticamente intransmisibles (art. 123). Por tanto, si se quiere una mayor libertad de transmisión será necesario optar por la sociedad anónima. Hay que tener en cuenta que, aunque la SA sea poco utilizada actualmente, las recientes reformas de la LSC (permitiendo la utilización de la *web* corporativa para sustituir las publicaciones en periódicos) hacen que el coste de mantenimiento de las mismas sea hoy mucho menos gravoso.

En las sociedades que acuden a la inversión en masa puede tener sentido establecer un régimen distinto para las participaciones de los fundadores y las de los que participan en la operación de «crowdfunding», pues sólo la cualidad personal de los primeros es relevante. Por ello, podría establecerse un régimen de mayor libertad para los últimos, creándose al efecto acciones o participaciones de distinta clase, conforme al artículo 94 LSC.

B) EL PODER EN LA SOCIEDAD: MAYORÍAS, ACCIONES Y PARTICIPACIONES SIN VOTO

Esta es una cuestión central para los promotores, que en general se quedarán con una mayoría de control. De hecho, la mayoría de las ofertas de «crowdfunding» son por importes de capital inferiores al 15 por 100 del total, aunque es frecuente que con el tiempo realicen varias rondas de financiación y, por tanto, los fundadores terminen teniendo un porcentaje más pequeño. Pero en realidad lo que se ofrece en las *webs* suele ser sólo una ronda de financiación, por lo que tanto los promotores como los inversores verán diluida su participación en futuras rondas, llevadas a cabo por el mismo método o por otros distintos (presentación a «business angels» o Entidad de Capital Riesgo, por ejemplo).

Por tanto, los promotores pueden plantearse la utilización de los siguientes mecanismos que ofrece nuestra LSC:

a) Las acciones o participaciones sin voto

Si los promotores quieren mantener el poder en la sociedad a lo largo de las sucesivas ampliaciones de capital, una opción es ofrecer sólo acciones o participaciones sin voto. Esto puede ser admitido por los inversores, ya que la mayoría tienen un interés puramente económico en los rendimientos de la empresa, no estando interesados en influir sobre su gestión a través del voto. El problema es que esto implica, de acuerdo con nuestra normativa, una serie de privilegios para los socios de esa clase: derecho a un dividendo preferente (art. 99 LSC), no reducción de su participación en el caso de reducción por pérdidas (art. 100) y derecho preferente a cobrar la cuota de liquidación (art. 101). Estas especialidades en

principio no suponen un obstáculo para la operativa normal de una empresa en sus inicios, sobre todo porque la ley no establece un mínimo de porcentaje o de importe del dividendo. Pero hay que tener en cuenta que, dado que este tipo de empresas no suelen tener beneficios inicialmente, hay que tener en cuenta que esto supondrá, conforme al artículo 99.3 LSC, la inoperancia de la limitación del voto mientras dure la falta de beneficios.

Otra opción puede ser distinguir entre distintos tipos de inversores: examinando los datos sobre proyectos financiados en Crowdcube, por ejemplo, se observa que a menudo un solo inversor representa más del 20 por 100 de la total inversión realizada, y por tanto puede alcanzar un porcentaje hasta cierto punto significativo; además una buena parte de los inversores desean tener algún tipo de participación como asesor en la compañía. Se podría, por tanto, ofrecer dos clases de acciones distintas según el importe invertido, otorgando participaciones ordinarias o con voto a aquellos socios que inviertan una cantidad significativa.

b) Las mayorías cualificadas

Una de las soluciones clásicas para solucionar el problema de la desprotección del socio minoritario es establecer mayorías cualificadas para determinados acuerdos, lo que permite el artículo 200 LSC con el único límite de la unanimidad. Por tanto, los estatutos de la sociedad promotora podrían prever unas mayorías reforzadas para operaciones especialmente relevantes como la fusión o la escisión, que hicieran necesario contar con al menos parte de los minoritarios.

En las operaciones de inversión en masa, esto puede tener especial interés en el caso de los aumentos de capital, pues uno de los riesgos típicos para el minoritario es la dilución, como se encarga de destacar el Anteproyecto. Sin embargo, dado que en las empresas en fase inicial es muy frecuente que se tenga que acudir a varias rondas de financiación, con una norma así se podría comprometer gravemente el futuro de la empresa, por lo que hay que estudiar otras posibilidades, tal y como se ve en el punto siguiente.

C) MEDIDAS ANTIDILUCIÓN

En principio, la protección frente a la dilución se obtiene por el minoritario a través del derecho de suscripción preferente consagrado en el artículo 304 LSC: *«En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea»*. El problema es que la norma sólo lo reconoce en el caso de aumento con *aportaciones dinerarias*. Por tanto, no se dará si el aumento es con aportaciones no dinerarias o por compensación de créditos. Esto último en par-

ricular hace que en la práctica será muy fácil burlar este derecho mediante préstamos hechos por alguno de los socios mayoritarios o por terceros que después capitalizan su deuda. Hay que tener en cuenta además que, al aumentar el capital, no existe un control externo acerca de cómo se valora la empresa y se calcula la prima de emisión, por lo que existe un riesgo de que se infravalore la empresa y por tanto el socio que hace la aportación no dineraria o que compensa el crédito (que suele ser el mayoritario) se apropie de una parte del valor de la sociedad que pertenece a todos. Esto es además difícil de impugnar, pues en este tipo de empresas innovadoras el valor de las mismas no resulta del balance, ni de sus ingresos, pues las expectativas de crecimiento son fundamentales en su valoración por el mercado.

Como garantía antidilución podría establecerse estatutariamente un derecho de adquisición preferente en el caso de aumento por compensación de créditos. Esto tiene una lógica económica indudable: si de lo que se trata es de extinguir la deuda por la sociedad, a ésta le es indiferente que lo haga directamente el acreedor que se reembolse con dinero aportado por otro socio. Y, sin embargo, así se respeta el derecho de los demás socios a mantener su participación, no sólo en su aspecto político, sino también económico. Como en el caso de aportaciones no dinerarias puede ser más complicada la sustitución del bien a aportar por dinero, la solución para este supuesto sí podría ser establecer unas mayorías reforzadas.

En relación con este tema, puede que el Anteproyecto se esté quedando corto exigiendo sólo una genérica advertencia de la posibilidad de dilución. Se podía añadir la advertencia de que el derecho de suscripción preferente en el caso de aumentos de capital estará limitado al caso de aumento con aportaciones dinerarias. Como es difícil que unos inversores no expertos comprendan la trascendencia de esta cuestión, podría incluso imponerse por ley que los estatutos deban reconocer el derecho de suscripción preferente también para el caso de compensación de créditos. Aunque probablemente lo que tendría que plantearse el legislador es si no tiene más sentido establecer este derecho para todas las sociedades en este supuesto.

D) ACUERDOS SOBRE LOS DIVIDENDOS

El reparto de dividendos es otro de los temas típicos de conflicto entre socios mayoritarios y minoritarios, pudiendo los primeros privar indefinidamente a los segundos de dividendos mientras a menudo extraen de hecho beneficios de la sociedad a través de la remuneración de administradores u otras relaciones. Existe abundante jurisprudencia que considera abusiva la actitud de la mayoría, que se niega sistemáticamente al reparto de dividendos, en supuestos en que los resultados lo permitirían y no existen razones económicas para no repartirlos. Para solucionar ese problema se introdujo el artículo 348 bis de la LSC, que establece un

derecho de separación para el socio que vote a favor de la distribución *«en el caso de que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles»*, siempre que hayan pasado cinco años desde la inscripción de la sociedad.

La justificación de la enmienda que introdujo este artículo dice que esta cuestión es uno de los principales motivos de conflictividad social, y que el derecho de separación es un medio adecuado para solucionarla, puesto que no impone un determinado reparto, pero evita que el socio no pueda de ninguna manera obtener el beneficio económico derivado de su condición de socio, ya que en las sociedades cerradas la venta suele ser imposible. Hay que recordar que la norma no se aplicaba a las sociedades cotizadas, pues en este caso el socio sí puede obtener el valor de su participación vendiendo en un mercado oficial. Lo contrario sucede en las sociedades que nos ocupan, donde la iliquidez de los títulos es casi total. La norma fue objeto de duras críticas²⁴, señalándose que era contraria a la libertad de empresa, que dificultaría la entrada de socios minoritarios, y que en contexto de crisis podía tener unos efectos especialmente perturbadores. No nos podemos detener aquí en el examen detallado de los requisitos para su aplicación²⁵, porque en cualquier caso el legislador parece que fue convencido por sus detractores y la ley 1/2012 suspendió la norma hasta 31 de diciembre de 2014.

Con la incertidumbre existente sobre este artículo puede ser aconsejable plantear esa cuestión en los estatutos, en los que se puede establecer una norma sobre reparto obligatorio de dividendos —dejando a salvo el cumplimiento de las normas que finalmente se dicten sobre esta cuestión.

E) LA PREPARACIÓN DE LA VENTA DE LA SOCIEDAD (LA SALIDA O «EXIT»)

Los inversores en empresas de nueva creación normalmente no van a obtener rendimientos de la misma a corto plazo a través de dividendos, y aunque el destino ideal es la salida a Bolsa de la compañía, la forma más frecuente de obtener un beneficio es la venta de la misma, normalmente a una entidad de capital riesgo o a una empresa del sector. Este es otro momento en el que se pueden poner de manifiesto los conflictos de intereses entre mayoría y minoría, y que hay que regular con especial cuidado. En este ámbito existen dos pactos que se han convertido en habituales en muchas nuevas sociedades, conocidos como derecho de acompañamiento y de arrastre.

²⁴ Por ejemplo, el post en el blog ¿hay derecho? : <http://hayderecho.com/2011/07/27/sobre-el-derecho-obligatorio-al-dividendo-%C2%A1que-barbaridad/>

²⁵ ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: Crisis y derecho de sociedades: nuevos problemas y respuestas. *Revista Jurídica del Notariado*. Enero-marzo 2012, número 81.

a) El derecho de acompañamiento («Tag Along»)

Es un derecho que favorece al minoritario, pues le permite vender en las mismas condiciones que el mayoritario en caso de cambio de control. Consiste en que cuando uno o varios socios vayan a vender una participación significativa (que suele ser el 50 por 100, aunque puede fijarse un porcentaje inferior), éste tenga que ofrecer a los minoritarios vender por el mismo precio una parte proporcional de sus acciones o participaciones. Por tanto, el que va a vender una participación significativa debe notificar la cantidad, precio y adquirente, y los minoritarios pueden adherirse a la venta durante un plazo. La venta se hará finalmente por todos los socios que comuniquen su intención de vender, en la proporción que tuvieran en el capital. Como el tercero no puede ser obligado a comprar a determinadas personas, se suele establecer una cláusula que dice que en el supuesto de que dicho tercer adquirente se negara a adquirirlas, la(s) parte(s) que hubiesen iniciado este procedimiento vendrán obligadas a (i) adquirir las mencionadas acciones en igual precio y condiciones, o (ii) desistir de la transmisión inicialmente prevista.

b) Derecho de arrastre («Drag Along»)

Se trata del reverso del derecho anterior, pues en vez de permitir al minoritario vender con el mayoritario, es éste el que puede obligar al primero a vender. La razón es que es frecuente que, en el caso de venta de una sociedad, el comprador quiera obtener el 100 por 100 del capital (si es una compañía del sector que la va a integrar, o una empresa de capital riesgo que pretende más adelante sacar a Bolsa la compañía). Para facilitar la venta, se da al mayoritario el derecho a imponer a los minoritarios la venta de sus acciones o participaciones en las mismas condiciones que él va a vender (de ahí su nombre, pues puede «arrastrarlos» a vender con él).

Se articula como una obligación de los socios de vender para el caso en que socios que representen más del 50 por 100 de la sociedad tuvieran intención de transmitir, a un tercero o accionista, que quisiera comprar el 100 por 100 de la Sociedad. La obligación ha de entenderse sin perjuicio del derecho de adquisición preferente de los minoritarios, que podrán, por tanto, optar también por comprar a los mayoritarios en el precio y condiciones ofrecidos por el tercero.

En el caso de un accionariado muy disperso, como será frecuente en las operaciones de «crowdfunding», se puede plantear el problema práctico de que el socio obligado no ejerza su derecho ni comparezca para vender al mayoritario. Cabría por supuesto acudir a una ejecución judicial de la obligación, pero además, para reforzar este derecho, se puede establecer una opción de compra condicionada a ese incumplimiento a favor de los socios mayoritarios. Esa opción podría preverse que se ejercitara por un importe menor al precio ofrecido, de manera que actuaría como una especie de cláusula penal por el incumplimiento.

No parece haber ninguna duda sobre la licitud de estas cláusulas, pues en ambos casos se respeta tanto el derecho a transmitir como el derecho de adquisición preferente de los socios. En el primer caso se trata de una limitación a la transmisibilidad que no parece contraria a la ley, y en el segundo se trata de una concesión de opción condicionada.

La duda se plantea más bien en relación a si cabe incluirlas en los estatutos sociales. En la práctica se suelen establecer en pactos parasociales, pero entiendo que no hay obstáculo para su inclusión en los estatutos, pues no contradicen ningún principio configurador de las sociedades. Si se admiten las sociedades con una fecha automática de disolución o causas estatutarias para la misma, o causas de exclusión de socios, no veo inconveniente en que se pueda prever la obligación de venta en un determinado supuesto. En la actualidad parece que, al menos en el registro de Madrid, se admite el pacto de acompañamiento como pacto estatutario, y el de arrastre en el caso de que se configuren como prestación accesorio. En el caso de estas sociedades es esencial que así sea, porque resultará casi imposible la firma de pactos parasociales extraestatutarios, aparte de que en general es preferible que consten en estatutos dada la limitada eficacia de los pactos parasociales en la jurisprudencia de nuestro TS²⁶.

F) *LOS PROBLEMAS DE PRÁCTICOS DE UNA SOCIEDAD CON UNA MULTITUD DE ACCIONISTAS*

La existencia de un número grande de accionistas puede implicar un problema para todas las relaciones de la sociedad con los mismos, y hay que tratar de prever posibles soluciones a los mismos al preparar los estatutos de la promotora.

a) Convocatoria de Juntas

Los estatutos deberán prever que la convocatoria se pueda realizar a través de la página *web* corporativa de la sociedad, tal y como permite el artículo 173 LSC. Para ello la sociedad tendrá que tener su domicilio *web* debidamente inscrito en el Registro Mercantil, conforme al artículo 11 bis LSC, lo que debe hacerse por supuesto antes de la entrada de los nuevos socios. Parece también que debe ser admisible, dentro de la *web* corporativa, crear una zona reservada para socios a la que sólo puedan acceder los mismos. Si se quiere reforzar la información de los socios, se puede hacer uso del artículo 173.3, que dice que «*los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad*». Aunque el artículo utiliza una terminología algo confusa (gestión telemática de un sistema de alerta), creo que esta alerta debería consistir simplemente en el envío de un correo

²⁶ PÉREZ RAMOS, C.; Pactos parasociales. El Notario del siglo XXI. Octubre 2012.

electrónico a la dirección facilitada por el socio en el que se anuncie la publicación en la *web*. En este caso se deberá tener en cuenta la cuestión que se examina a continuación.

b) Comunicaciones con los socios

Parece también aconsejable hacer uso del artículo 11 quáter LSC, que prevé que: «*Las comunicaciones entre la sociedad y los socios, incluida la remisión de documentos y solicitudes e información, podrán realizarse por medios electrónicos siempre que dichas comunicaciones hubieran sido aceptadas por el socio. La sociedad habilitará, a través de la propia web corporativa, el correspondiente dispositivo de contacto con la sociedad que permita acreditar la fecha indubitada de la recepción, así como el contenido de los mensajes electrónicos intercambiados entre socios y sociedad*». Entiendo que estas comunicaciones incluyen aquellas referentes al ejercicio del derecho de adquisición preferente en el caso de transmisión de participaciones, que será uno de los problemas principales de la multitud de socios. La exigencia por la ley de *medios que permitan acreditar la recepción y el contenido* supone sin duda una dificultad, pero lo normal es que surjan proveedores de estos servicios en el mercado cuando se cree la demanda.

No se dice cómo cumplir formalmente la exigencia de que dichas comunicaciones sean aceptadas por el socio. Entiendo que cualquier forma es válida, pero también que si esa previsión de comunicación por correo electrónico está prevista en los estatutos cuando el socio adquiere tal condición, no es necesaria ninguna otra formalidad. Por tanto, entiendo que sería posible que la sociedad, antes de la ampliación, introduzca en sus estatutos la obligación del socio de facilitar una dirección de correo electrónico para todo tipo de comunicaciones.

c) La celebración de las Juntas

Para una sociedad que normalmente va a ser pequeña, pero con muchos socios dispersos geográficamente, la celebración de Juntas puede resultar un verdadero problema logístico y de coste. Probablemente, lo más adecuado para muchas de ellas y para sus socios es prever en estatutos la asistencia telemática a la que se refiere el artículo 182 LSC. Aunque dicho artículo hace referencia exclusivamente a las sociedades anónimas²⁷, si tenemos en cuenta las normas generales sobre documentos electrónicos, entiendo que no hay ningún obstáculo para la aplicación

²⁷ Artículo 182. Si en las sociedades anónimas los estatutos prevén la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos, que garanticen debidamente la identidad del sujeto, en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que, conforme a esta ley, tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accio-

de esta norma a las limitadas. Por tanto, no procede una interpretación a *sensu contrario* del artículo 182, sino reconocer esta posibilidad para las limitadas. Así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 19 de diciembre de 2012, señalando que no es contraria la naturaleza de las SSLL y que supone una forma más para los socios de ejercer sus derechos, siempre que se respete la existencia de una sede física de la Junta.

Si se trata de una SL, los estatutos deben prever que los socios puedan hacerse representar por cualquier persona, para evitar las limitaciones del artículo 183 LSC. La referencia a la representación por medios telemáticos está recogida sólo en el artículo referente a las anónimas (art. 184 LSC), a lo que cabe hacer el mismo comentario que a la cuestión anterior: no hay razón para no aplicarlo a las limitadas, y así lo entiende la misma resolución señalando que el «artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, expresamente determina que la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel». Por lo que concluye: «De acuerdo con lo expuesto, ha de entenderse que la expresión contenida en el artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital de que en las sociedades de responsabilidad limitada la representación ha de constar por escrito no excluye otras formas de constancia y prueba de que la representación ha sido otorgada, como pueden ser los medios telemáticos o incluso audiovisuales, siempre que quede constancia en soporte grabado para su ulterior prueba». El problema se reducirá, por tanto, a establecer los medios electrónicos que garanticen la seguridad y la prueba de la existencia de esos documentos electrónicos.

d) La suscripción de los títulos por los socios y su formalización en escritura pública

Un problema que se va a encontrar el promotor es cómo realizar el aumento de capital de la sociedad. Reunir a los socios haría casi imposible la operación, pero entiendo que no es necesario. El acuerdo de aumento de capital se toma sólo por los socios originales, y la suscripción de las acciones o participaciones tampoco requiere la presencia sino el simple desembolso por los nuevos socios.

La elevación a escritura pública del acuerdo de aumento de capital es necesaria, pero basta que comparezca el administrador (o persona facultada para elevar a público por su cargo o por poder inscrito) aportando la certificación de los acuerdos, por lo que en ese momento tampoco hace falta la presencia de los nuevos socios. Lo que sí hace falta es que el promotor obtenga de los aportantes su nombre, apellidos, DNI, domicilio, y parece también muy conveniente el correo

nistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

electrónico, datos todos ellos que se deben obtener por la plataforma en el proceso de registro de usuarios.

En relación con el desembolso del capital, es necesario que se acredite la realidad de las aportaciones conforme al artículo 62 LSC, que establece: *«deberá acreditarse la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura, o mediante su entrega para que aquél lo constituya a nombre de ella»*.

Lo normal es que se haga con certificación bancaria, pero esto puede plantear problemas cuando la transferencia se hace desde una plataforma de pagos y de una sola vez. En principio, no parece que la entidad bancaria en la que se realiza el depósito vaya a tener la información de las cantidades aportadas por cada socio, pero entiendo que eso no es necesario, pues no lo exige ni la LSC ni el Reglamento del Registro Mercantil (art. 132), siendo sólo necesario que el depósito se haga a nombre de la sociedad y que se haga constar la fecha del mismo, para poder comprobar que no es anterior en más de dos meses al acuerdo de aumento.

La posibilidad de entrega del importe desde la plataforma de pago directamente al notario para que lo deposite a nombre de la sociedad puede suponer una garantía para los nuevos socios en este tipo de operaciones, pues se podría hacer coincidir el desembolso al promotor con el aumento de capital. Puede plantearse la duda de si es posible que ese depósito se haga por una transferencia bancaria al notario, ya que éste no puede aceptar depósitos al margen de los documentos que autorice, y en ese sentido el artículo 132 RRM prevé que: *«La solicitud de constitución del depósito se consignará en la escritura. En el plazo de cinco días hábiles, el Notario constituirá el depósito en una entidad de crédito, haciéndolo constar así en la escritura matriz por medio de diligencia separada»*. Entiendo que esto se podría cumplir si se programa la firma de la escritura para el mismo día de la recepción de la transferencia bancaria: el notario recibe en una cuenta de depósitos la cantidad para su depósito a nombre de la sociedad el mismo día de otorgamiento de la escritura, y a su vez hace transferencia a una cuenta de la sociedad, haciéndolo constar por diligencia. La transferencia recibida se puede devolver por el notario que la ha recibido, por lo que no se vulneraría el carácter voluntario del depósito notarial.

La plataforma —y quizá la ley— debería prever al menos un sistema de comunicación de la escritura de aumento de capital a los participantes, pues ésta va a constituir su título de propiedad. Aunque se puede pensar que la sociedad envíe un certificado de la titularidad expedido por la persona con facultad certificante en la misma, el conocimiento de la concreta escritura de aumento de capital es fundamental para acreditar su titularidad y para la eventual venta de sus acciones o participaciones.

IV. CONCLUSIONES

Respecto de la regulación prevista, creo que el legislador debe ser prudente y tener en cuenta todos los intereses en juego. La norma británica destaca los riesgos de este tipo de inversión, pero al mismo tiempo hace un estudio de los costes y beneficios de la regulación y de los fallos de mercado. Es decir, se trata de estimar si los costes que conlleva toda regulación están compensados por los beneficios que va a producir, y si algunos de los riesgos del sistema no requieren regulación porque se resolverán a través de los mecanismos del mercado, es decir, a través de la competencia entre las plataformas. Hay que tener claro que la finalidad de la regulación de este sistema no es sólo la protección del inversor, pues para esto bastaría con prohibir: se trata de equilibrar esta protección con la promoción de este sistema de financiación.

Se trata de conseguir una protección razonable y proporcionada, que es la que en general resulta del Anteproyecto, si bien, tras el examen hecho antes, cabría destacar los siguientes puntos de conflicto:

- Debe desaparecer la exclusión de los inversores profesionales. No se protege con ello ningún interés razonable, supone ignorar cómo en realidad funciona este tipo de financiación, no tiene ningún precedente en la legislación comparada y puede suponer un obstáculo muy serio para el desarrollo de esta financiación en España.
- Las medidas de protección del inversor deberían distinguir entre inversores minoristas y no minoristas. De otra forma, los requisitos impuestos a los primeros serán claramente desproporcionados para los segundos, dando lugar a una disminución de la inversión sin que aumente la protección.
- No tiene sentido hacer responder a las PFPs de la veracidad de toda la información suministrada por el promotor, y conviene, en cambio, destacar que no ofrecen una garantía a la inversión, para no crear falsas expectativas en los inversores.
- Los requisitos de capitalización, supervisión y registro no deben ser demasiado onerosos, para evitar que supongan insalvables barreras de entrada a nuevas PFPs.
- El acento se debe poner en la transparencia y la información. Por ello parecen adecuadas las obligaciones de información al inversor establecidas, pero deberían ser completadas con la obligación de las PFPs de realizar un cuestionario al inversor para asegurarse de la debida comprensión de los riesgos principales de la inversión. Además se deberían mencionar entre los riesgos los de no obtención de dividendos y de venta de control

sin contar con los minoritarios. Puede que sea aconsejable obligar a incluir en los estatutos un derecho de acompañamiento o *tag-along*.

Las obligaciones de información y transparencia, aparte de las generales sobre la plataforma y las especiales sobre el proyecto, deberían ampliarse al funcionamiento de la PFP. Debe ser obligatorio publicar unas estadísticas de proyectos propuestos, seleccionados y financiados, y sobre todo una estadística sobre los proyectos que han tenido éxito y que han fracasado en los cinco años siguientes a la financiación.

En cualquier caso, el éxito del sistema no va a depender tanto del gobierno o del regulador como de las propias plataformas. Deben extremar la prudencia, pues tratar de obtener un gran volumen de inversión rápidamente puede llevar al desprestigio y a la pronta desaparición de algunas de ellas o incluso de todo el sistema. Por ello creo que deben prestar especial atención a los siguientes puntos:

- Advertir de manera abierta de los grandes riesgos típicos de la inversión en empresas de nueva creación. Sería contraproducente tratar de vender este sistema como adecuado para cualquier pequeño inversor, pues sólo se adapta a los inversores profesionales o a los minoristas que tengan un conocimiento especial del sector o del proyecto. También deben publicar, en su caso, los resultados de las experiencias pasadas de los promotores.
- Hacer un examen exigente de los proyectos presentados, no sólo para evitar el fraude, sino para tratar de asegurarse de que tienen un plan de negocio razonable.
- Ser transparentes en el funcionamiento de la plataforma: criterios de admisión, número de proyectos publicados y aprobados, ratios de éxito, etc.
- Favorecer la transparencia en cada proyecto publicando las preguntas que se hacen por los inversores sobre el proyecto y las contestaciones.
- Asesorar a los promotores en las materias mercantiles y crear modelos de inversión y estatutos que sean claros, y que en la medida de lo posible protejan a los minoritarios (en materia de dilución, dividendos, etc.).

A mi juicio, la inversión en masa no alcanzará nunca volúmenes enormes ni sustituirá a otras formas de financiación, pero puede tener una capital importancia en el lanzamiento de las empresas que más dificultades encuentran actualmente para financiarse. De lo que no cabe duda, a mi juicio, es que estamos en el momento y en el lugar adecuados para que prosperen estas iniciativas. Existe una necesidad apremiante de creación de nuevas empresas y, a pesar de los agoreros, España tiene un gran potencial para ello. Tenemos, por una parte, una población

con un nivel de educación alto, y tras los años de crisis somos —por desgracia, pero no hay mal que por bien no venga— muy competitivos a nivel salarial. Además existen unas infraestructuras inmejorables, una calidad de vida altísima, unos servicios públicos (con la sanidad a la cabeza) de primer nivel, lo que implica una gran capacidad para atraer inversión y talento. Esperemos que entre todos sepamos aprovechar la oportunidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGRAWAL, A.; CATALINI, C.; GOLDFARB, A.: *The Geography of Crowdfunding*. University of Toronto. January 6, 2011

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: «Fusión apalancada y capital riesgo: su relación con la prohibición de asistencia financiera y su régimen en la LME», en *El capital riesgo y su operativa*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

— «Financiación para empresas innovadoras: capital riesgo, *business angels*, nuevo “crowdfunding”», diario *La Ley*, ISSN 1138-9907, núm. 8033, 2013.

— «Alternativas de financiación para las empresas: capital riesgo, *Business angels*, nuevo “crowdfunding”», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. LIII.

— «Capital riesgo, private equity y LBOs: crisis financiera y necesidad de un cambio de modelo», *Revista del Mercado de Valores*, núm. 13, 2013.

— «Crisis y derecho de sociedades: nuevos problemas y respuestas», *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2012, núm. 81.

BANCO MUNDIAL: *Crowdfunding potential for the developing world*. InfoDev. Banco Mundial. 2013. <http://www.infodev.org/crowdfunding>.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA AL PARLAMENTO. *Unleashing the potential of Crowdfunding in the European Union*, Brussels, 27.3.2014, COM(2014) 172, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/crowdfunding/140327communication_en.pdf

DE BUYSERE, GAJDA, KLEVERLANTEPROYECTON, M.: 2012. *A framework for European crowdfunding*.

FCA: *The FCA's regulatory approach to crowdfunding over the internet, and the promotion of non-readily realisable securities by other media*. <http://www.fca.org.uk/news/firms/ps14-04-crowdfunding>.

GIMENO, M.: «Aproximación a la naturaleza jurídica del cf», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 291, enero-marzo 2014.

MOLLICK, E.: «The dynamics of crowdfunding: An exploratory study», *Journal of business venturing*, 29, 2014.

— «Swept Away by the Crowd? Crowdfunding, Venture Capital, and the Selection of Entrepreneurs», *Social Science Research Network*, March 25, 2013.

PÉREZ RAMOS, C.: «Pactos parasociales», *El Notario del siglo XXI*, octubre 2012.

ROTHLER, C.: *Crowdfunding schemes in Europe*, EENC, report, septiembre 2011.

SCHWIENBACHER, A. & LARRALDE, B.: «Crowdfunding of small entrepreneurial ventures», book chapter forthcoming in *Handbook of Entrepreneurial Finance* (Oxford University Press), September 28, 2010.

(Trabajo recibido el 20/5/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)

LA LEY DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES. EL CONCURSO DE PERSONA FÍSICA Y EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

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

RESUMEN

Con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se quiere potenciar y fortalecer el tejido empresarial y profesional en España, favoreciendo su desarrollo, crecimiento e internacionalización y, asimismo, fomentar la cultura emprendedora, abordando los problemas estructurales del entorno empresarial. A tal fin, crea la figura del emprendedor de responsabilidad limitada e introduce reformas en la Ley Concursal, centradas en el concurso de la persona física y el régimen de exoneración, en caso de conclusión del concurso por liquidación en una suerte de segunda oportunidad o *fresh start* y otra tendente a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos. Sobre estas materias vamos a centrar el presente estudio.

Palabras clave: Emprendedor de responsabilidad limitada, exoneración de deudas, acuerdo extrajudicial de pagos, remisión de deudas, insolvencia, consumidor, *fresh start*.

THE ENTREPRENEUR SUPPORT LAW. NATURAL PERSON BANKRUPTCY AND EXTRAJUDICIAL PAYMENT AGREEMENT

ABSTRACT

The Law 14/2013 of september 27 entrepreneurs to Support and internationalization, it wants to promote and to strengthen the managerial fabric and professional in Spain,

favoring his development, growth and internationalization and, likewise, to promote the enterprising culture, approaching the structural problems of the managerial environment. To such an end it creates the figure of the entrepreneur of limited responsibility and introduces reforms in the Law Concursal centred on the natural person's contest and the regime of exoneration in case of conclusion of the contest for liquidation in a lack of the second opportunity or fresh start and the other one tending to achieving an extrajudicial agreement of payments. On these matters we are going to centre the present study.

Keywords: Limited liability entrepreneur, out of court payment agreements, debts discharge, consumer, insolvency, fresh start.

SUMARIO. I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.—III. CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LEY DE EMPRENDEDORES. 1. Exoneración de deudas de los concursados personas físicas en los casos de conclusión del concurso por liquidación. 2. Acuerdo extrajudicial de pagos.—IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 579 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL POR LEY 1/2013, DE 15 DE MAYO.—V. EL RÉGIMEN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, pertenece al grupo de nuevas leyes con la que el legislador trata de reactivar y dinamizar la economía española y el crecimiento económico, buscando para ello fortalecer el tejido empresarial de forma duradera. Con esta norma no sólo se aspira a impulsar la actividad de manera coyuntural, sino que también se abordan los problemas estructurales del entorno empresarial en España. Su aprobación supone un intento de agilizar la puesta en marcha de empresas en nuestro país o, en su caso, facilitando su reconversión o liquidación a través del concurso, sin merma de la capacidad empresarial de quien ha perdido su empresa, para asumir nuevos riesgos, como son la creación de una nueva empresa. Nace, pues, de los compromisos asumidos por España con la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional en el marco de las medidas para salir de la crisis.

Se compone de un total de setenta y seis artículos, dieciséis disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales.

Así, el título preliminar —«Disposiciones generales»— establece el objeto, ámbito de aplicación y la definición de emprendedor. El concepto de emprendedor se define de forma amplia, como aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que van a desarrollar o están desarrollando una actividad económica productiva. Así, se pretende que las medidas de la Ley puedan beneficiar a todas las empresas, con independencia de su tamaño y de la etapa del ciclo empresarial en la que se encuentren. Ello sin perjuicio de que determinadas disposiciones de la Ley acoten el ámbito de algunas medidas a ciertos emprendedores, fundamentalmente en función de su tamaño o del estadio en el que se encuentren.

El título I —«Apoyo a la iniciativa emprendedora»— contiene una serie de medidas en diversos ámbitos para incentivar la cultura emprendedora y facilitar el inicio de actividades empresariales.

En el capítulo I —«Educación en emprendimiento»— se incorporan medidas para que los jóvenes adquieran, a través del sistema educativo, las competencias y habilidades requeridas para emprender.

La idea del emprendedor y de la cultura empresarial, como elementos indispensables para el desarrollo económico y social de España, se ha venido introduciendo de forma expresa en algunas etapas educativas, pero se considera necesario subrayar y ampliar este elemento, incorporándolo como objetivo específico en todas las etapas de la educación básica, así como en la Formación Profesional y en el bachillerato. Consecuentemente, se encomienda a las administraciones educativas la revisión y adecuación de los currículos de las enseñanzas regladas a estos nuevos objetivos.

Para fomentar la cultura del emprendimiento resulta necesario prestar especial atención a las enseñanzas universitarias, de modo que las universidades lleven a cabo tareas de información y asesoramiento para que los estudiantes se inicien en el emprendimiento.

A efectos de promover a través del sistema educativo la cultura del emprendimiento es esencial que el profesorado reúna las competencias y habilidades necesarias para cumplir de forma eficaz tal objetivo. A tal efecto, se contemplan medidas que inciden tanto sobre la formación inicial como sobre la formación permanente del profesorado, siempre en colaboración con las Comunidades Autónomas.

Además, las medidas que esta Ley introduce en el ámbito educativo deben completarse con las de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, que prevé la estimulación del espíritu emprendedor a través de la posibilidad de elección de las trayectorias educativas más adecuadas y de la creación de las condiciones para que todos los alumnos puedan adquirir y expresar sus talentos.

En el capítulo II —«El Emprendedor de Responsabilidad Limitada»— se crea una nueva figura, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada, gracias a la cual las personas físicas podrán evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales afecte a su vivienda habitual bajo determinadas condiciones.

El empresario es libre de constituirse en emprendedor de responsabilidad limitada, pero si lo hace deberá cumplir las obligaciones establecidas en el nuevo marco jurídico.

La creación de esta figura va acompañada de las oportunas garantías para los acreedores y para la seguridad jurídica en el tráfico mercantil. En este sentido, la operatividad de la limitación de responsabilidad queda condicionada a la inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad.

Conforme a la disposición adicional primera de esta Ley, se exceptúan de la limitación de responsabilidad las deudas de derecho público. Los procedimientos de ejecución de estas deudas serán los establecidos en su normativa especial, con las especialidades previstas en la citada disposición adicional primera.

El capítulo III —«Sociedad Limitada de Formación Sucesiva»— prevé la creación de una nueva figura de sociedad, la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS), sin capital mínimo, cuyo régimen será idéntico al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, excepto ciertas obligaciones específicas tendientes a garantizar una adecuada protección de terceros. Esta figura se inspira en las reformas adoptadas por otros países de nuestro entorno (Alemania, Bélgica) y su objetivo es abaratar el coste inicial de constituir una sociedad. Para garantizar una adecuada protección de terceros, se prevé un régimen especial para este subtipo societario, hasta que la sociedad no alcance voluntariamente el capital social mínimo para la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Estas sociedades estarán sometidas a límites y obligaciones para reforzar sus recursos propios y para impulsar que estas empresas crezcan a través de la autofinanciación (inversión de los resultados de la actividad empresarial). En particular, se endurece el deber de dotación de reserva legal (siempre deberá dotarse por un veinte por ciento del beneficio) y se prohíbe la distribución de dividendos hasta que el patrimonio neto alcance el capital mínimo requerido para las sociedades de responsabilidad limitada. Asimismo, se limita la retribución anual de los socios y administradores, que no podrá exceder del veinte por ciento del beneficio del patrimonio neto. Además, en caso de liquidación, los socios y administradores de las Sociedades Limitadas de Formación Sucesiva responderán solidariamente del desembolso del capital mínimo requerido para las sociedades de responsabilidad limitada, si el patrimonio fuera insuficiente para atender el pago de las obligaciones. Si bien, no se plantea para nada la responsabilidad de los socios por infracapitalización material (capital propio inferior al exigido por el riesgo empresarial asumido), ni por infracapitalización nominal (cuando los socios aportan los fondos que necesita la sociedad en concepto de préstamo y no de capital).

El capítulo IV —«Inicio de la actividad emprendedora»— introduce medidas para agilizar el inicio de la actividad de los emprendedores.

Por un lado, se crean los Puntos de Atención al Emprendedor, que serán ventanillas únicas electrónicas o presenciales a través de las que se podrán realizar todos y cada uno de los trámites para el inicio, ejercicio y cese de la actividad

empresarial. Se garantiza la existencia de al menos un Punto de Atención al Emprendedor electrónico en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que prestará la totalidad de los servicios previstos en esta Ley. Este punto nace de la integración de las múltiples ventanillas que hoy existen de asistencia en el inicio de la actividad a nivel estatal. Por otro lado, los emprendedores podrán constituirse de forma ágil, tanto como empresarios de responsabilidad limitada como en forma societaria, a través de sistemas telemáticos.

El capítulo V —«Acuerdo extrajudicial de pagos»— prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.

El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación, como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse el acuerdo y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el acuerdo.

El título II —«Apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los emprendedores»— contiene diversas medidas fiscales y en materia de Seguridad Social de apoyo al emprendedor.

Para paliar los problemas de liquidez y de acceso al crédito de las empresas, se crea, en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido, un régimen especial del criterio de caja.

El nuevo régimen especial optativo para el sujeto pasivo determinará su aplicación para todas sus operaciones, con algunas excepciones, como las operaciones intracomunitarias y las sometidas a otros regímenes especiales del Impuesto.

Por último, se prevé, asimismo, el devengo de las cuotas repercutidas y la deducción de las cuotas soportadas respecto de las operaciones a las que haya sido de aplicación el régimen especial, que estuvieran aún pendientes de devengo o deducción en los supuestos de concurso de acreedores y de modificación de base imponible por créditos incobrables.

En relación con el Impuesto sobre Sociedades, se establece, en primer lugar, con el objeto de fomentar la capitalización empresarial y la inversión en activos

nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias, afectos a actividades económicas, una nueva deducción por inversión de beneficios para aquellas entidades que tengan la condición de empresas de reducida dimensión, vinculada a la creación de una reserva mercantil de carácter indisponible. Esta medida supone una tributación reducida para aquella parte de los beneficios empresariales que se destine a la inversión, respecto de los que sean objeto de distribución, por cuanto los primeros quedarán sometidos, con carácter general, a un tipo de gravamen del quince por ciento.

Asimismo, se modifica el régimen fiscal aplicable a las rentas procedentes de determinados activos intangibles, en coherencia con el existente en países de nuestro entorno. En este sentido, se pretende que el incentivo recaiga sobre la renta neta derivada del activo cedido y no sobre los ingresos procedentes del mismo, evitando posibles supuestos de desimposición no deseados por la norma. Se amplía, por otra parte, la aplicación del régimen fiscal para los activos que se generen en la entidad cedente de forma sustancial y para los supuestos de transmisión de los activos intangibles. Por último, en aras a proporcionar seguridad jurídica en la aplicación de este incentivo, se podrán solicitar a la Administración tributaria acuerdos previos que versen sobre la calificación de los activos como válidos a efectos de este régimen fiscal, así como la valoración de los ingresos y gastos relacionados con la cesión de los mismos, o bien exclusivamente sobre la valoración de los referidos ingresos y gastos.

Con el objeto de favorecer la captación por empresas, de nueva o reciente creación, de fondos propios procedentes de contribuyentes que, además del capital financiero, aporten sus conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la sociedad en la que invierten, inversor de proximidad o «business angel», o de aquellos que sólo estén interesados en aportar capital, capital semilla, se establece un nuevo incentivo fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Como consecuencia de lo anterior, se suprime el régimen fiscal establecido para inversiones en empresas de nueva o reciente creación por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, si bien, en aras del principio de seguridad jurídica, se incorpora un régimen transitorio para las inversiones efectuadas con anterioridad.

Adicionalmente, se introducen las modificaciones necesarias para la aplicación de la nueva deducción por inversión de beneficios a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Por último, para no penalizar excesivamente a aquellos trabajadores que cotizan en el Régimen General y que vienen obligados a cotizar en otro Régimen a tiempo completo cuando realizan una actividad económica alternativa, se reducen las cuotas de la Seguridad Social, de forma que aliviará la actual penalización y se incentivará la pluriactividad, estimulando nuevas altas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Esto facilitaría el control de las actividades no declaradas y que suponen una grave competencia desleal hacia los autónomos que sí las declaran.

El título III —«Apoyo a la financiación de los emprendedores»— contempla medidas para apoyar la financiación de los emprendedores.

Se modifica la Ley Concursal en la materia preconcursal de los acuerdos de refinanciación con un doble propósito: de una parte, para regular de una manera más completa y a la par más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos, de suerte que pueda solicitarse del registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado; de otra parte, para incluir una regla más flexible y más clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo y que constituye el requisito legal mínimo para su potestativa homologación judicial.

Adicionalmente, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo un nuevo instrumento financiero a emitir por las entidades de crédito conocido como «cédulas de internacionalización». Se trata de un activo garantizado por préstamos concedidos por la entidad que están destinados a la internacionalización de empresas.

Con las modificaciones que ahora se llevan a cabo, se persiguen dos objetivos. Por un lado, perfeccionar el marco regulatorio de las cédulas de internacionalización, añadiendo más claridad a los activos que sirven como cobertura. Por otro lado, crear un nuevo instrumento, los «bonos de internacionalización», con el fin de añadir mayor flexibilidad a la emisión de títulos que tengan como cobertura préstamos vinculados a la internacionalización.

El título IV —«Apoyo al crecimiento y desarrollo de los proyectos empresariales»— se dedica a medidas para fomentar el crecimiento empresarial.

El capítulo I —«Simplificación de cargas administrativas»— prevé diversas medidas de reducción de cargas administrativas. Así, se revisará el clima de negocios a través de la mejora de la regulación de las actividades económicas. Por otro lado, se establece que, para reducir las cargas administrativas a las que se enfrentan los emprendedores, las Administraciones Públicas deberán asegurarse de eliminar al menos una carga por cada una que introduzcan y siempre a coste equiva-

lente. Asimismo, se garantiza que los empresarios no deban contestar más de una encuesta para el Instituto Nacional de Estadística durante el primer año de actividad, si tienen menos de cincuenta trabajadores. Asimismo, de acuerdo con la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, evitando en la medida de lo posible la reiterada consulta a los emprendedores cuando están iniciando su andadura empresarial, los servicios estatales de estadística tendrán acceso a los datos obrantes en fuentes administrativas de las Administraciones Públicas para la elaboración de estadísticas para fines estatales.

También se amplían los supuestos en que las PYMES podrán asumir directamente la prevención de riesgos laborales, en caso de empresarios con un único centro de trabajo y hasta veinticinco trabajadores.

Asimismo, se elimina la obligación de que las empresas tengan, en cada centro de trabajo, un libro de visitas a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En su lugar, será la Inspección de Trabajo la que se encargue de mantener esa información a partir del libro electrónico de visitas que desarrolle la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Y, finalmente, se crea en el artículo 41 los denominados «apoderamientos electrónicos». En concreto, se regula una nueva forma mediante la que los administradores, apoderados sociales o emprendedores de responsabilidad limitada, pueden tanto apoderar a determinadas personas como revocar el poder que les ha conferido. Mediante esta nueva forma se permite que se pueda realizar el apoderamiento en documento electrónico firmado con la firma electrónica reconocida del poderdante. Este documento electrónico puede tener acceso al «Registro que corresponda».

El capítulo II —«Medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores»— contempla medidas para eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública, de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas.

Se prevé la posibilidad de que los empresarios puedan darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. El objetivo de estas medidas es fomentar la creación de uniones de empresarios con el fin de que en conjunto alcancen las condiciones que se les exigen en los pliegos de contratación.

Se elevan los umbrales para la exigencia de la clasificación en los contratos de obras y de servicios, que viene siendo una traba para muchas empresas, especialmente para aquellas de menor tamaño o de nueva creación, ya que no logran cumplir con todos los requisitos exigidos para obtener la correspondiente clasificación.

En particular, en los contratos de obras, el umbral se eleva en 150.000 euros, pasando de 350.000 euros a los 500.000 euros, y en 80.000 euros para los contratos de servicios, pasando de 120.000 a 200.000 euros.

Se prevé que la garantía en los contratos de obra pueda constituirse mediante retención en el precio y se acortan los plazos para la devolución de garantías, pasando de doce meses a seis meses en caso de que la empresa adjudicataria sea una pequeña y mediana empresa.

Y se incluye en la Ley la prohibición de discriminar a favor de contratistas previos en los procedimientos de contratación pública y se declaran nulos de pleno derecho los actos y disposiciones que otorguen estas ventajas.

Además, se prevé que los licitadores puedan aportar una declaración responsable indicando que cumplen las condiciones legalmente establecidas para contratar con la Administración.

Por otra parte, con el fin de luchar contra la morosidad, se reduce de ocho a seis meses el plazo de demora para solicitar la resolución del contrato en caso de que la empresa adjudicataria sea una PYME y se incluye un nuevo precepto para permitir un mayor control por parte de las Administraciones Públicas de los pagos que los contratistas adjudicatarios deben hacer a los subcontratistas.

En el capítulo III —«Simplificación de los requisitos de información económica financiera»— se flexibilizan las exigencias de contabilidad de las empresas de menor dimensión, en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Cabe destacar la elevación de los umbrales para la formulación del balance abreviado, acercándolos a los de la Directiva comunitaria, de forma que más empresas puedan optar por formular también la memoria abreviada y estén exentas de elaborar el Estado de Flujos de Efectivo. En concreto, el artículo 257.1 de la Ley de Sociedades de Capital fija un total de activo de cuatro millones de euros, un importe neto de la cifra de negocios no superior a ocho millones y número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no superior a 50. Sin embargo, se mantienen los preexistentes para la obligación de auditoría (2,8 millones y 5,7 millones, respectivamente), que es la que precisamente genera más costes.

El título V —«Internacionalización de la economía española»— se compone de dos secciones.

La Sección 1.^a —«Fomento de la internacionalización»— refuerza el marco institucional de fomento a la internacionalización, así como algunos de los principales instrumentos financieros de apoyo a la misma.

El capítulo I —«Estrategia de fomento de la internacionalización»— introduce un proceso transparente de definición conjunta entre el sector público y privado de una estrategia española de internacionalización, que se plasmará en el Plan Estratégico de Internacionalización de la Economía Española, con una periodicidad definida y dirigido por el Ministerio de Economía y Competitividad.

El capítulo II —«Instrumentos y Organismos Comerciales y de Apoyo a la Empresa»— se dirige al fortalecimiento del Servicio Exterior del Estado y de los organismos de apoyo a la internacionalización, potenciando, por un lado, la actuación de la Red Exterior y Territorial del Ministerio de Economía y Competitividad, compuesta por las Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior integradas en las Misiones Diplomáticas o las Representaciones Permanentes, y las Direcciones Territoriales y Provinciales de Economía y Comercio y reforzando, por otro lado, el papel de ICEX España Exportación e Inversiones, como organismo de impulso de la internacionalización y competitividad de las empresas españolas en todas sus fases del proceso de internacionalización.

El capítulo III —«Instrumentos y Organismos de Apoyo Financiero»— afronta la dificultad de acceso al crédito de las empresas españolas. Para ello, se sistematizan los organismos financieros de la acción del Gobierno en materia de internacionalización de la economía española y las empresas (el Instituto de Crédito Oficial, la Compañía Española de Financiación del Desarrollo y la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, S. A.), así como los instrumentos de apoyo financiero, lo que requiere el refuerzo de los instrumentos disponibles por los distintos actores del sector público en el ámbito de la internacionalización, en especial aquellos en manos del Instituto de Crédito Oficial (ICO), la Compañía Española de Financiación del Desarrollo COFIDES, S. A. (COFIDES), el Fondo para la Internacionalización de la Empresa (FIEM) y la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, S. A. (CESCE).

Adicionalmente, se refuerzan algunos de estos instrumentos de apoyo financiero (el Fondo para Inversiones en el Exterior, FIEX; el Fondo para la Internacionalización de la Empresa, FIEM, y el Convenio de Ajuste Recíproco de Intereses), mediante la incorporación de diferentes modificaciones dirigidas a mejorar su gestión, eliminar determinadas restricciones y ampliar su ámbito de actuación.

En el capítulo IV —«Otros Instrumentos y Organismos de Apoyo a la Internacionalización»— se desarrollan los mecanismos necesarios para fomentar que las empresas españolas tengan un mayor acceso a los proyectos abiertos a concurso por las instituciones financieras internacionales en otros países.

La Sección 2.^a —«Movilidad internacional»— regula determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a

España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges e hijos mayores, a través de un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional.

En lo que se refiere a las *disposiciones adicionales*, la primera establece el régimen aplicable a las deudas de derecho público de los emprendedores de responsabilidad limitada. Para el cobro de estas deudas, podrá embargarse la vivienda habitual, según el procedimiento especial de embargo previsto en su normativa específica.

Se prevé, a través del resto de las disposiciones adicionales, la integración de las ventanillas únicas existentes a nivel estatal en el Punto de Atención al Emprendedor, la colaboración con otros sistemas electrónicos con ocasión de la constitución de sociedades utilizando el Documento Único Electrónico y una serie de disposiciones para la aplicación de la Sección 2.^a del Título V, entre las que destacan la tramitación de las autorizaciones a través del procedimiento único de solicitud de un permiso único y la no aplicación del criterio de la situación nacional de empleo para las autorizaciones reguladas. Asimismo, se reconoce a la «miniempresa» o empresa de estudiantes como herramienta pedagógica, a través de la cual se podrán realizar transacciones económicas y monetarias, emitir facturas y abrir cuentas bancarias. Estas empresas durarán un año, prorrogable a dos, transcurridos los cuales se liquidarán. Los estudiantes podrían, a través de ellas, realizar transacciones reales, sin necesidad de embarcarse en el riesgo que supone crear una empresa real. Por último, se regula el régimen de transición para la completa desaparición de determinados índices o tipos de referencia privados de carácter oficial por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario.

La disposición derogatoria deroga expresamente la Ley 11/1983, de 16 de agosto, de Medidas Financieras de Estímulo a la Exportación; el artículo 13 bis de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; el artículo 9.2 de la Orden ITC/138/2009, de 28 de enero de 2009, por la que se regulan diversos aspectos relacionados con la concesión de apoyo oficial al crédito a la exportación mediante convenios de ajuste recíproco de intereses; las letras a) a f), ambas incluidas, del apartado uno del artículo 5, las letras a) y b) del apartado dos y el apartado tres del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; y, por último, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013, queda derogado el apartado 3 de la disposición adicional décima del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

En cuanto al contenido de las *disposiciones finales* se especifica el título competencial por el que se modifica cada norma y se prevé, a través de la modificación del Estatuto del Trabajador Autónomo, una medida adicional destinada a facilitar una segunda oportunidad a los autónomos afectados por un procedimiento administrativo de ejecución de deudas, consistente en la ampliación, de uno a dos años, del plazo que debe mediar entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación, cuando afecte a la residencia habitual de un autónomo.

Asimismo, se modifica la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, para ampliar, de 300 a 500 metros cuadrados, el umbral de superficie máxima de los establecimientos que estarán exentos de licencia municipal, así como para ampliar, a cuarenta y tres actividades adicionales, el anexo de la citada Ley, que contiene la lista de actividades exentas de solicitar una licencia municipal.

Por último, se habilita al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Ley y se prevé su entrada en vigor, que en general se produce al día siguiente de su publicación en el BOE —29 septiembre 2013—, salvo para el capítulo V del título I, relativo al acuerdo extrajudicial de pagos, las medidas tributarias y el artículo 35, relativo a la cifra mínima del capital social de las sociedades de garantía recíproca, para los cuales se establecen distintas fechas para su entrada en vigor.

Esta Ley tiene por objeto apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización (artículo 1). Por tanto, el objeto de la Ley es fundamentalmente apoyar al emprendedor y la actividad empresarial o profesional, con independencia de si se trata de personas físicas o jurídicas, en cualquiera de sus formas posibles.

Esta Ley es de aplicación a todas las actividades económicas y de fomento de la internacionalización realizada por los emprendedores en el territorio español (artículo 2).

Se consideran emprendedores «aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley» (artículo 3). De forma similar, a la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación se comprende en dicho término a todos los empresarios mercantiles, no mercantiles y los profesio-

nales, siempre en términos de personas físicas¹. Quedan fuera de este concepto las comunidades de bienes que, si bien vienen siendo utilizadas en el tráfico para realizar actividades económicas de variada índole, carecen de personalidad jurídica. No obstante, si se trata de una comunidad empresa o una comunidad hereditaria que amparándose en el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria o/y en el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, explota una actividad económica y externalizan su actividad unificada a través de una razón común, supondría que estaríamos ante una sociedad de carácter irregular, en cuyo caso, por ostentar la condición de persona jurídica dimanante de la sociedad externa, debemos comprenderlas también en el ámbito de la Ley de Apoyo a los Emprendedores (LAEI), en el marco de la sociedad irregular, sin atender a su forma inicial de comunidad de bienes².

Por otra parte, la LAIE gira en torno a cuatro ejes: 1. Apoyo a la iniciativa empresarial; 2. Financiación a los emprendedores; 3. Simplificación de cargas administrativas; y 4. Modificación del Estatuto del Trabajador Autónomo³.

En este contexto, por razones de espacio, el presente estudio se va a centrar en el emprendedor de responsabilidad limitada, concurso de la persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos.

II. EL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Se regula en los artículos 7 a 11 y 14 de la Ley de Emprendedores, así como en la disposición adicional primera y décima de esta Ley. En tales preceptos y disposiciones se reconoce a los empresarios individuales y profesionales una cierta limitación de responsabilidad por deudas privadas en los casos en que se cumplan las exigencias legales. Al respecto, dispone el artículo 7: *«El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de Respon-*

¹ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *La Ley*, núm. 8290, sección Documento on-line, 11 diciembre 2013, p. 2, señala que «la figura del emprendedor se aproxima a un Derecho de Mercado, que es en el que también se ancla la Propuesta del Código Mercantil, si bien esta última ha utilizado una terminología y una delimitación subjetiva más correcta, desde la técnica jurídica, puesto que ha mantenido el término empresario —incluyendo frente al CCom. a los agricultores, ganaderos y artesanos que antes se excluían a través de una interpretación del artículo 1 con el artículo 326 CCom.—, deslindado del profesional, aunque ambos, empresarios y profesionales, quedan sometidos a la regulación de la Propuesta».

² MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 3.

³ VICENT CHULIÁ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 33, enero-abril 2014, p. 33.

sabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este capítulo». Se refiere al emprendedor/persona física, esto es, los comerciales personas naturales, pero también el profesional y, en general, toda aquella persona física que realice una «actividad económica productiva» podrá acceder al beneficio de cierta responsabilidad limitada, siempre y cuando se cumplan los requisitos que se establecen en la norma.

La Ley no crea una nueva figura, sino más bien una categoría de bienes inembargables, la vivienda del emprendedor⁴, que en rigor está compuesta por un único bien —la vivienda habitual del empresario o profesional— y solamente frente a los acreedores privados, pues las deudas de derecho público quedan exceptuadas de la limitación de responsabilidad (disposición adicional primera)⁵.

Se reconoce al empresario individual y, en general, a cualquier emprendedor/persona física, la posibilidad de limitar su responsabilidad por las deudas derivadas de su actividad empresarial o profesional. En concreto, la excepción que la Ley establece al principio de responsabilidad patrimonial (artículo 1911 del Código Civil y artículo 6 del Código de Comercio), con la consiguiente limitación de tal responsabilidad patrimonial de la persona natural que realice una actividad económica, permite que su vivienda habitual —sea privativa o ganancial— no pueda ser embargada ni subastada como consecuencia de las deudas generadas por su actividad. En concreto, la limitación de responsabilidad alcanza a la vivienda habitual siempre que no supere el valor de 300.000 euros, salvo que la vivienda se encuentre en vecindad de más de un millón de habitantes, es decir, en Madrid o Barcelona. En este caso, se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor anterior, lo que determinará que el valor inembargable asciende a 450.000 euros. El valor de la vivienda a estos efectos se deberá determinar de acuerdo con lo que se dispone «en la base imposible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», cuyo coste será asumido por el emprendedor.

Sobre el bien declarado exento de responsabilidad conviene realizar una serie de precisiones:

⁴ MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *La Ley*, año XXXV, núm. 8276, 21 de marzo 2014, p. 2; ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «De leyes perversas y legisladores bondadosos», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2013, p. 6. Para VICENT CHULIÁ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *op. cit.*, p. 34, no se trata de limitación de responsabilidad, sino de «declaración de inembargabilidad» de la vivienda habitual.

⁵ El Código de Comercio francés, por su parte, regula dos instituciones totalmente distintas, la declaración de inembargabilidad de determinados bienes (artículo L. 526-1 introducido por el artículo 8 de la Ley núm. 2003-721, de 1 de agosto de 2003); y el patrimonio de afectación profesional (artículo L. 526-6, en cuyo párrafo 1 dispone que: «todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin creación de una persona jurídica»).

1. La Ley habla de vivienda habitual, por lo que queda fuera del ámbito de aplicación de la norma y, por tanto, de la limitación de responsabilidad las segundas viviendas y, en general, aquellas viviendas que no son habituales de los emprendedores. Como concreta MUÑOZ GARCÍA, la vivienda habitual es «el lugar donde reside y habita de manera efectiva y con carácter permanente el Empresario de Responsabilidad Limitada, sin que sea necesario ningún período previo de residencia y sin que sea tampoco óbice el hecho de que se modifique en un corto plazo el domicilio»⁶. Lo relevante es que el Empresario de Responsabilidad Limitada habite de manera efectiva ese inmueble, que el inmueble sea una vivienda en términos jurídicos. Por lo que, si la vivienda habitual no se habita o no se hace de manera permanente, pierde la condición de vivienda y, en consecuencia, implica la pérdida de la exención desde que acontece cualquiera de estas circunstancias, lo que puede ocurrir porque no se ocupe en un determinado período prudencial, que la normativa fiscal fija en un año desde su adquisición (artículo 54 RIRPF), o porque no se convierte en permanente —si no se habita más de 183 días en el año natural, siempre que no se haya ocupado más allá de la segunda mitad del año, como determina asimismo la normativa fiscal (artículo 8.1 LIRPF)— o, en fin, porque se modifique de manera completa su calificación a otros fines.

El artículo 8.1 de la Ley menciona la vivienda habitual, tanto si es propia del emprendedor como si es común. Por lo que la exención de responsabilidad alcanza tanto la vivienda privativa de aquél como la común de ambos cónyuges, no así la privativa del cónyuge no empresario⁷.

2. A efectos legales, es irrelevante que la vivienda habitual esté o no afecta al ejercicio de la actividad empresarial o profesional. Entre las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Emprendedores, se admitió la número 85 del Grupo Parlamentario catalán, en la que se proponía eliminar la referencia a la afectación como elemento para excluir la tutela y se justificaba en que «el artículo 8.2 establece que los inmuebles que no estén afectos a actividad, pero no hace mención a la afectación parcial, situación común en un emprendedor en que “su casa” es a la vez su centro de trabajo. Por tanto, excluimos la afectación parcial de este precepto». Queda patente, por tanto, que el legislador ha querido eliminar la afectación a la actividad económica como elemento que priva de la tutela. Por lo que, si la vivienda se utiliza simultáneamente como residencia habitual y como inmueble destinado al ejercicio de la actividad empresarial o profesional, existe una tendencia mayoritaria que considera que, aunque suponga una superposición de una doble finalidad de uso, no conlleva perder los requisitos exigidos para gozar de la tutela dispensada de la LAEI y, en consecuencia, quede al margen

⁶ MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 8.

⁷ En esta línea, LUCEÑO OLIVA, J. L.: «El emprendedor de responsabilidad limitada. Mucho ruido y pocas nueces», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, noviembre 2013, p. 209.

de la responsabilidad ex artículos 7 y siguientes de la Ley, pese a que en términos económicos se encuentre integrado en el patrimonio empresarial⁸. De forma distinta es que se pretenda inscribir como vivienda habitual un inmueble destinado exclusivamente al ejercicio de la actividad profesional o empresarial, pues, en tal caso, no puede categorizarse dicho inmueble como vivienda habitual, ni, por tanto, quedar fuera de la responsabilidad dimanante de la actividad profesional o empresarial.

3. El límite legal del valor de la vivienda (300.000 euros o, en su caso, 450.000 euros) plantea algunas dudas. En el caso de que la vivienda habitual supere el valor fijado por la Ley decae la limitación de la responsabilidad por toda la vivienda o únicamente aquella que exceda de la cuantía fijada como límite legal. Para MIRANDA SERRANO, la interpretación más razonable exigiría rechazar la primera opción y acoger la segunda, pues parece discriminatorio que un emprendedor con una vivienda valorada en 295.000 euros quede amparado por esta nueva medida y, en cambio, otro emprendedor con una vivienda valorada en 301.000 euros se vea privado del beneficio de limitación de responsabilidad y puede perder la totalidad de su patrimonio. Sin embargo, como teme el autor, al exigirse la inscripción en el Registro Mercantil del emprendedor y la mención de su condición de emprendedor de responsabilidad limitada, así como también la constancia en el Registro de la Propiedad de la condición de vivienda habitual no sujeta a responsabilidad, en caso de que la vivienda supere los valores establecidos legalmente, los registradores apreciarán la existencia de un defecto no subsanable y, en consecuencia, denegarán la práctica del asiento solicitado⁹. Por el contrario, para PRATS ALBENTOSA, se debería interpretar la norma en el primer sentido; de forma que el límite a la responsabilidad patrimonial quedaría establecido en tal valor¹⁰. Otra solución ofrece BRANCÓ ENRIC cuando señala que «sólo podrá decretarse el embargo o, en su caso, la ejecución por el juez si, efectuada la tasación de la finca, excede de 300.000 euros. En la subasta no se admitirán posturas inferiores a los 300.000 euros, más la cantidad prevista para costas. Si se obtiene una cantidad superior, los primeros 300.000 euros serán para el deudor y el resto, una vez satisfechas las costas, para el acreedor. De esta forma, todos los emprendedores reciben el mismo trato, sea el valor de la finca superior o inferior a 300.000 euros. El propietario de una vivienda habitual de más de 300.000 euros perderá su casa, pero recibirá una cantidad que le permitirá acceder a otra vivienda habitual»¹¹.

⁸ MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *op. cit.*, p. 3; MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 8.

⁹ MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰ PRATS ALBENTOSA, L.: «Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8161, 2 de octubre de 2013, p. 3.

¹¹ BRANCÓ, E.: «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización», *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, p. 46.

Parece que el tenor literal de la norma determina que se impone un límite claro sustanciado en el valor indicado, por encima del mismo, no opera la exención.

Ahora bien, cuando la vivienda habitual pertenece a la sociedad de gananciales o en pro indiviso al emprendedor y su cónyuge o al emprendedor y otras personas, se considera que el límite de la responsabilidad debería resultar del valor de la cuota de la titularidad del emprendedor, de forma que no será embargable la que no supere el valor de 300.000 euros¹².

4. En la mayoría de los casos, la vivienda habitual o la cuota de la vivienda habitual estará gravada con hipoteca para asegurar la devolución de los créditos, que en caso de impago de la cuota hipotecaria supondrá su ejecución. Por lo que la norma carece en este caso de aplicación real. Sólo en el caso singular que el emprendedor tenga su vivienda libre de la hipoteca, podrá ampararse en esta exención si cumple con el resto de los requisitos que establece el artículo 8 de la Ley.

Sobre tales bases, para que la vivienda habitual quede al margen de la responsabilidad empresarial o profesional, se exige que conste la condición de empresario de responsabilidad limitada en toda la documentación, o que en ella se adicione al nombre, apellidos y datos de identificación fiscal del emprendedor las siglas «ERL» (artículo 9.2). Además, se requiere la inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad, pues el legislador parte de entender que el reconocimiento del Empresario de Responsabilidad Limitada tiene que ir acompañado necesariamente de las oportunas garantías de publicidad y transparencia para los acreedores y para la seguridad jurídica en el tráfico mercantil, como señala la Exposición de Motivos de la Ley. Como precisa PRATS ALBENTOSA, la inscripción en el Registro Mercantil convierte a éste en equivalente al Registro Civil de los emprendedores¹³.

En este contexto, la condición de empresario de responsabilidad limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mer-

¹² PRATS ALBENTOSA, L.: «Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», *op. cit.*, p. 3; MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 8. Sin embargo, para VICENT CHULIÁ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *op. cit.*, p. 43, con semejante planteamiento «no se respetaría el principio de no hacer inembargable una vivienda de lujo, que es —al parecer— la «ratio legis» de este régimen y se estarían lesionando los intereses de los acreedores más allá de lo que dispone la Ley. La solución más segura al problema es que la vivienda habitual sea bien privativo del emprendedor/a, y con un valor fiscal inferior a 300.000/450.000 euros, para lo cual habrá tenido que ser adquirido por el emprendedor/a por herencia, o donación, o contraer matrimonio en régimen de separación de bienes, o pactarlo constante matrimonio y que la vivienda habitual sea adquirida después por el emprendedor/a».

¹³ PRATS ALBENTOSA, L.: «Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», *op. cit.*, p. 3.

cantil correspondiente a su domicilio, que puede coincidir o no con el lugar en el que esté ubicada la vivienda habitual exonerada de responsabilidad. Según dispone la Ley, será título necesario para inmatricular al Empresario de Responsabilidad Limitada el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o el siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil, o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro Mercantil (artículo 9.1). Con ello parece excluirse como título apto para inmatricular el Empresario de Responsabilidad Limitada «la declaración dirigida al Registrador cuya firma se extienda o ratifique ante él» ex artículo 93.1 Reglamento del Registro Mercantil, esto es, la declaración privada en soporte papel con firma manuscrita del emprendedor. No obstante, el empresario mercantil podrá seguir inscribiéndose en el Registro Mercantil a través de este título (artículo 93.1 Reglamento del Registro Mercantil). En todo caso, para hacer constar registralmente su condición de Empresario de Responsabilidad Limitada habrá de utilizarse alguno de los dos títulos a los que se refiere el artículo 9.1 de la Ley de Emprendedores, así: el acta notarial presentada por el notario de forma telemática, o instancia firmada electrónicamente y remitida también de manera telemática al Registro Mercantil. Por su parte, para que se oponga a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad en la hoja abierta al bien (artículo 10.1). Inmatriculado el Empresario de Responsabilidad Limitada, el Registro Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al registrador de la Propiedad de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual del emprendedor (artículo 10.2). Practicada la inscripción, el registrador denegará la anotación preventiva de embargo trabado sobre el bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social (artículo 10.3). Los trámites necesarios para la inscripción registral del Empresario de Responsabilidad Limitada se podrán realizar telemáticamente a través del CIRCE y mediante Documento Único Electrónico (DUE) y desde el Punto de Atención al Emprendedor (PAE) se cumplimentará el Documento Único Electrónico y se aportará toda la documentación precisa para presentar su inscripción en el Registro Mercantil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad. El registrador mercantil, una vez recibido el DUE, deberá practicar la inscripción en seis horas hábiles y remitir al CIRCE la certificación de la inscripción practicada; tras la recepción, el registrador mercantil, cuando sea procedente, solicitará la inscripción de la inembargabilidad de la vivienda habitual por deudas profesionales en el Registro de la Propiedad competente, que dispondrá, asimismo, de seis horas para practicar la inscripción desde la recepción de la solicitud e informará de todo ello al CIRCE, que lo comunicará a la autoridad tributaria competente.

Por su parte, se fijan como aranceles registrales la cantidad de 40 euros para la inscripción en el Registro Mercantil y en 24 euros para las que se practiquen en el Registro de la Propiedad (Disposición Adicional 10.2).

Lo cierto es que la regulación del ERL impone al empresario individual la obligación de acceder al Registro Mercantil si quiere dejar su vivienda habitual al margen de la responsabilidad dimanante de su actividad profesional (artículo 9), otorgándole, por tanto, carácter constitutivo a la inscripción. También se exige que anote en el Registro de la Propiedad su condición de empresario individual (artículo 10) y que formule cuentas anuales y las deposite en el Registro Mercantil (artículo 11). Asimismo, deberá someter a autoría las cuentas anuales correspondientes a su actividad empresarial o profesional, de conformidad con lo previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada (artículo 11.1). De forma que, transcurridos siete meses desde el cierre del ejercicio social sin que se hayan depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil, el emprendedor perderá el beneficio de limitación de responsabilidad en relación con las deudas contraídas con posterioridad al fin de ese plazo, que recuperará en el momento de la presentación (artículo 11.3). Ahora bien, la exigencia de acceso al Registro Mercantil del Empresario de Responsabilidad Limitada y el concepto amplio de emprendedores que maneja la Ley plantea la cuestión que nos podemos encontrar con emprendedores que sean empresarios mercantiles y otros que no, y por definición sólo pueden acceder al Registro los emprendedores que sean empresarios mercantiles (artículo 16 del Código de Comercio). Por lo que algunos emprendedores —los que pueden recibir la consideración legal de emprendedores mercantiles— podrán ostentar la condición de ERL. Al respecto, señala MIRANDA SERRANO que se debería haber modificado el artículo 16 del Código de Comercio y, asimismo, señala que no hay que desconocer la institución de la derogación o modificación tácita de una norma por otra posterior¹⁴. En todo caso, no resulta muy práctico imponer a los emprendedores estas obligaciones registrales para conseguir el efecto ya señalado de dejar la vivienda habitual al margen de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial o profesional, cuando precisamente los empresarios o profesionales personas físicas tienen a su disposición en el ordenamiento jurídico español otras medidas alternativas más eficaces que, igualmente, permiten dejar su vivienda habitual y, en general, su patrimonio empresarial al margen de responsabilidad dimanante de su actividad empresarial o profesional. Así la figura de la sociedad de capital unipersonal, o simplemente la posibilidad de contraer matrimonio en régimen de separación de bienes, e incluir la vivienda en el patrimonio de su cónyuge o, incluso, sin abandonar el régimen de gananciales, atribuir a la vivienda la calificación de bien privativo de

¹⁴ MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *op. cit.*, p. 3.

su cónyuge (artículo 6 del Código de Comercio)¹⁵. De todas formas, conviene señalar que no es necesario el consentimiento del otro cónyuge para realizar la inscripción en el Registro de la Propiedad de la no sujeción a la responsabilidad derivada del emprendimiento, aunque la vivienda familiar sea titularidad de ambos por mitad y pro indiviso puesto que no estamos ante un acto de disposición o de gravamen (artículo 1320 del Código Civil), sino de indicación de la vivienda habitual de uno de los copropietarios a efectos de reducir su responsabilidad frente a determinadas deudas. Asimismo, si se produce un cambio de residencia habitual por el Empresario de Responsabilidad Limitada, se puede aplicar la subrogación real en el nuevo bien, si es de su propiedad, con un cambio del bien afectado ex artículo 10.4 de la Ley, siguiendo el mismo procedimiento que para la inscripción originaria. La que fue vivienda habitual deja de serlo y se somete a exención de responsabilidad la nueva vivienda habitual. La cuestión problemática reside en si la nueva residencia que ha sido embargada por los acreedores derivados del emprendimiento va a adquirir la condición de bien no sujeto. En este caso, la limitación de responsabilidad no debería operar, puesto que no es oponible a terceros el bien que inicialmente no era vivienda habitual y que posteriormente ha pasado a serlo. Se podría alegar la subrogación real referida en el artículo 10.4 de la Ley, pero no se puede obviar que estamos ante la adquisición de un nuevo bien y no de cambio de afección, estando, por tanto, sujeto ese bien a la responsabilidad del artículo 1911 del Código Civil¹⁶. En este contexto, es posible plantearse que, si el bien exento se enajena, la contraprestación servirá plenamente para satisfacer las deudas del Empresario de Responsabilidad Limitada, sin que se pueda alegar la subrogación real del citado artículo 10.4 en relación con el nume-

¹⁵ Como crítica al sistema implantado en esta Ley, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «De leyes perversas y legisladores bondadosos», *op. cit.*, p. 8, señala que «si los empresarios individuales son racionales, no se producirá inscripciones de empresarios individuales. En primer lugar, porque los empresarios individuales tendrán hipotecada su vivienda habitual a favor del banco que les hubiera dado el crédito para adquirirla y este acreedor no se ve afectado por la limitación de responsabilidad. En segundo lugar, porque los acreedores comerciales e industriales —proveedores y trabajadores— tienen otros mecanismos de tutela de sus créditos antes que atacar la vivienda del empresario. En tercer lugar, porque la nueva regulación no protege frente al principal acreedor de los empresarios, que es la Hacienda Pública y la Seguridad Social. En cuarto lugar, porque el empresario tiene instrumentos alternativos más eficientes para proteger su vivienda. Desde constituir una sociedad limitada para el ejercicio de su actividad hasta «ponerla» a nombre de su cónyuge (artículo 6 CCom)».

¹⁶ En esta línea, MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 9. Por su parte, BRANCÓS, E.: «El emprendedor de responsabilidad limitada en la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización», *op. cit.*, p. 46, señala para el caso de publicar los registros la exclusión de una vivienda habitual; el emprendedor ha pasado a vivir en otro domicilio distinto que «es evidente que por las mismas razones que la posesión se excluyó en su día del Registro de la Propiedad, procede excluir del Registro situaciones de hecho como la habitualidad de la vivienda. La habitualidad de la vivienda tiene una publicidad física mucho más eficaz y cierta que la tabular. Y es el juez quien debe valorar tal circunstancia dentro del procedimiento en el que se hallan personados los interesados. No *a posteriori* el registrador, sin otro medio de prueba que el mandamiento que previamente le ha elaborado el juez».

rario, aunque lo reinvirtiera inmediatamente en otro inmueble destinado a vivienda habitual. Dicho precepto protege a un bien inmueble, por cambio en la vivienda habitual al efectuar dicha subrogación real, pero no tutela el importe que se obtiene con su venta. La exención alcanza a la vivienda habitual; si ésta no existe, no cabe dispensa alguna, por lo que no puede identificarse el numerario obtenido por la venta de la vivienda con ésta. En esta línea debe quedar claro que la tutela sólo alcanza al bien «vivienda habitual», por lo que lo que se obtenga con su venta representa un activo que puede ser destinado a satisfacer todos los créditos, al igual que, si se procede a su ejecución por cualquier acreedor no relacionado con el emprendimiento respecto del correspondiente sobrante o, en fin, la pérdida de la condición de vivienda habitual¹⁷.

Ahora bien, también en este contexto plantea problemas especiales el que el empresario de responsabilidad limitada inicie un proceso de separación o divorcio, y aunque mantenga la titularidad de la vivienda familiar —por ser privativa del mismo—, el uso se atribuya al ex cónyuge, por lo que aquélla deja de ser su residencia habitual, pasando a serlo otra que el empresario adquiera o tenga en propiedad. Por lo que, la que hasta entonces era la vivienda familiar y habitual del empresario de responsabilidad limitada, deja de serlo, y en consecuencia, pierde la protección que dispensa el artículo 8.1 de la Ley. Ante tal situación podría darse el caso que los acreedores instasen la ejecución de sus créditos contra la vivienda que ha dejado de ser habitual del empresario de responsabilidad limitada como consecuencia de la ruptura, y que ahora ocupan su ex cónyuge e hijos, si los hubiera, con la problemática que ello plantea y, sin embargo, la protección alcanzase ahora a la nueva vivienda habitual del empresario de responsabilidad limitada, sin que tales acreedores pudieran ejecutar contra la misma sus créditos¹⁸.

Por otra parte, la Ley de Emprendedores excluye de la limitación de responsabilidad al deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el

¹⁷ Como precisa, VICENT CHULIÁ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *op. cit.*, p. 44, «la LAEI olvida establecer la inembargabilidad del dinero percibido ni el plazo máximo para su reinversión a diferencia del Código de Comercio francés y de la Proposición de Ley de mayo de 2008». Si bien, para salvar este olvido de la LAEI, propone dos vías alternativas: «una es que el comprador de la primera vivienda entregue el precio al vendedor de la segunda, bajo la fe pública notarial; y otra es que la entrega del precio de la primera vivienda se condicione al momento en que el emprendedor pueda aplicarlo a pagar la segunda vivienda que adquiere». Al respecto da por supuesto que «estas situaciones serán poco duraderas, puesto que el emprendedor necesita tener una vivienda habitual y excluirá tomarla en alquiler, por su interés en realizar la reinversión. En cambio, no sirve constituir una cuenta de ahorro vivienda, porque su saldo es embargable por los acreedores». *Vid.*, asimismo, MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 9; BALLESTER GARCÍA-IZQUIERDO, J. L., *et al.*: «Consideraciones preliminares sobre la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 7, noviembre 2013, p. 146.

¹⁸ En esta línea, MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 8.

incumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así conste acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (artículo 8.4). Al respecto, la doctrina considera que, mientras no exista una sentencia firme en el sentido indicado, el empresario o profesional persona física que haya cumplido las exigencias legales necesarias para la limitación de su responsabilidad, seguirá amparado por dicha limitación, por lo que su vivienda habitual será inembargable como consecuencia de las deudas dimanantes de su actividad profesional o empresarial¹⁹.

En cuanto al ámbito objetivo, hay que señalar que la tutela dispensada a la vivienda habitual del Empresario de Responsabilidad Limitada frente a la acción del acreedor alcanza a «las deudas empresariales o profesionales» (artículo 8.1 de la Ley). Para determinar si una deuda tiene su origen en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, la doctrina utiliza diversos instrumentos. Así uno de los más seguros es el de la publicidad material que despliega la inscripción en el Registro Mercantil y su publicidad a través del BORM. Recordemos que una de las menciones necesarias para la inscripción del empresario en el Registro Mercantil es «el objeto de su empresa» (artículo 90.4 RRM), y su publicidad en el BORM (artículo 286.3 RRM), lo que permitirá una inicial determinación de la actividad realizada y que podrá ser oponible a terceros. Si la publicidad material no puede ser suficiente al no poder desplegar efectos de oponibilidad —lo que puede suceder respecto de deudas financieras o comerciales con bienes que no pueden ser claramente adscritos a la actividad inscrita en el Registro Mercantil—, la única posibilidad es partir de la acreditación de la causa de la deuda, lo que requerirá un análisis individualizado de cada una de ellas. En todo caso, habrá deudas contraídas de las que no es posible conocer su destino, o que tiene uno mixto —bienes adquiridos que pueden destinarse a la actividad y al consumo particular²⁰.

Ahora bien, hemos de señalar que, según la disposición adicional primera de la Ley, la limitación de responsabilidad objeto de análisis no es efectiva frente a la hacienda pública y la Seguridad Social, que son los principales acreedores de los empresarios y profesionales personas físicas. De forma que las deudas de Derecho Público (tributarias y de Seguridad Social), aun trayendo causa del emprendimiento, no quedan vinculadas por la exención del bien protegido. Por lo que la vivienda habitual queda sujeta al artículo 1911 en relación con el pago de los créditos derivados de la actividad empresarial o profesional, si bien sólo se

¹⁹ PRATS ALBENTOSA, L.: «Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», *op. cit.*, p. 3; MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ *Vid.* MUÑOZ GARCÍA, A.: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada. Reflexiones sobre el ámbito de protección», *op. cit.*, p. 10; LUCEÑO OLIVA, J. L.: «El emprendedor de responsabilidad limitada. Mucho ruido y pocas nueces», *op. cit.*, p. 210.

podrá realizar la ejecución de manera subsidiaria, cuando no se conozcan otros bienes susceptibles de realización inmediata y siempre que entre la primera diligencia de embargo y la realización del procedimiento de enajenación medie al menos el plazo de dos años. Por consiguiente, los procedimientos de ejecución de esta clase de deudas serán los establecidos en su normativa especial, con las peculiaridades previstas en la mencionada disposición adicional.

Sobre tales bases, recapitulando, se puede señalar que la inembargabilidad sobre la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada no alcanza a todas las deudas, sólo a las obligaciones empresariales o profesionales. De ahí que la limitación no sea oponible a las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, y tampoco cuando el deudor haya actuado «con fraude o negligencia grave» en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (artículo 8.4).

Por último, en lo que respecta a si es posible una renuncia al beneficio, nada establece el artículo 8.1 de la Ley. Si bien, estamos ante un beneficio que se otorga al empresario de responsabilidad limitada, que si quiere éste puede o no valerse del mismo. De forma que, si no desea hacer uso de tal beneficio —exención de responsabilidad— porque le sea más difícil, si lo hace, adquirir financiación, o realizar operaciones comerciales o, en fin, no quiere asumir los costes que son necesarios para adquirir y mantener el estatus de empresario de responsabilidad limitada, no tiene más que no inscribirse en el Registro Mercantil, darse de baja si ya está inscrito o, sencillamente, no depositar las cuentas anuales. Por tanto, al ser una facultad que se otorga al empresario de responsabilidad limitada, cabe una renuncia total a la misma y, por ende, al beneficio que representa, e igualmente renunciaciones parciales en relación con determinadas deudas²¹.

III. CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA EN LA LEY DE EMPRENDEDORES

Como sabemos, cuando la persona jurídica es declarada en concurso, el procedimiento concursal finaliza en la mayoría de las ocasiones con la liquidación concursal de sus bienes y la subsiguiente extinción de su personalidad jurídica. A partir de ese momento los acreedores insatisfechos tienen vetada la posibilidad de perseguir nuevamente al deudor con la pretensión de cobrar sus créditos, por cuanto dicha persona jurídica ha dejado de existir. Esto no ocurre, sin embargo, en el concurso de la persona física, ya sea éste un empresario individual o un con-

²¹ En contra, VICENT CHULIÀ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *op. cit.*, p. 45, pues considera que la inembargabilidad de la vivienda habitual para fomentar la actividad emprendedora es irrenunciable.

sumidor. Así, finalizado el concurso de la persona física, sigue siendo ésta deudora de los acreedores que no pudieron cobrar sus créditos por aplicación del artículo 1911 del Código Civil²². Por tanto, si el concurso concluye por inexistencia de bienes y derechos del deudor, los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares, hallándose el deudor en una situación prácticamente idéntica a la que se encontraba con anterioridad al inicio del concurso. Únicamente si el concurso finaliza con la aprobación del convenio —anticipado o no— será posible una liberación de deudas dentro de los límites fijados por la ley concursal. Lo anterior supone, como acertadamente señala la doctrina, que el deudor persona física se halla en «situación de concurso permanente»²³. En todo caso, la situación es especialmente injusta cuando el deudor insolvente ha actuado en todo momento de buena fe y la situación de insolvencia es fruto de la pérdida de empleo, de una grave enfermedad, de su separación o divorcio o, en fin, de la actual situación de crisis económica en que se encuentra inmersa España. Ante tal panorama, desde instancias internacionales se exige adoptar medidas que acaben con esta situación injusta. Así, el Fondo Monetario Internacional ha recomendado a España que regule la situación de insolvencia de las personas naturales, tanto de consumidor como de empresarios individuales, autónomos y profesionales, mediante la mejora de la legislación concursal en materia de insolvencia personal con la incorporación del mecanismo de segunda oportunidad o *fresh start*, que permita al deudor exonerarse del pasivo pendiente tras la liquidación de su patrimonio, con objeto de facilitar su reintegración social. En esta línea, también, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «crecimiento y la exclusión social en la sociedad de la abundancia», de 16 de febrero de 2008, recomienda una limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor persona física. Lo cierto es que hasta la Ley de Emprendedores son escasas las iniciativas legislativas en este sentido de procurar mecanismos de exoneración de responsabilidad. Tan sólo la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, en su Disposición adicional única impone al Gobierno la obligación de «remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un Informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones y especialmente las garantizadas con hipoteca». A continuación, se establecía que en dicho informe se habría de incluir «la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial

²² CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, enero-abril 2014, p. 127, precisa que la posición de los acreedores se ha visto robustecida tras la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, al considerar la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores equiparable a una sentencia de condena firme.

²³ MIRANDA SERRANO, L. M.^a: ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *op. cit.*, p. 5.

o registral, de mediación o de otra naturaleza». Posteriormente, la Ley de 1/2013, de 15 de mayo, de Medidas para Reforzar la Protección a los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deudas y Alquiler social, modifica el artículo 579 de la LEC, creando una suerte de *discharge* hipotecario del que nos ocuparemos en el presente estudio²⁴.

En todo caso, existen dos modelos en el ámbito del derecho comparado en relación con esta materia: el modelo anglosajón de *fresh start o discharge* (volver a empezar) vigente en Estados Unidos y en algunos países europeos, que persigue recuperar el deudor persona física para la actividad económica y el consumo lo antes posible. Así, una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física en los casos en que éste haya actuado de buena fe (*test discharge*), el pasivo restante quedará exonerado de responsabilidad por decisión de la autoridad judicial y sin necesidad de acuerdo y consentimiento de los acreedores; por lo que éstos, aunque el deudor obtenga nuevos ingresos, no podrán actuar contra su patrimonio para el cobro de sus créditos; y, por otro lado, el modelo de «rehabilitación» presente en Alemania. En el mismo se parte de un sobreendeudamiento culpable del deudor persona física, bien por falta de previsión o por negligencia. No se opta por una exoneración del pasivo del deudor por decisión del juez, sino de la renegociación de las deudas con los acreedores con la finalidad de aprobar un plan global de reembolso. La renegociación de este plan puede ser judicial o extrajudicial, y la condonación del pasivo no es nunca automática, pues se exige al deudor pasar por un período de prueba, a lo largo del cual deberá demostrar un comportamiento honesto, destinando una parte de su renta al pago de la deuda pendiente.

En este contexto, la Ley de Emprendedores dispone al respecto de dos mecanismos: uno aplicable a todo deudor persona natural —ya sea consumidor o empresario— y consiste en un régimen de exoneración de deudas previsto para los casos de conclusión del concurso por liquidación, siempre que se cumplan las exigencias fijadas por la Ley (artículo 178.2 Ley Concursal). Con ello se pretende conceder una «segunda oportunidad» al deudor que le permita reintegrarse de nuevo en el mercado productivo realizando una actividad económica y, asimismo, recuperarle para el consumo y la inversión, frente a una aplicación indiscriminada

²⁴ FERNÁNDEZ SEJO, J. M.ª: «Legislar a *contra coeur*. La incidencia de la Ley de Apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, noviembre 2013, p. 177, señala que «la Ley de Emprendedores no se coordina correctamente con otras iniciativas legislativas recientes en materia de protección de consumidores; así, por ejemplo, no hay instrumento de enlace entre las medidas de ayuda a ocupantes de viviendas con riesgo de exclusión social prevista en la Ley 1/2013, o los procedimientos de ejecución o apremio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No existe transversalidad en el ordenamiento jurídico y no se habilitan procedimientos armónicos para afrontar los problemas de insolvencia. Cada norma es una isla y la distancia entre islas a veces es insalvable».

del artículo 1911 del Código Civil²⁵, y el otro sólo se aplica a los empresarios personas físicas, no a los consumidores, y a las personas jurídicas en determinados casos, y se presenta como un procedimiento preconcursal tendente a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 231 a 242 Ley Concursal).

1. Exoneración de deudas de los concursados personas físicas en los casos de conclusión del concurso por liquidación

Conforme al artículo 178.2 de la Ley Concursal, toda persona física cuyo patrimonio haya sido liquidado tras la declaración del concurso podrá obtener la exoneración de las deudas pendientes siempre que se cumplan las siguientes exigencias:

1. El concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso.
2. Que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y todos los créditos privilegiados.
3. Que se hayan satisfecho al menos el 25 por 100 de los créditos concursales ordinarios.

Ahora bien, esta última exigencia no se aplica cuando el deudor hubiera instado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, ya que podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursados privilegiados. Se trata de una posibilidad no concebida para los consumidores personas físicas, sino sólo para los empresarios individuales²⁶. En todo caso, verificados los requisitos establecidos en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, permite que la declaración judicial que establezca la conclusión del concurso del deudor persona natural, por liquidación de la masa activa, tenga que pagar el 75 por 100 del pasivo ordinario y la totalidad del subordinado.

²⁵ Señala CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, p. 129, que «la instauración del régimen de segunda oportunidad o *fresh start* supone un límite a la ejecución del patrimonio del deudor de buena fe por parte del acreedor que favorece el préstamo responsable y una mayor diligencia en la obligación de las entidades financieras de evaluar la solvencia del deudor».

²⁶ Al respecto señalan las conclusiones de la reunión de magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013, de forma unánime que «la remisión de las deudas del artículo 178.2 de la Ley Concursal opera exclusivamente para personas naturales, sean empresarios o no. El deudor persona jurídica se sujeta a estos efectos, al régimen del artículo 178.3 de la Ley Concursal. Si el deudor persona física es empresario y no intenta un acuerdo extrajudicial someterá la remisión de deudas al inciso primero del artículo 178.2 de la Ley Concursal».

Con ello se fija un pasivo mínimo que ha de satisfacerse para que opere la exoneración excesivamente alto, lo que contrasta con las soluciones más generosas que ofrecen la mayoría de los ordenamientos cercanos a nuestro entorno, salvo que el deudor hubiese intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, pues en este caso la exoneración se amplía, al no tener que abonarse el 25 por 100 del pasivo ordinario. Distinta base objetiva que se corresponde, igualmente, con un diferente ámbito subjetivo, pues el amplio pasivo que se ha de satisfacer para que opere la exoneración del artículo 178.2 lo aplica al «deudor persona natural», al margen de que realice o no actividad empresarial; mientras el régimen especial más favorable no alcanza al consumidor, sino a los empresarios individuales. Con ello, el legislador español opta en el régimen de segunda oportunidad por favorecer a los empresarios persona natural frente al consumidor²⁷.

Ahora bien, se plantean al respecto una serie de dudas interpretativas en torno al citado artículo 178.2, siendo algunas resueltas en el documento elaborado por los magistrados de lo Mercantil sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a los Emprendedores sobre cuestiones concursales, de fecha 11 de octubre de 2013²⁸. Así, con respecto al primero de los requisitos, la exigencia que el concurso no haya sido declarado culpable, sino fortuito, no puede equipararse al denominado *test de discharge*, pues la calificación fortuita del concurso no equivale a la concurrencia de buena fe en el deudor, distanciándose de otros ordenamientos. Con relación a la segunda exigencia, se plantea si, en el caso de créditos privilegiados especiales, la satisfacción requerida por la ley exige el pago total de su cuantía o sólo el pago en la cuantía del valor del bien sujeto a responsabilidad como garantía. Por unanimidad, los magistrados señalan que será suficiente que se satisfaga el crédito hasta la cuantía cubierta por el bien sobre el que recae la garantía, pues el resto del crédito que supere el valor del bien tiene el tratamiento de crédito ordinario por aplicación del artículo 155 de la Ley Concursal. Por su parte, la exigencia de que el deudor no haya sido condenado por un delito «singularmente relacionado con el concurso» ha sido interpretado por aquéllos de forma mayoritaria, que no debe entenderse en abstracto como delitos cuyo bien jurídico protegido está relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, sino que debe referirse la norma a delitos específicamente relacionados con el concurso concreto que se tramita y en el cual debe decidirse sobre la exoneración de pasivo, con una vinculación directa. No

²⁷ El modelo alemán regulado en la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994 prevé la condonación del pasivo pendiente y, asimismo, un procedimiento específico para las personas naturales que no ejerzan actividad económica autónoma significativa, si bien impone que, previamente, el deudor que haya intentado un acuerdo extrajudicial con los acreedores para poder presentar la solicitud de concurso. Por su parte, *Code de la Consommation* francés prevé en el título III del Libro III una fase prejudicial (*règlement amiable*) ante comisiones administrativas del que pueden hacer uso los consumidores, y en el caso que fracasase esta fase prejudicial se abre el procedimiento concursal (*redressement judiciaire civil*).

²⁸ Puede consultarse el documento en <http://www.otrosi.net>.

será preciso, en cambio, para apreciar el requisito, que el delito esté tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que basta que su contenido antijurídico quede relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (v. gr., delito contra las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos). Por último, quién y por qué cauce se examina la concurrencia de los requisitos para aplicar la exoneración del pasivo. De nuevo por unanimidad los magistrados de lo mercantil disponen los siguientes criterios: 1. Al entenderse que la exoneración es un efecto de la conclusión del concurso, el informe de la administración concursal donde ésta inste la conclusión del mismo deberá razonar y exponer lo pertinente sobre la exoneración de pasivo y contener una propuesta de pronunciamiento al respecto; 2. En cuanto al requisito de la condena penal, no rehabilitada, el Juzgado de oficio incorporará al concurso el certificado de antecedentes penales; 3. De la petición de la administración concursal, tanto de la conclusión del concurso como de si se debe o no proceder la exoneración de pasivo, se dará a los personados el traslado previsto en el artículo 152.2 de la Ley Concursal, que podrán oponerse a ello, con la subsiguiente tramitación de incidente concursal, donde, en su caso, se discutirá conjuntamente las cuestiones relativas a la conclusión del concurso y a la exoneración de pasivo; 4. En cuanto a la exoneración, podrán oponerse los acreedores a su aplicación, o el propio deudor a su no aplicación, con las justificaciones precisas sobre la ausencia o presencia de los requisitos objetivos previstos en la norma.

En este contexto, lo cierto es que este sistema de *fresh start* o segunda oportunidad no funciona respecto al crédito con garantía hipotecaria, pues se trata de un crédito con privilegio especial, pues recordemos que la Ley de Emprendedores establece que han de ser pagados todos los créditos privilegiados, además de la totalidad de los créditos contra la masa y el 25 por 100 del pasivo ordinario. Por lo que va a suponer que con esta regulación queden fuera de esta medida muchos deudores personas físicas. De forma que, en los casos de concurso sin masa o por insuficiencia de pasivo, una vez concluido el concurso, los acreedores podrán reiniciar las ejecuciones singulares. Ciertamente, la Ley de Emprendedores ha optado por un sistema que permite la exoneración del pasivo pendiente sólo para los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, dejando fuera la hipótesis más frecuente en la práctica del concurso por insuficiencia de masa, tanto si se trata de consumidor como de empresario.

Asimismo, si no se abona por el deudor el pasivo señalado en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, hay que entender, aunque no lo diga ahora la norma, que, concluido el concurso, los acreedores podrán reclamar al deudor el importe de sus créditos por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil).

A) Alcance de los efectos de la exoneración del pasivo sobre las garantías prestadas por terceros.

Al establecerse la exoneración del pasivo pendiente por la concurrencia de los requisitos legales expuestos, cabe preguntarse qué sucede con los avalistas, fiadores y codeudores solidarios. El legislador español no se ha pronunciado ni en el artículo 178.2 ni el artículo 242.2.5º de la Ley Concursal sobre la posición jurídica de los garantes personales y obligados solidarios ante la exoneración por el juez del pasivo insatisfecho, sí, en cambio, ha hecho referencia a la posición de los mismos en relación a la eficacia del convenio para terceros garantes de las obligaciones que pueden verse afectadas por las quitas y esperas acordadas por los acreedores (artículo 135 de la Ley Concursal) y, en relación con la eficacia del acuerdo extrajudicial de pagos, al disponer el artículo 240.3 de la Ley Concursal que «*los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor*». Por tanto, las quitas y esperas acordadas en tales acuerdos extrajudiciales no afectan a los terceros garantes, no resultando necesario para este caso que el acreedor haya votado o no a favor del plan de pagos, a diferencia de lo que sucede con el convenio concursal en el artículo 135 de la Ley Concursal.

Tal ausencia de referencia regulativa contrasta con la existente en otros ordenamientos. Así, en el parágrafo 301 de la Ordenanza de Insolvencia alemana establece al respecto que «los derechos de los acreedores de la insolvencia contra los fiadores y deudores solidarios del deudor, así como derechos de esos acreedores sobre los que se haya establecido una anotación preventiva, o los derechos que autoricen a la ejecución separada en el procedimiento de insolvencia, no son modificados por la exoneración. No obstante, el deudor resulta liberado frente al deudor solidario, al fiador o ante cualquier otro derecho de retomo en idéntica medida a la que resulta liberado frente a los acreedores de la insolvencia». Por su parte, el artículo 142 de la *Legge Fallimentare* italiana, al regular la exoneración de deudas para el empresario persona física, señala de forma expresa la no vinculación de la exoneración para terceros garantes contra los que podrá exigir la acción el acreedor. Y el artículo L 331-7-1 del *Code de la Consommation* francés dispone al respecto que las deudas procedentes de acciones de regreso por el pago realizado por codeudores solidarios o fiadores no puede ser objeto de exoneración. De forma que el acreedor afectado por la exoneración puede dirigirse contra los codeudores solidarios o, en su caso, contra el fiador. Si bien, en el caso de que éstos efectúen el pago, tales deudas no podrán ser objeto de exoneración. En las Conclusiones ya mencionadas de la reunión de los magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores sobre cuestiones concursales, de 11 de octubre de 2013, se adoptan dos posiciones: la primera considera que, al tratarse de la exoneración de un efecto *ex lege*, imperativo cuando concurren los requisitos para su aplicación, no de una concesión o pacto voluntario, ni aún extensivo entre acreedor y deudor, y cuyo efecto es la extinción del débito, la obligación del fiador u obligados solidarios aparece remitida en el mismo sentido. Además, esta posición deriva de: 1. La esencial naturaleza accesoria de la fianza respecto del crédito garantizado; 2. No hay modificación convencional del

débito, como ocurre en el artículo 135 de la Ley Concursal, sino un efecto *ex lege* que dispone la remisión misma de las deudas; 3. La disposición del artículo 1853 del Código Civil señala que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la deuda, es decir, las que con carácter objetivo afecten al débito, y éste resulta remitido por imperativo legal; 4. El artículo 1847 del Código Civil dispone que la fianza se extingue al mismo tiempo que el débito del deudor fiado, y por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas, lógicamente la previsión legal del artículo 178.2 de la Ley Concursal; y 5. Siempre es una opción de política legislativa introducir una salvedad a la exoneración respecto a los fiadores, como hace el Derecho comparado, pero si el legislador no realiza dicha opción, jurídicamente no queda otra posibilidad que aplicar las reglas generales del derecho, que conducen a la solución apuntada. Por su parte, la segunda postura, por el contrario, señala que no parece que aquí sea de aplicación la teoría general de las obligaciones, sino que lo más parecido sería el caso del artículo 135 de la Ley Concursal en cuanto al mantenimiento de las acciones para el acreedor que no vota el convenio respecto de fiadores o avalistas.

De las dos posiciones expuestas, lo cierto es que esta última supondría la aplicación analógica de una norma excepcional y restrictiva de derechos de los fiadores y codeudores solidarios que iría contra los principios básicos de la teoría general de las obligaciones, como es la relativa a la propagación de efectos en la solidaridad y de la accesoriedad en la fianza. Además la quita en un convenio es distinta de una exoneración definitiva de deudas judicialmente establecida, por lo que la lógica determinaría aplicar en este supuesto la teoría general de la obligación en materia de solidaridad que se concretan en los artículos 1142 y 1146 del Código Civil y para el fiador en el artículo 1847 del citado cuerpo legal²⁹. Por lo que exonerada la deuda para el deudor concursado, el acreedor no podrá dirigir su acción contra el fiador.

Ahora bien, respecto a los terceros hipotecantes de bienes propios a favor de la deuda ajena, que queda exonerada por aplicación del artículo 178.2 de la Ley Concursal, señalan por acuerdo mayoritario estos mismos magistrados que la remisión legal del débito ajeno en cuya garantía se ha constituido hipoteca sobre bienes propios implica la desaparición de la garantía prestada, ya que desaparece por completo aquel débito y la garantía real carece ya de justificación.

2. Acuerdo extrajudicial de pagos

Se añade un Título X a la Ley Concursal (artículos 231 a 242) en el que se regula un procedimiento preconcursal tendente a hacer posible que el empresario

²⁹ CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, pp. 152-153.

persona física (no consumidor) y la persona jurídica en ciertos casos puedan lograr un acuerdo extrajudicial de pagos. Nace esta medida con la pretensión de formar parte de los remedios preconcursales a disposición de los empresarios que se encuentren en situación de insolvencia; y viene a estar en consonancia con las modificaciones realizadas en la Ley Concursal relativas a las normas sobre refinanciación, y con la creación de la denominada fase preconcursal o fase de negociaciones establecidas en el artículo 5 bis de la citada norma. Así, en este nuevo procedimiento, la actuación del deudor queda limitada por la presencia de un mediador concursal —que es quien, como analizaremos, va a dirigir el procedimiento— y la participación de los acreedores pasa a ser, en la práctica, obligatoria, a diferencia de lo que sucede en los supuestos establecidos en el señalado artículo 5 bis, en la que el deudor es quien debe proponer de forma unilateral un acuerdo e intentar que el mismo sea aceptado y, al respecto, los acreedores pueden hacer caso omiso de las propuestas que realice el deudor y, en consecuencia, no responder a las mismas. Se trata de un procedimiento concursal no sólo en cuanto a la legislación aplicable, sino también porque supone la concurrencia de todos los acreedores —salvo los que no resultan afectados— en torno a un posible acuerdo y, asimismo, tiene como presupuesto objetivo la insolvencia actual o inminente del deudor³⁰. En todo caso, la generalidad de este tipo de acuerdos favorece la reducción del número de concursos ante los Juzgados de lo Mercantil. Ahora bien, en lo que respecta al deudor, no toda persona física o jurídica que se encuentre en situación de insolvencia va a poder hacer uso de este procedimiento extrajudicial. Están legitimados legalmente para recurrir a este procedimiento extrajudicial: 1. El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros. En el cómputo del pasivo se incluyen todos los créditos del deudor, incluso aquellos que, en principio, no se verían afectados de llegarse a alcanzar un acuerdo (créditos con garantía real y créditos de derecho público).

A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mer-

³⁰ Asimismo, precisa SÁNCHEZ-CALERO, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, mayo-agosto 2014, p. 13, que también este procedimiento admite su calificación como paraconcursal, «pues permite que ese acuerdo entre un deudor insolvente y sus acreedores se alcance al margen del procedimiento del concurso» y comparte la naturaleza preconcursal de otras instituciones legalmente previstas, puesto que el nuevo procedimiento extrajudicial puede desembocar en un concurso que se califica como consecutivo, cuando se constata la imposibilidad de alcanzar un acuerdo o, cuando habiéndose alcanzado, se produce su posterior incumplimiento. Calificación preconcursal que también procede respecto de un procedimiento que sirve para eludir el concurso.

cantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos (artículo 231.1 Ley Concursal).

2. Las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:

a) Se encuentren en estado de insolvencia. Comprende tanto el estado actual de insolvencia como el que es inminente, conforme al presupuesto objetivo que para el concurso determina el artículo 2 de la Ley Concursal.

b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.

c) Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

d) Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236 (artículo 231.2 de la Ley Concursal). Se trata de una estimación que debe realizar el deudor.

Junto a las anteriores exigencias, la Ley prohíbe formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

2.º Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.

3.º Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

4.º Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores (artículo 231.3 de la Ley Concursal).

Asimismo, no podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (artículo 231.4 de la Ley

Concursal). Tampoco será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso (artículo 231.5 de la Ley Concursal).

Se limita, pues, las personas legitimadas para instar el acuerdo extrajudicial de pagos, a diferencia del acuerdo de refinanciación, que pueden celebrar todos los deudores con sus acreedores.

Por otra parte, el recurso a este procedimiento extraconcursal por parte del empresario persona física tiene incidencia sobre el sistema de exoneración de deudas para los casos de conclusión del concurso por liquidación. Así se infiere del artículo 178.2 *in fine*, donde se dispone que: «*si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados*». En esta línea, el artículo 242, regulador del concurso consecutivo, cuando el concurso se califica como fortuito, quedarán remitidas todas las deudas no satisfechas en la liquidación, excepto las de Derecho público, siempre que se hayan satisfecho íntegramente los créditos contra la masa y los privilegiados.

Por lo que, acreditado por el empresario persona física que se ha intentado infructuosamente este procedimiento extrajudicial, supone exonerarlo del cumplimiento de la tercera exigencia necesaria para la aplicación del régimen de la exoneración de deudas previstas para los supuestos de conclusión del concurso por liquidación: el pago de al menos el 25 por 100 de los créditos concursales ordinarios. Hay, por tanto, diferencias en materia de remisión de deudas, dependiendo de si el concursado persona física es un consumidor o un empresario. Así, en el primer caso, la exoneración requerirá como requisito *sine qua non* haber pagado la totalidad de los créditos contra la masa y los privilegiados, así como el 25 por 100 de los créditos ordinarios; mientras que, en el segundo caso, si el deudor concursado ha intentado llegar a un acuerdo extrajudicial de pago, queda al margen de la obligación de pago el 25 por 100 de los créditos ordinarios. No se entiende bien las razones de este distinto tratamiento, y, por ende, el negar al consumidor persona física de la posibilidad de hacer uso de la vía del acuerdo extrajudicial de pagos.

En relación con el ámbito objetivo del acuerdo extrajudicial, los créditos de derecho público no podrán verse afectados y los créditos con garantía real únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentan su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234 (artículo 231.5). Aparte de estos límites objetivos al contenido del acuerdo, se ha de señalar, como otro límite, que no pueden acudir a este procedimiento las entidades aseguradoras y reaseguradoras (artículo 231.6 Ley Concursal), rompiendo el principio de unidad que caracteriza la delimitación del presupuesto subjetivo concursal (artículo 27.2.2.º Ley Concursal).

Ahora bien, el último inciso del artículo 178.2 y el artículo 242.2.5.º de la Ley Concursal regulan dos veces el mismo supuesto, pero de manera diversa. Mientras que el primero amplía el ámbito objetivo de la exoneración a todo el pasivo ordinario, siendo aplicable el resto de los requisitos que con carácter general dispone para todo deudor persona natural; el segundo exige sólo que el concurso sea fortuito y, como hemos precisado, declara no exonerable el crédito público. La falta de referencia a la comisión del tipo contemplado en el artículo 260 del Código Penal y otros «relacionados con el concurso» reside en el hecho que, para poder acudir al procedimiento judicial, el artículo 231.3.1.º de la Ley Concursal exige que el deudor «*no haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores*»³¹.

En cuanto al procedimiento para convenir el acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor que pretenda alcanzar un acuerdo con sus acreedores solicitará el nombramiento de un mediador concursal. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador. La solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor que se dirige al registrador mercantil de su domicilio en el caso que el deudor sea empresario o entidad inscribible, que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito; o, en los demás casos, a un notario, también del domicilio del deudor³². La solicitud se

³¹ CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, p. 141.

³² El magistrado José María FERNÁNDEZ-SEIJO pone de manifiesto la incertidumbre jurídica en que se encuentra el empresario endeudado desde que se produce su insolvencia hasta que se nombra un mediador, pues le impide proteger sus bienes de cualquier ataque por parte de sus acreedores. Por lo que la demora en el nombramiento del mediador deja expuesto al deudor frente a un retraso que no se le puede imputar, haciendo más difícil de alcanzar el acuerdo extrajudicial que establece la Ley 14/2013. Así, una interpretación restrictiva del articulado de la Ley Concursal abocaría al deudor a tener que solicitar el concurso voluntario para paralizar las ejecuciones singulares no garantizadas. En este sentido, el citado magistrado dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm. 3, de 24 de enero de 2014 (*La Ley* 18931/2014), al disponer que «para poder conseguir el efecto suspensión de las ejecuciones, excepto aquellas que disfrutaban de garantía real, es necesario que se publique el inicio del expediente extrajudicial y para que se produzca la publicación es necesario que se designe mediador por el notario y que éste acepte el cargo. Por tanto, si no hay designado mediador no pueden desenvolverse ninguno de los efectos que permitirían al deudor alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos en relación con el artículo 235.2 de la Ley Concursal. La demora en el nombramiento del mediador y en la publicación de la apertura del expediente de quiebra con los principios de celeridad y flexibilidad que prevé el preámbulo de la Ley de Emprendedores, sin que esta Ley introduzca ningún mecanismo de tutela cautelar del deudor frente a estas demoras que no le son imputables. La situación de insolvencia del deudor unido a los procedimientos judiciales de ejecución ya iniciados contra él —referidos en la documentación anexa al escrito de inicio del procedimiento ante notario— comprometen seriamente las posibilidades de alcanzar el acuerdo extrajudicial pretendido por la Ley, ya que pueden mermar el patrimonio del deudor y colocar a los acreedores que han iniciado la ejecución en una posición mejor que la de

inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 ó 4 del artículo 231 de esta Ley y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos. En la instancia se hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo.

Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios (artículo 232.2 de la Ley Concursal).

El nombramiento de mediador concursal se hará recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del «Boletín Oficial del Estado», la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición, de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27 de la Ley Concursal. En todo lo no previsto en esta Ley, en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes³³.

otros acreedores de la misma naturaleza. Ciertamente, el deudor podrá solicitar concurso voluntario y con ello activar los mecanismos de protección de su patrimonio previstos en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal, pero esta opción frustraría el objetivo de las reformas de la Ley Concursal de canalizar por medio de instrumentos extrajudiciales de pago los procedimientos de insolvencia de empresarios y emprendedores; por otra parte, privaría al deudor de los beneficios previstos en el nuevo título X de la Ley Concursal». Y añade: «el notario no está habilitado legalmente para adoptar medidas cautelares a anticipar alguno de los efectos de admisión del procedimiento, la cuestión que debe resolverse es si el juez concursal dispone de algún mecanismo legal para anticipar algunos efectos propios de un proceso concursal judicial que se pretende evitar, coadyuvando con ello a que la reforma pueda aplicarse con éxito y cumplir con sus objetivos».

³³ Al respecto, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.^a: «Legislar a *contra coe*ur. La incidencia de la Ley de Apoyo a los Emprendedores en el procedimiento concursal», *op. cit.*, pp. 177-178, critica el proceso de mediación extrajudicial y, más en concreto, la figura del mediador, al afirmar que no se ha definido con claridad tal figura, ni sus habilidades y conocimientos; además se produce una remisión a la Ley de Mediación, todavía no implementada suficientemente en la práctica. Asimismo, no se establecen parámetros que garanticen que el mediador va a conocer en profundidad las peculiaridades de los que se someten a mediación, peculiaridades que se centran en el hecho de que serán emprendedores, pequeños empresarios, no particulares. Y, en fin, habrá problemas para compati-

Al aceptar el nombramiento, el mediador concursal deberá facilitar al registrador mercantil o notario una dirección electrónica que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 29.6 de esta Ley de Emprendedores, en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación. El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil o el notario dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el «Registro Público Concursal». Asimismo, dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor con su nombre y Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento (artículo 233.2, 3 y 4).

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público. La convocatoria se realizará por conducto notarial, por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla facilitado éstos al mediador concursal en los términos que se indican en el apartado 4 del artículo 235 de la Ley Concursal, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica. La convocatoria deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad

lizar la figura del mediador —sujeto a unos requisitos de formación y conocimiento pautados por los colegios profesionales— con la del administrador concursal —que tiene otras exigencias y requerimientos legales—. Por su parte, SANJUÁN MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *La Ley*, año XXXV, núm. 8230, 16 enero 2014, p. 3, señala que estamos ante una figura híbrida, pues «no sólo impulsa formalmente el proceso, sino que interviene activamente (proactivo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final. Facilita la negociación y evalúa el resultado y, por tanto, parafraseando a HAYNES, sus funciones deben ser, tras la identificación del problema y la elección del sistema de mediación previsto en la norma: a) Recopilación de información; b) Definición del problema y búsqueda de opciones».

de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas. Una vez recibida la convocatoria, los acreedores titulares de créditos con garantía real que voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo extrajudicial deberán comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes (artículo 234 de la Ley Concursal).

La incoación del expediente produce una serie de efectos, entre ellos, que el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno (artículo 235.1 de la Ley Concursal). Además, desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor. El acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común; asimismo, los acreedores que lo estimen oportuno podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada, y el deudor que se encuentre negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal. Esta prohibición afecta a todos los acreedores, al igual que sucede con respecto a la negociación de un acuerdo de refinanciación. Opera en el plazo establecido en el citado artículo 5 bis, esto es, durante tres meses contados desde que se produjo la comunicación al Juzgado por parte del registrador mercantil o del notario.

Por su parte, el acuerdo extrajudicial de pagos tendrá por objeto un plan de pagos y un plan de viabilidad. Así, tan pronto como sea posible y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para

la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por 100 del importe de los créditos. El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. El plan de pagos incluirá necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos, así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas (artículo 236.1 y 2 de la Ley Concursal)³⁴.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. En todo caso, los acreedores convocados deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados (artículo 92 de la Ley Concursal) en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común³⁵. El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión (artículo 237 de la Ley Concursal).

Ahora bien, para que el plan de pagos se considere aceptado será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por

³⁴ Como precisa SÁNCHEZ-CALERO, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, p. 45, «se trata de una dación en pago que puede afectar a todos los acreedores como cesionarios de los activos del deudor o limitarse a alguno de ellos. En cualquier caso, es preciso que tal cesión cuente con la aprobación mayoritaria de los acreedores por resultar todos ellos afectados por esa medida».

³⁵ Como señala BERGES ANGÓS, I.: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley de Apoyo a los Emprendedores», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8214, 18 diciembre 2013, p. 7, se trata de una sanción especialmente dura si tenemos en cuenta que dicha calificación conllevará que dicho crédito sea difícilmente satisfecho, ni siquiera parcialmente, con los bienes titularidad del concursado en la fase de liquidación del concurso.

100 del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías, se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo. Si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario o el registrador se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido.

Si no se llega a un acuerdo por imposibilidad de aprobar el plan de pagos y el de viabilidad en los términos descritos, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley. Este concurso tendrá la consideración de «concurso consecutivo» que será aquel que se declare a solicitud del mediador concursal por imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado (artículo 242.1). Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado. Salvo en los casos de insuficiencia de la masa activa ex artículo 176 bis de la Ley Concursal, en el concurso consecutivo se ha de abrir necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que, en todo caso, conlleva la apertura de la pieza de calificación, no pudiendo alcanzarse en estos concursos un convenio concursal³⁶. Al menos que concurra justa causa, el juez designará como administrador del con-

³⁶ PULGAR EZQUERRA, J.: «Ley de Emprendedores y segunda oportunidad», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2013, p. 18, señala que «con ello de nuevo en un modo cuestionablemente se “sanciona” al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial y no lo ha conseguido o lo ha incumplido, con la liquidación concursal, lo que constituye un claro desincentivo para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, pues de no haber intentado este acuerdo, el concurso podría

curso al mediador concursal, que no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa³⁷. El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario. Los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial no necesitarán solicitar el reconocimiento de sus créditos (artículo 242.2.4.º). Se sustituye así para estos acreedores la fase judicial de reconocimiento de créditos por un «reconocimiento» extrajudicial³⁸. Ahora bien, eso no es todo, pues se introduce también en este concurso un mecanismo de exoneración o limitación de deudas, así cuando el empresario sea persona física, y el concurso sea calificado como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público, siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados (artículo 242.2.5.º). Basta que el concurso sea fortuito, sin necesidad de que haya condena penal por delito previsto en el artículo 260 del Código Penal u otro «singularmente relacionados con el concurso» como, sin embargo, exige el artículo 178.2 de la Ley Concursal. No se exige en consecuencia buena fe en el deudor insolvente para que pueda beneficiarse de la segunda oportunidad o *fresh start*. Hay que destacar la falta de vinculación del juez penal por la calificación del concurso, así puede declararse un concurso fortuito y existir condena penal; y, asimismo, la ausencia de prejudicialidad penal en el ámbito concursal (artículo 189 de la Ley Concursal). Como acertadamente señala la profesora CUENA CASAS, «concurso fortuito

concluir por la vía del convenio que, en principio y salvo si se superan los límites legalmente establecidos de quita y/o espera en la Ley Concursal, no conlleva apertura de sección de calificación».

³⁷ La Disposición adicional octava relativa a la remuneración de los mediadores concursales dispone que: «*Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales*».

Por su parte, SANJUÁN MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *op. cit.*, p. 4, en esta conversión del mediador en administrador concursal señala la posible incompatibilidad de aquél para este nuevo cargo, ya que su actuación como mediador parte de la confidencialidad, tal como se recoge en el artículo 9 de la Ley 5/2012 y, por tanto, se vulneraría la misma si se utilizaran determinadas informaciones en el proceso concursal de las que ha tenido previamente conocimiento en su labor como mediador. Igualmente, CUENA CASAS, M.: «No hay segunda oportunidad para el que menos tiene», *El notario del siglo XXI*, julio-agosto 2013, p. 73, señala que «no le parece adecuado convertir a un mediador en administrador concursal porque puede suponer pérdida de neutralidad y compromete la confidencialidad propia de todo proceso de mediación». Además añade que «poca información querrá compartir el deudor con un mediador que luego, si se declara el concurso, como administrador concursal puede interponer acciones rescisorias». Asimismo, PULGAR EZQUERRA, J.: «Ley de Emprendedores y segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 18, dispone que el concurso consecutivo se regula en un modo cuestionable que atenta contra la imparcialidad y confidencialidad que ha de rodear la mediación, el nombramiento del mediador como administrador concursal.

³⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: «Ley de Emprendedores y segunda oportunidad», *op. cit.*, p. 18, precisa que ese «reconocimiento» extrajudicial será en su caso registral o notarial y se produce en el expediente de acuerdo amistoso de composición de deudas.

y ausencia de condena penal no es sinónimo de buena fe a los efectos de ser el deudor merecedor de la exoneración de deudas. La buena fe en este terreno no puede equivaler a ausencia de dolo o culpa grave, pues haya una zona gris, un comportamiento imprudente que si bien no nos conduce al concurso culpable, sí nos debe llevar a denegar la exoneración». De esta forma continúa la autora: «en España se permite la exoneración “directa” tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin un adecuado control de su comportamiento». El legislador español debería haber permitido al juez valorar en cada caso concreto la actuación del deudor en aras a determinar si es o no merecedor de la exoneración³⁹.

En todo caso, como una especialidad más del concurso consecutivo, tendrán también la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84 de Ley Concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa, que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos.

Por otra parte, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del plazo de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público, decidieran no continuar con las negociaciones (artículo 236.4).

Ahora bien, dentro de los diez días siguientes a la publicación, el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 de la Ley Concursal, podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor. Se consideran partes demandadas al deudor y cualesquiera acreedores que votaron a favor del acuerdo. El mediador concursal, por su condición de tercero, parece que no debe ser considerado un legitimado pasivo. La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y sólo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 de la Ley Concursal, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas. Si bien, todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (artículo 239 de la citada Ley Concursal). En todo caso, la sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado»

³⁹ CUENA CASAS, M.: «¿Una segunda oportunidad para los emprendedores?, *El notario del siglo XXI*, noviembre-diciembre 2013, p. 42; de la misma autora, CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, pp. 147-150.

y en el Registro Público Concursal y será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente.

En cuanto a los efectos del acuerdo sobre los acreedores, ninguno podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Y el deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. Lo cierto es que, por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado. En todo caso, los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor.

Finalmente, hemos de señalar que el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso consecutivo, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (artículo 241 de la Ley Concursal).

Sobre lo expuesto, procede poner de manifiesto que no se comprende bien que se impida a las personas físicas consumidores recurrir a un acuerdo extrajudicial para resolver su situación de insolvencia. Esta exclusión del ámbito de aplicación de tal acuerdo también alcanza al mecanismo de exoneración de deudas, pues en lugar de aplicar el apartado 3 del artículo 178 de la Ley Concursal, se aplica el apartado 2, por lo que el consumidor tendrá que pagar la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y el 25 por 100 del pasivo ordinario. En cuanto a la quita que se puede pactar en el acuerdo extrajudicial, no puede ser superior al 25 por 100 de los créditos, cerrándose la posibilidad a que se fije en el plan de pagos una cuota mayor, como sucede en el artículo 100 de la Ley Concursal a propósito de la propuesta del convenio, pues lo importante es llegar a un acuerdo deudor-acreedores y al mismo tiempo permitir al deudor continuar con su actividad empresarial.

Por otra parte, en la línea de exigencia de inscripción registral obligatoria en el Registro Mercantil que ha impuesto el legislador, resulta criticable que se impida llegar a un acuerdo extrajudicial al empresario que no se haya inscrito, o no hubiera llevado la contabilidad o hubiera incumplido en algunos de los ejercicios la obligación de depósito de las cuentas anuales. Asimismo, nos parece excesivo los efectos de la iniciación del expediente, como la abstención de solicitar la concesión de préstamos o créditos y de utilizar medio electrónico de pago alguno, o de devolver a la entidad las tarjetas de crédito. Tampoco parece razonable

que la única solución del concurso consecutivo sea la liquidación. En todo caso, el mediador debe elaborar un plan de pagos y un plan de viabilidad, cuando su función es, en cambio, promover que las partes lleguen a un acuerdo. Por último, resulta criticable, en primer lugar, el distinto tratamiento jurídico que la Ley de Emprendedores hace a las deudas de derecho público, dependiendo de que se aplique el régimen de exoneración de deudas no precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos, en cuyo caso dichas deudas —si derivan de créditos ordinarios o subordinados— quedan remitidas o extinguidas (ex artículo 178.2 de la Ley Concursal), mientras que, si nos encontramos en el supuesto de concurso consecutivo precedido de un intento de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, las deudas de derecho público quedan al margen de la exoneración (ex artículo 242 de la Ley Concursal). La propia Ley Concursal, en la disposición adicional 7.^a introducida por el artículo 21.8 de la Ley de Emprendedores, deja al margen de este acuerdo extrajudicial de pagos a «los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el 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». Respecto de ellos, una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor habrá de solicitar de la Administración Pública competente un aplazamiento o fraccionamiento de pago comprensivo de las deudas que, a dicha fecha, se encontrasen pendientes de ingreso, siempre que no tuviera previsto efectuar el mismo en el plazo establecido en la normativa aplicable. Así, tratándose de deudas con la Hacienda Pública, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado anterior se regirá por lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades: a) El acuerdo de resolución del aplazamiento o fraccionamiento sólo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. No obstante, será posible resolver, antes de la concurrencia de tal circunstancia, si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso; y b) El acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la periodicidad de los plazos podrá ser diferente.

Si bien, los aplazamientos y fraccionamientos de pago en su día concedidos y vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 de esta Disposición continuarán surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las peticiones de modificación en sus condiciones que puedan presentarse, en cuyo caso las deudas a que las mismas se refiriesen se incorporarán a la citada solicitud.

En todo caso se incorporarán a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento las deudas que a la fecha de presentación de la misma estuvieran incluidas en solicitudes pendientes de resolución.

En cuanto a las deudas con la Seguridad Social, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 de esta disposición adicional 7.^a se regirá por lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades: a) El acuerdo de resolución del aplazamiento sólo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. No obstante, será posible resolver antes de la concurrencia de tal circunstancia si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso; y b) El acuerdo de concesión del aplazamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la periodicidad de los plazos podrá ser diferente.

En el caso de que el sujeto responsable tuviese aplazamiento de pago vigente a la fecha de la presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial, el mismo continuará surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las reconsideraciones o modificaciones que puedan solicitarse a efectos de incluir en el aplazamiento algún período de deuda corriente o de alterar alguna de las condiciones de amortización, respectivamente.

Y, en segundo lugar, no parece razonable el distinto tratamiento en la exoneración de créditos privados, pues quedan siempre al margen del sistema concursal los acreedores de créditos privilegiados —como los créditos hipotecarios—, tanto si se trata de un supuesto de conclusión de concurso por liquidación (artículo 178.2 de la Ley Concursal), como si se trata de un procedimiento tendente a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos (artículos 231 a 242 de la Ley Concursal).

También resulta censurable las limitaciones que se han introducido en relación con la quita y espera que pueden acordarse en el acuerdo extrajudicial, pues, al ser un proceso prejudicial, no es posible que el juez flexibilice estos límites legales, tal y como sucede en el artículo 104 de la Ley Concursal para la propuesta anticipada de convenio.

Por último, como precisa acertadamente CUENA CASAS, resulta «un error grave de planteamiento el haber determinado las deudas no exonerables en función de su clasificación en el concurso, y ello porque los criterios de clasificación de un crédito como subordinado o privilegiado se sustentan en razones que, sirviendo para determinada finalidad, pueden no ser aptas para justificar una exoneración».

ción de deudas». Así, en España, las pensiones de alimentos debidas y no pagadas antes de la declaración de concurso son créditos subordinados y por tanto exonerables; el impago de pensiones compensatorias por desequilibrio económico a favor de un cónyuge dentro de los dos años antes de la declaración del concurso es crédito subordinado y, por tanto, exonerable; la indemnización de daños y perjuicios que el concursado debe a un tercero es crédito privilegiado (artículo 91.5 de la Ley Concursal) y no será exonerable⁴⁰.

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 579 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL POR LEY 1/2013, DE 15 DE MAYO

El artículo 56 de la Ley Concursal impide a los acreedores con garantía real iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía cuando ésta recae sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de titularidad del concursado. Se trata de una paralización temporal «hasta que se apruebe el convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación». Ahora bien, cuando los bienes sobre los que recae la garantía real no son «afectos» a la actividad empresarial no entran en la excepción, tal y como sucede con la vivienda habitual del deudor. De forma que, en este caso, la regla es la no suspensión de la ejecución de la garantía, rigiendo la regla general del artículo 55.4 de la Ley Concursal, si bien hay que tener presente que no se produce un vencimiento anticipado de la deuda garantizada hasta la apertura de la fase de liquidación (artículo 146 de la Ley Concursal). Si la ejecución se ha iniciado, la misma no resulta paralizada por el procedimiento concursal. Ni la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ni la Ley 1/2013, ni la Ley de Emprendedores han introducido cambios en la materia. Conforme a la nueva regulación contenida en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, el crédito hipotecario no queda exonerado al tratarse de un crédito privilegiado. Si bien, ejecutada la hipoteca (artículo 155 Ley Concursal), si con el valor de subasta del bien no se ha conseguido cubrir la totalidad del préstamo hipotecario, el remanente de la deuda tendrá en principio la consideración de crédito ordinario, y, en consecuencia, podrá ser objeto de exoneración en el procedimiento concursal y ello tanto para el consumidor como para el empresario⁴¹.

Ahora bien, el artículo 178.2 de la Ley Concursal dispone de un remedio eficaz respecto de la problemática que plantea al deudor la parte no satisfecha de la deuda hipotecaria tras la ejecución; asimismo, en esta línea, el artículo 579.2

⁴⁰ CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, pp. 143-144. También en esta línea crítica, VICENT CHULIÁ, F.: «La Ley de Apoyo a los Emprendedores y su internalización (LAEI). Aspectos mercantiles», *op. cit.*, p. 70.

⁴¹ En esta línea, CUENA CASAS, M.: «Ley de Emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*», *op. cit.*, p. 157.

de la LEC permite una exoneración de la deuda hipotecaria pendiente tras la ejecución: del 35 por 100 si el deudor logra satisfacer el 65 por 100 de la deuda en cinco años; el 20 por 100 si el deudor abona el 80 por 100 de la deuda en diez años. Por tanto, si en tal período se produce una ejecución dineraria que exceda del 65 por 100 o del 80 por 100 habrá que devolver el exceso del remanente al deudor.

En todo caso, la exoneración prevista en el nuevo artículo 178.2 de la Ley Concursal puede coincidir temporalmente con la contenida en el artículo 579 de la LEC, pues es posible que un deudor declarado en concurso no vea paralizada la ejecución de la hipoteca que recae sobre la vivienda familiar, o incluso puede suceder que se inicie la ejecución separada de la garantía hipotecaria, mientras se sustancia el proceso concursal (artículo 57 de la Ley Concursal). De forma que, ejecutada la hipoteca, si no se logra en la ejecución satisfacer la totalidad de la deuda hipotecaria, la cantidad que quede por pagar, como hemos señalado, tendrá la consideración de crédito ordinario y exonerable por la vía del artículo 178.2 de la Ley Concursal, siempre que concurran los requisitos que establece dicho precepto para que opere la exoneración y sin necesidad de que trascorra ningún período de tiempo.

De no darse los requisitos que impone el citado artículo 178.2, siempre cabe plantear la exoneración por la vía del artículo 579.2 de la LEC, sin que ninguno de tales preceptos sea de aplicación preferente.

V. EL RÉGIMEN DE LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La regulación de los acuerdos de refinanciación se contiene en el artículo 71.6 y en disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. Así se fija como requisitos para la consecución de tales acuerdos queden exentos de rescisión concursal que hayan sido suscritos por tres quintos del pasivo del deudor en fecha de adopción del acuerdo de refinanciación (artículo 71.6.1), mientras que la disposición adicional cuarta exige que, además de este requisito (y de los demás del artículo 71.6), haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por 100 del pasivo de titularidad de entidades financieras, como requisito para su homologación judicial, que permiten imponer los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo han suscrito a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real. La LAEI, en su título I, capítulo V, artículo 21, apartado cuarto, modifica el número 2 del apartado 6 del artículo 71 estableciendo un nuevo régimen de nombramiento de expertos, a cargo del registrador mercantil del domicilio del deudor, pudiendo designar un solo experto, si el acuerdo afecta a varias sociedades de un mismo grupo. Los expertos tienen que emitir un informe que contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones defi-

nidas en el párrafo primero del artículo 71.6 y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Y, añade la norma, si el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo⁴².

*(Trabajo recibido el 12/7/2014
y aceptado para su publicación el 31/7/2014)*

⁴² Señala RECALDE CASTELLS, A.: «De nuevo dando vueltas a la “refinanciación” preconcursal», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre 2013, p. 11, que, «como se sabe, el estímulo a la negociación entre los acreedores y el deudor en crisis se sitúa en que los acuerdos preconcursales de refinanciación que concluyen no pueden rescindirse en caso de que posteriormente se declarara el concurso. El acuerdo de refinanciación debe basarse en un plan de viabilidad presentado por el deudor que augure la continuidad de la empresa mediante una significativa ampliación del crédito disponible o la modificación de las obligaciones, prorrogando el plazo de su vencimiento. El acuerdo lo deben suscribir acreedores cuyos créditos al menos representen tres quintos del pasivo, se debe formalizar en instrumento público y tiene que obtener el informe favorable de un experto independiente que valorará su idoneidad en función del objetivo de continuidad de la empresa».

LA PUBLICIDAD DE CARÁCTER FINANCIERO: NUEVAS COORDENADAS, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL, A PROPÓSITO DE LA AUTORREGULACIÓN

DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ¹

*Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla
y doctor por la Universidad Rey Juan Carlos
Profesor titular de la Universidad Autónoma de Chile*

RESUMEN

La publicidad que se efectúa tanto en el plano tradicional como virtual puede versar sobre un elenco realmente amplio de cuestiones. Dentro de las mismas se encuentran los productos de carácter financiero. En el espacio digital, los anunciantes recurren a técnicas cada vez más sugerentes que, además de información, incluyen, en numerosas ocasiones, una amplia capacidad de persuasión. Aunque la promoción financiera está inevitablemente sometida a las normas legales aprobadas por parte del legislador, en el ámbito español, desde hace relativamente poco tiempo, se está fomentando con buen criterio la autorregulación del sector. En virtud de esta última, los anunciantes —las entidades de crédito—, efectivamente comprometidos con un sistema de autodisciplina, tendrán que operar sus campañas promocionales al amparo de un marco tuitivo, en beneficio de los potenciales consumidores y/o usuarios, mayor que el establecido, con carácter mínimo por el legislador ibérico. Para ello, con carácter previo, habrán tenido que comprometerse con el respeto de normas de conducta que, además de presentar un importante componente ético, mejoran el contenido de las normas legales. Este proceder representa una presunción de buena fe por parte de las entidades que operan en el mercado respecto a este sector.

Palabras clave: autorregulación, financiero, publicidad.

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación CONICYT/FONDECYT número 11130188, del que el autor es investigador principal.

THE FINANCIAL ADVERTISING: NEW COORDINATES, IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM, IN RELATION TO THE SELF-REGULATION

ABSTRACT

The advertising that is performed at both the traditional and virtual scene can discuss an important amount of issues. Among them we find the financial products. In the digital space, advertisers are using techniques which are each time more suggestive, and in addition to the information, they include in many cases great persuasion. Although the financial promotion is inevitably subject to laws passed by legislators, in the Spanish environment, a few time ago, it is being encouraged the self-regulation of this sector. According to this, the advertisers — the credit institutions — committed to a self-discipline system, will have to operate their promotional campaigns within a tuitive framework for the benefit of potential consumers and/or users, and greater than the established as minimum by the Iberian legislator. In order to do this, they will have to commit previously to respect conduct rules that, besides presenting an important ethical component, they improve the content of legal norms. This approach represents a presumption of good faith of the entities that operate in this sector of the market.

Keywords: self-regulation, financial, advertising.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVES RELATIVAS AL FENÓMENO PUBLICITARIO DE CARÁCTER TRADICIONAL Y VIRTUAL. 1. Delimitación conceptual y caracteres inherentes a la promoción de bienes y/o servicios. 2. A propósito de la necesaria adaptación a los tiempos vigentes: nuevas fórmulas promocionales en los canales digitales. 3. La plausible presencia de la ética en el mensaje publicitario.—III. LA INTEGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO EFECTIVAMENTE SUSCRITO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES: LA RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN PRE-CONTRACTUAL.—IV. LA AUTORREGULACIÓN DEL SECTOR COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA IDÓNEA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA FINANCIERA. 1. Noción. 2. Presupuestos. 3. Verificación ex ante y ex post en el ámbito de la promoción financiera.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En España, la normativa que integra el sector del ordenamiento jurídico que, de manera convencional, podemos reputar como Derecho de consumo —surgido, en gran medida, en los últimos años—, se caracteriza, entre otros extremos, por una elevada dispersión normativa. Tal aspecto impide tener una visión de conjunto de los problemas que se plantean, pero también de su adecuada resolución. Tanto la novedad de la materia como la permanente proliferación de normas legales sobre el particular (sobre todo a impulsos del Derecho derivado de la Unión Europea y, en ciertos supuestos, debido a determinadas circunstancias de la realidad social, a las que el legislador ha pretendido hacer frente con una suerte de parches legislativos de urgencia), ha dado origen a un elenco sumamente extenso y heterogéneo de normas de carácter especial. Asimismo, en ciertas ocasiones, estas últimas carecen de la necesaria uniformidad y se superponen en sus respectivos ámbitos de aplicación. Todo ello, por si esto fuera poco, da lugar a una deficiente aplicación, por parte de los órganos jurisdiccionales, de la normativa de consumo. Esta situación merece un juicio de reproche.

En cuanto al carácter de las normas de consumo, debemos precisar que, en este sector, en cierta medida, impera la escasez de posibilidades de negociación que los consumidores ostentan. El sector del consumo, además de la tendencia al establecimiento de deberes de información, se caracteriza esencialmente por la naturaleza imperativa de sus normas y, más en concreto, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor, bajo sanción de nulidad. En todo este ámbito, igualmente, debe valorarse la vigencia de la norma imperativa en la modalidad de semi-imperativa. Esta última admite la preferencia de la norma comercial siempre que —pero sólo ante tal supuesto— la misma mejore la posición de la parte protegida por la ley semi-imperativa (generalmente, el contratante débil de la relación jurídica, que no es sino el consumidor y/o usuario).

El derecho a la información representa uno de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios. Si bien tradicionalmente podía considerarse que el derecho de información estaba presente, de forma implícita, en ciertos preceptos del Código Civil español, lo cierto es que la elevación a principio básico en el plano constitucional ha representado un avance incuestionable en la esfera de salvaguarda de los derechos del consumidor. En este sentido, el artículo 51.2 de la actual Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) recoge el mandato dirigido a los poderes públicos para que, en el desarrollo de su actuación, promuevan el derecho de los consumidores a una información y educación adecuada². Aunque el precepto citado no menciona la formación, consideramos que es un aspecto más de la educación en materia de consumo.

A partir de tal reconocimiento de carácter constitucional, la tutela de los consumidores adquirirá gran importancia, ya que, junto a los empresarios, ostenta una enorme relevancia en el tráfico jurídico y económico.

Igualmente, las normas comunitarias protectoras de los consumidores han implicado un notable reforzamiento de los deberes precontractuales de información. Para que su voluntad quede libremente formada, el consumidor debe necesariamente recibir una información veraz, adecuada y suficiente sobre las características del producto y/o servicio que va a contratar, así como de las condiciones de la operación. De ahí el alcance particularmente tuitivo que ostentan las normas reguladoras del derecho a la información. No debe obviarse que la necesidad de salvaguarda del consumidor, en esta etapa previa a la celebración del contrato, ha venido esencialmente motivada como consecuencia del progresivo deterioro de su posición en el mercado, siendo, precisamente, una de las razones esenciales de ese menoscabo la falta de información veraz. La importancia económica de la información se hace evidente si se tiene en consideración que el control de los mecanismos de información permite manipular, con relativa facilidad, las necesidades de los consumidores.

Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación —TIC—, como la realidad pone de manifiesto, han incidido en numerosos sectores de la sociedad. Uno de ellos, como en la presente investigación veremos, es la labor promocional de numerosos productos y/o servicios asociados al ámbito financiero.

² A tenor del artículo 51.2 de la CE, «los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca». En el escenario de la Unión Europea, el derecho a la información se ha reconocido, como un derecho básico de los consumidores, desde la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores. A fecha de hoy, el derecho que comentamos está presente en el artículo 153 del TCE, relativo a la política de protección de los consumidores de la Unión.

El sector de los servicios financieros en línea ha sido pionero en la incorporación y utilización de medios electrónicos en un doble ámbito, a saber: el interno y el externo. La organización o estructura interna, así como la llevanza de la contabilidad, han sido fiel reflejo de la pronta incorporación de las nuevas tecnologías y los medios electrónicos³. Lo mismo ha acontecido en el caso de la prestación externa⁴ —en el sentido de relación con los clientes o con otros intermediarios financieros⁵.

El ámbito bancario ha sido de los primeros en hacer uso de las nuevas tecnologías para facilitar la información, que es especialmente necesaria en el espacio promocional. Naturalmente, también lo es en el supuesto de que la relación contractual se perfeccione, por un lado, entre la entidad de crédito y, por otro, el destinatario de la publicidad de este elenco de materias (generalmente consumidores y/o usuarios, sin perjuicio de que, igualmente, podrán ser empresas).

La aplicación de las nuevas tecnologías al ámbito bancario, en toda su extensión, ha sido vital no sólo para el éxito de las propias entidades financieras, sino para su supervivencia. En este sentido, numerosas instituciones financieras, a nivel global, han puesto de relieve cómo las nuevas tecnologías permiten ampliar cuota de mercado, mejorar sensiblemente el servicio puesto a disposición de los clientes, reducir los costes operativos e idear nuevos servicios bancarios más personalizados y, por ende, con una presumible tasa de éxito más elevada que en caso contrario. A este último respecto coadyuvará, en gran medida, la denominada publicidad personalizada, que ha experimentado un notable crecimiento gracias a la Red. No en vano, en virtud de esta última, las promociones contarán con un elevado grado de personalización, en función a sus destinatarios, por lo que las

³ Con carácter general, se permite la llevanza de la contabilidad utilizando medios más modernos —art. 27.2 y 3 del Código de Comercio español—. La presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos es un paso más adelante en este sentido. Asimismo, desde un punto de vista más concreto, debemos precisar que, en el sector financiero, las entidades financieras realizan su gestión y contabilidad, recurriendo, para ello, a medios de carácter electrónico.

⁴ Para la prestación de los servicios financieros a los clientes, se puede recurrir a redes de carácter abierto, como Internet, o cerradas (Intranet). Estas últimas, aunque representan una mayor inversión económica, suponen un coste de mantenimiento sensiblemente más elevado que las que presentan carácter abierto. Todo cuanto planteamos entronca con lo que se denomina comercio electrónico cerrado, que acontece cuando la contratación se efectúa en redes en las que únicamente pueden operar aquellos que tienen la previa y necesaria habilitación para el acceso, como, por ejemplo, sucede en la red EDI —*Electronic Data Interchange*—. Esta última es objeto de disciplina por el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, objeto de la Recomendación de la Comisión Europea, de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos.

⁵ Por lo que a nuestros efectos interesa, debe afirmarse que el comercio electrónico —que incluye tanto la contratación electrónica como las actividades promocionales previas— entre empresarios presenta una antigüedad superior a las dos décadas, sobre todo si tenemos en consideración el reconocimiento y ordenación legal de su práctica en ciertas de las ramas del Derecho mercantil como la bursátil y, parcialmente, la bancaria.

campañas gozarán de un nivel de eficacia sensiblemente mayor que si se realizan en el plano físico o tradicional.

A fecha de hoy, como la práctica pone de relieve, el cliente puede comunicarse con la entidad bancaria no sólo en virtud de la Red —en la que, además, se han creado aplicaciones bancarias específicas tanto para terminales con sistema operativo *android* como para determinados modelos de telefonía móvil (con acceso a Internet), como el *Iphone*, con el objetivo de operar virtualmente con el banco que la pone en práctica⁶—, sino, además, en virtud del teléfono⁷, fax o por correo enviado a través del sistema multimedia puesto a disposición de los clientes por parte de la entidad bancaria.

La banca electrónica no sólo permite al cliente interactuar con productos ya contratados —así, a título de ejemplo, podemos referirnos al acceso actualizado a información sobre cuentas, realización electrónica de transferencias y pagos—, sino, fruto de la actividad promocional efectuada con carácter previo, la contratación de nuevos productos y/o servicios financieros⁸ —como, entre otros muchos, la apertura de cuentas de ahorro, depósitos, contratación de fondos de inversión, tarjetas de crédito, seguro, préstamos personales e hipotecarios—. Como ventajas para el consumidor⁹, frente a las que ofrece la banca tradicional, pueden, entre otras, citarse: el ahorro en costes y precios más competitivos, la facilidad de comparación de ofertas presentes en el mercado —en ocasiones a través de portales digitales específicamente diseñados al efecto—, ahorro o reducción de tiempo, acceso las veinticuatro horas del día y los 365 días del año, así como la posibilidad de obtener una oferta personalizada a cada segmento de consumidores¹⁰. Esta última nuevamente en base a la publicidad comportamental.

Los servicios financieros, por su carácter incorporeal, resultan especialmente adecuados para la contratación a distancia y, por ende, también lo son las actividades promocionales asociados a los mismos. En este sentido, consideramos que el establecimiento de un marco jurídico riguroso aplicable a la promoción y

⁶ Así, por ejemplo, Banco Sabadell, Bankinter, BBVA, Citibank, La Caixa y Openbank.

⁷ En cualquier caso, debemos manifestar que la vía telefónica —sobre todo la de carácter móvil— permite la consulta de datos bancarios —en virtud de llamadas o mensajes de texto—, pero también la programación del teléfono para la recepción de información bancaria de interés para el cliente, cual, por ejemplo, alarmas cuando los saldos de las cuentas superen cierta suma, previamente establecida, y/o se cargue un determinado gasto en la cuenta.

⁸ RICO CARRILLO, M.: «La electrificación del Derecho mercantil», *Ética y jurisprudencia*, núm. 4, 2005, p. 80.

⁹ Respecto a los inconvenientes de la banca por Internet, hemos de mencionar, sin ánimo agotador, la falta de servicio personalizado y la ausencia de plena seguridad. Sobre este particular, véase MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.: «Contratos bancarios e Internet». En MATEU DE ROS CEREZO, R., y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (coords.): *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 477.

¹⁰ ALVARADO HERRERA, L.: «Medios de pago», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 28, 2002, pp. 103-120.

comercialización a distancia de servicios financieros, complementado por las herramientas derivadas de la autorregulación¹¹, debe aumentar la confianza del consumidor en las nuevas técnicas de comercialización a distancia de servicios financieros.

En la presente investigación se analizarán, en primer término, un elenco de sugerentes notas relativas al fenómeno publicitario de carácter tradicional y virtual. A este respecto, se acometerá su delimitación conceptual y los caracteres inherentes a la promoción de bienes y/o servicios. Seguidamente, se verán, de forma somera, algunas de las nuevas fórmulas promocionales ideadas para operar en los canales digitales. No se perderá de vista la plausible presencia de la ética en el mensaje publicitario difundido en materia financiera. Toda esta serie de apreciaciones generales, que serán de aplicación al ámbito estrictamente financiero, darán lugar al análisis de la integración de la publicidad realizada en medios digitales en el contrato que efectivamente se acuerde entre las partes efectivamente contratantes. Aunque, a lo largo de toda la exposición, estará visible la relevancia que la autorregulación de la industria es susceptible de acometer, todo ello será objeto de examen pormenorizado. De este modo, podrá tomarse debida conciencia de la importante labor complementaria que la misma desempeña en el ámbito financiero. Por su grado de desarrollo, hemos estimado oportuno analizar la situación imperante en el Reino de España, desde la óptica del ordenamiento jurídico español. No se perderán de vista las Directivas europeas de interés sobre la materia.

II. BREVES NOTAS RELATIVAS AL FENÓMENO PUBLICITARIO DE CARÁCTER TRADICIONAL Y VIRTUAL

En este apartado se estudiarán, con carácter general, ciertas cuestiones relativas a la promoción de bienes y/o servicios realizada tanto en canales tradicionales como virtuales. Tales apreciaciones son aplicables a la publicidad de productos financieros. Teniendo en consideración que nos centraremos en el espacio digital, prestaremos más atención a este extremo.

1. Delimitación conceptual y caracteres inherentes a la promoción de bienes y/o servicios

La publicidad representa un instrumento competitivo, de los más significativos de la sociedad contemporánea, que los operadores económicos utilizan en el

¹¹ Respecto a la autorregulación del sistema bancario en el Derecho alemán, véase HOPT, K.: «La autorregulación del sistema bancario y financiero. Práctica y teoría en Alemania». En *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pp. 598-600.

tráfico para fomentar la contratación de los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado¹². Es, además, un claro ejemplo de información asimétrica. En efecto, cada una de las dos partes que intervienen, en dicho escenario, no contarán, en modo alguno, con la misma información que la otra sobre las condiciones del bien y/o servicio que se promociona.

Con carácter general, la publicidad de bienes y/o servicios, en un sentido amplio, ha de observar ciertos principios, entre los que destacan los siguientes, a saber: veracidad, objetividad y, por último, autenticidad.

La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial¹³. Debe repararse en que la publicidad no sólo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. Nótese que impera un anhelo de destacar los bienes y/o servicios propios en detrimento de los de la competencia.

Tal actividad no sólo es información, sino que, en mayor o menor medida, prima la persuasión¹⁴. La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad que es característica de la información¹⁵.

La publicidad ha de disfrutar de un alto nivel de confianza, por parte del consumidor y/o usuario, ya que, al fin y al cabo, es el destinatario de tal actividad. A tal fin, es necesario que la misma sea, entre otros aspectos, veraz, legal, honesta y leal. La labor promocional —que no cumpla todos o alguno de los mencionados y deseables caracteres—, aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá quebrantando la confianza del consumidor. Por ende, toda la publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuen-

¹² FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad». En *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 58; SANTAELLA LÓPEZ, M.: *El nuevo Derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 49 y sigs.; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., y MONROY ANTÓN, A.: «La publicidad interactiva relativa a productos farmacéuticos de uso humano: el fenómeno de la autorregulación», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 87, 2012, pp. 35-51.

¹³ MORALES MORENO, A. M.: «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)». En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 680.

¹⁴ GHIDINI, G.: *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 17; GARCÍA GUERRERO, J. L.: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1996, pp. 117-146.

¹⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: «Las cookies como instrumento para la monitorización del usuario en la Red: la publicidad personalizada», *Ciencias Económicas*, vol. 29, núm. 2, 2011, p. 177.

cias. En consecuencia, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad en general esté regulada. Existen dos alternativas, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: Por un lado, la regulación normativa —o heterorregulación— por parte del legislador de que se trate, y, por otro, la autorregulación —o disciplina de la propia industria.

La Ley General de Publicidad, como es conocido, define la publicidad en los siguientes términos: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Si tal estipulación la refiriéramos al ámbito financiero, podríamos determinar que la publicidad de tipo financiero alude a la que se acomete con el objetivo de promover la contratación de productos y/o servicios financieros.

Tal fenómeno (la publicidad) constituye, en definitiva, el medio más oportuno para dar a conocer los bienes y/o servicios de un determinado empresario en el mercado. También debe considerarse que representa una herramienta idónea susceptible de incrementar, de manera considerable, los niveles de mercado en la lucha competitiva de los diversos oferentes. Igualmente, la promoción comercial es un medio apto en virtud del que se puede ejercitar el derecho de información reconocido, de forma implícita, en el artículo 51 de la CE. No obstante, uno de los fines más relevantes para el amparo de los intereses económicos de los consumidores y/o usuarios viene representado por la libertad de decisión del consumidor y/o usuario en cuanto a las ofertas que reciben.

2. A propósito de la necesaria adaptación a los tiempos vigentes: nuevas fórmulas promocionales en los canales digitales

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación —TIC— han supuesto, a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente se han puesto en práctica novedosas técnicas que tienen como objetivo captar la atención integral de los receptores. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos determina que aquéllas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta, dando origen a lo que se ha dado en llamar publicidad comportamental.

Uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento, para la perfección del contrato. En este instante es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las

características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida —tanto a través de canales tradicionales como virtuales.

La remisión de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos debe reputarse publicidad¹⁶. Es visible, por consiguiente, el desplazamiento del término «publicidad» por el de «comunicación comercial»¹⁷, pero dotando a éste de un significado muy próximo al tradicional de publicidad. Podría, en este sentido, considerarse que el recurso al término «comunicación comercial» obedece al deseo del legislador de ensanchar el concepto de referencia, propiciando, de esta manera, la regulación y el control de nuevos fenómenos promocionales que podían encontrar en el nuevo escenario de la publicidad interactiva un ámbito de desarrollo particularmente favorable¹⁸. En todo caso, aunque el término publicidad¹⁹ se menciona en el apartado 2.i) del anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (en adelante, LSSI-CE), el que se define es el de comunicación comercial²⁰ —del mismo modo que en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva sobre comercio electrónico).

En este sentido, de acuerdo con el anexo f) de la LSSI-CE, podemos definir comunicación comercial electrónica como «toda forma de comunicación»²¹ dirigida

¹⁶ En igual sentido, FERNANDO MAGARZO, M. R.: «Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 21, 2001, pp. 28-29; TATO PLAZA, Anxo: «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet». En GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 191-196; ILLESCAS ORTIZ, R.: «Comunicaciones comerciales y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 40, 2003, pp. 7-11; SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma: *La publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas*, «La Ley», Madrid, 2007, pp. 87-90.

¹⁷ ILLESCAS ORTIZ, R.: cit., nota n. 16, pp. 7-11, se manifiesta partidario de que el término comunicación comercial en la LSSI-CE sea interpretado en el sentido de mensaje publicitario en soporte electrónico.

¹⁸ ÁLVAREZ RUBIO, J.: «Hacia un nuevo concepto legal de comunicación comercial». En TOMILLO URBINA, Jorge Luis (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, Julio (Coord.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, 2008, p. 119.

¹⁹ Ciertamente el sector de la doctrina se posiciona en contra de que el legislador defina la publicidad. Así, por ejemplo, DESANTES GUANTER, J. M.: «El marco jurídico de la publicidad en el contexto de la información». En *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, p. 32.

²⁰ Dicho concepto de comunicación comercial es objeto de reiteración, en lo sustancial, en el art. 2.a) de la Propuesta de Reglamento, de 4 de octubre de 2001, relativo a las promociones de ventas en el mercado interior.

²¹ El recurso a la expresión «toda forma de comunicación» constituye un claro acierto. En efecto, las nuevas técnicas de comunicación —que, en el espacio digital, avanzan a un ritmo imparable— dan lugar a nuevos formatos publicitarios.

da a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional²². A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica»²³. Como puede deducirse, la citada norma contempla una acepción positiva y otra negativa de comunicación comercial.

En cuanto a la primera —de carácter positivo—, que será aquella a la que prestaremos atención en el presente artículo, cabe señalar que incide en la labor de promoción que el anunciante opera, respecto a ciertos productos o servicios, en el ejercicio de su actividad comercial virtual, lo que supone una comunicación entre el anunciante y el receptor de la publicidad —destinatario que podrá ser individual o colectivo, dado que la definición no exige que el mensaje necesariamente se dirige a una pluralidad de personas—. Tales actuaciones deben respetar no sólo las previsiones establecidas en la LSSI-CE, sino también las normas imperantes en materia publicitaria y comercial²⁴. Interesa poner de manifiesto que el precepto que analizamos trae causa del artículo 2.f) de la Directiva de comercio electrónico que, a su vez, coincide, de manera sustancial, con la operada por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

Se trata de una delimitación enormemente amplia, dado que incluye toda modalidad de publicidad virtual con independencia del formato del mensaje comercial —audiovisual, gráfico y/o sonoro—. De igual modo, en la definición que analizamos, tendrían cabida tanto las actividades publicitarias electrónicas de carácter colectivo —cual, por ejemplo, es el *banner*— como las actividades de

²² Debe advertirse que el concepto de comunicación comercial presente en la normativa mencionada coincide, de manera sustancial, con el artículo 2 de la Directiva europea 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, así como con la definición ofrecida al respecto por el Libro Verde de la Comisión Europea sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior.

²³ La primera norma española que delimitó este tipo de publicidad presentaba carácter autonómico. Se trata del artículo 1.3.e) de la Ley 5/1997, de 8 de julio, por la que se regula la publicidad dinámica en las Islas Baleares, que la definió como aquella actividad consistente en «el envío de mensajes publicitarios mediante comunicación telefónica, por fax o a través del llamado correo electrónico».

²⁴ Cabe, entre otras muchas, destacar la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

marketing directo —como un correo electrónico—. En todo caso, la finalidad del mensaje debe ser la promoción de bienes y/o servicios o la imagen de la empresa —esta última constituye la denominada publicidad corporativa—. Tal presupuesto determinará que excluyamos del carácter de comunicación comercial al menos tres modalidades de mensajes. En primer lugar, los mensajes difundidos en Internet con una finalidad puramente informativa. En segundo lugar, la publicidad institucional²⁵ cuya finalidad sea el fomento de ciertas conductas solidarias —piénsese, por ejemplo, en la donación de órganos—. Y, en tercer y último término, la propaganda política o religiosa que persiga la adhesión de la población a una determinada creencia política o religiosa.

Muy relacionada con la peculiar finalidad de la publicidad en Internet, a la que hemos hecho referencia, se encuentra la exigencia de que la misma se desarrolle en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Tal previsión representa una cuestión significativa, ya que, como es sabido, tanto en el mundo físico como en el virtual, pueden realizarse campañas comerciales que no tengan como finalidad fomentar el consumo de bienes y/o servicios, dado que, a título de ejemplo, pueden promover la moderación en el consumo o ciertos fines de carácter social general²⁶.

Entre los diversos canales de comunicación en los que la publicidad relativa al ámbito financiero se difunde, existe uno que recientemente está desmarcándose frente a todos los demás. Nos referimos a Internet. En efecto, la publicidad sobre tales productos realizada en tal medio está creciendo—y presumiblemente, pese a la crisis económica, lo continuará haciendo en el futuro— a un ritmo notablemente mayor que la difundida en los demás soportes.

En cuanto a las formas en las que se plasman este tipo de mensajes comerciales, cabe referirse, esencialmente, a tres grandes grupos. En primer lugar, las comunicaciones comerciales en línea. En virtud de las mismas, que se materializarán en *banner* y ventanas emergentes masivas, posicionadas en sitios *web*, se

²⁵ Algunas normas, dada la enorme amplitud del concepto de publicidad, facilitan la aplicación de su articulado a esta modalidad publicitaria. Así, por ejemplo, el artículo 2.f) del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de mayo de 1989, y el artículo 3.c) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora la Directiva de Televisión sin Fronteras. Por otro lado, debemos señalar que la publicidad institucional está regulada por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, que establece el marco normativo en el que deben desarrollarse las campañas institucionales promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal. También hemos de mencionar la Ley 7/2003, de 20 de marzo, de Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana; Ley 16/2003, de 24 de marzo, de Publicidad Institucional de Aragón; Ley 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales de Asturias, y la Ley 18/2000, de 29 de diciembre, de Publicidad Institucional de Cataluña.

²⁶ DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Iustel, Madrid, 2005, p. 36.

tratará de redireccionar a sus destinatarios a los servicios de carácter financiero²⁷. En segundo lugar, las promociones de ventas. Estas últimas —que incluyen numerosas modalidades de descuentos, ciertas ofertas especiales, concursos, juegos promocionales y obsequios— constituyen una sugerente herramienta versátil que ostenta la facultad de adaptarse a múltiples circunstancias. Finalmente, los empresarios dedicados al sector financiero podrán recurrir a las conocidas estrategias de *marketing* directo. Nos referimos a la remisión de publicidad a través del correo electrónico y/o teléfono²⁸.

3. La plausible presencia de la ética en el mensaje publicitario

La autorregulación de la publicidad no supone, en modo alguno, una fractura entre Estado y sociedad, ya que no implica la separación completa entre ambos. Por el contrario, permite desarrollarse en plenitud esta nueva emergencia de la sociedad civil y da plena fuerza a la capacidad creativa de los sujetos privados para aprovecharse de ello, permitiendo que los intereses públicos y privados confluyan²⁹. De hecho, es un escenario en el que, como veremos, su participación conjunta va a determinar efectos beneficiosos para toda la sociedad —empresas del sector (anunciantes del sector financiero, agencias y medios de comunicación), consumidores y/o usuarios (contratante débil de la relación jurídica) y el sector público.

La redacción de los documentos en los que se incluyen las normas de conducta, en materia financiera, resulta posible gracias al principio de la autonomía de la voluntad (o autonomía privada) y, naturalmente, habrán de respetar la legislación tanto imperativa como semi-imperativa que, sobre el particular, existe. Teniendo en cuenta tales condiciones o premisas, consideramos que los códigos de conducta, en este ámbito del sector financiero, deberán incluir las mejores prácticas publicitarias en el espacio interactivo que, dicho sea de paso, tanto la propia industria (financiera) como los destinatarios (consumidores y usuarios y empresas) precisan.

²⁷ Si bien no encajan en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico, si entran, sin embargo, en el espacio de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. Además, en la medida en que el uso de las comunicaciones comerciales sobre cuestiones de índole financiero conlleve la recogida y el tratamiento de datos personales, también en el de la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos, y la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

²⁸ Representan técnicas que están reguladas por la Directiva 97/7/CE, sobre venta a distancia; Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, así como por la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos, y la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

²⁹ DARNACULLETA i GARDELLA, M. M.: «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación». En MUÑOZ MACHADO, S., y ESTEVE PARDO, J. (Dir.): *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 645 y ss.

En cuanto al contenido de las normas o reglas de conducta —recopiladas, en un elevado número de supuestos, en los denominados códigos de conducta—, cabe decir que va más allá de la mera compilación de la normativa legal aplicable a la publicidad financiera —derivada, repárese, que de la heterorregulación—, pues incluyen consideraciones de índole ética. A este respecto, ciertos autores³⁰ subrayan que la publicidad, por su propia naturaleza, tiene que ver con la conducta, con el *ethos* y, por tanto, es susceptible de consideración ética.

En este último sentido conviene efectuar un breve paréntesis e, inicialmente, precisar qué se entiende por ética, para, posteriormente, aplicar tal concepto a la publicidad. La ética representa un conjunto de principios morales o valores que gobiernan la conducta de una persona, grupo u organización, así como la convivencia en la sociedad. Ahora bien, como norma que juzga la conducta, no siempre coincide, de manera absoluta, en todos los supuestos, con las normas legales. Las leyes, en todo caso, marcan el umbral de la actuación ética³¹.

La ética alude a las personas y no a las instituciones, por lo que su planteamiento, en el espacio publicitario, suele realizarse, con cierta frecuencia, desde una perspectiva relativista que prima la voluntad de la persona³². No debe obviarse que depende de múltiples aspectos como, entre otros, de los principios morales que el individuo acepte, el momento histórico y el ámbito cultural en el que se plantee.

Desde la perspectiva de la eficiencia del mercado, la actuación comercial de la empresa debe estar orientada al bien común, entendiendo por tal aquel que represente un desarrollo humano integral, no sólo económico³³. Aunque pueda ser una obviedad, para que estos comportamientos sean éticos deben serlo también los comportamientos generales de la sociedad.

Tras todo lo apuntado, podríamos definir la publicidad ética como aquella comunicación cuya recepción no vulnere el conjunto de valores sociales, culturales, religiosos y morales del grupo social que resulte afectado por el mensaje,

³⁰ MELÉ CARNÉ, D.: «Criterios éticos para la comunicación publicitaria». En MELÉ CARNÉ, Domènec (Coord.): *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 249-263.

³¹ SANTESMASES MESTRE, M.: «Legislación y códigos de conducta comercial, ¿son suficientes?». En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.): *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Navarra, 1998, p. 63.

³² VIDAL GARCÍA, M.: «Paradigma de ética razonable para la empresa. Exigencias básicas del discurso ético sobre la actividad empresarial», *Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 19, 1990, p. 13; BASSAT, L.: «Dos claves éticas en publicidad: veracidad y respeto». En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.): *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, p. 320.

³³ MELÉ CARNÉ, D.: «Orientaciones éticas para la empresa». En FERNÁNDEZ, F. (Ed.): *Estudios sobre la Encíclica «Centesimus Annus»*, Unión Editorial, Madrid, 1992, pp. 561-580.

dando lugar a una merma del bienestar común³⁴. Aunque, en la práctica, lo más frecuente será que la publicidad ética coincida con la publicidad lícita, no será óbice para que el contenido de un mensaje comercial, calificado normativamente como lícito, vulnere el conjunto de valores sociales que comentamos, suscitando, de esta forma, cierto malestar. Es más, existen actuaciones vinculadas con la publicidad que pueden no estar reguladas por la ley que, no obstante, pueden reputarse no éticas.

En el caso concreto de la publicidad relativa a cuestiones financieras, la ética está adquiriendo un papel de gran relevancia, debido a que el entorno, cada vez más competitivo, ha llevado a las empresas a buscar en la publicidad un instrumento que les permita diferenciarse de sus competidores directos, así como incrementar sus ventas y la fidelidad de sus clientes. En este sentido, por decirlo sintéticamente, en la práctica, los aspectos éticos del contenido del mensaje publicitario podrían analizarse teniendo en cuenta tanto la veracidad como el estilo y la forma adoptados en el mismo.

El esfuerzo comunicativo es cada vez mayor, si bien las críticas hacia esta actividad crecen como consecuencia de ciertos comportamientos y efectos negativos. Estos últimos, dicho sea de paso, tratan de evitarse —o, al menos, mitigarse todo lo que sea posible— en virtud del fenómeno de la autorregulación.

III. LA INTEGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN EL CONTRATO EFECTIVAMENTE SUSCRITO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES: LA RELEVANCIA DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

De acuerdo con la Directiva europea 2002/65, de 23 de septiembre, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores³⁵, las partes del contrato bancario que analizamos, son, por un lado, la entidad de crédito y por otro, el consumidor y/o usuario. Ambos son, además, el marco subjetivo objeto de enunciación en los artículos 2 y 5 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores³⁶.

³⁴ IRÁKULIS ARREGUI, N., y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Publicidad lícita y ética», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008, p. 74.

³⁵ Repárese, en cualquier caso, que tal norma comunitaria ha sido objeto de modificación en virtud de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas desleales de las empresas a los consumidores en el mercado interior, así como por la Directiva 2007/64, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior. Dicho esto, cabe matizar que la Directiva 2002/65 es aplicable a la actividad financiera, dado que se considera que es una prestación a distancia. No obstante, esta última no se limita sólo al medio electrónico y telemático, sino que abarca todas las formas de prestación de dichos servicios a distancia, como la telefonía vocal.

³⁶ En relación a tal norma, con carácter general, pueden verse los comentarios de ILLESCAS ORTIZ, R.: «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados

A tenor del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre Adaptación del Derecho vigente en materia de Entidades de Crédito al de las Comunidades Europeas³⁷, podemos determinar que Entidad de Crédito es «toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza».

Por lo que se refiere al consumidor, de acuerdo con el último párrafo del artículo 5 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, es la persona física que, en los contratos a distancia, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Tal concepto, como podemos apreciar, delimita a quien interviene en la relación bancaria con fines privados, contratando servicios como destinatario final sin incorporarlos en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Repárese que la restricción de la figura del consumidor a la persona física excluye a la persona jurídica³⁸ que, no obstante, sí está incluida en la definición de consumidor presente en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TRLGDCU)³⁹. A pesar de lo previsto en el precepto inicialmente enunciado —artículo 5 de la Ley 22/2007—, la aplicación de la Ley 22/2007, a tenor de los artículos 1255 del Código Civil español (CC) y 2.4.c) de aquélla, resulta posible, asimismo, a la contratación con clientes no consumidores⁴⁰. De

a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 84, 2007, pp. 3-23; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 107, 2007, pp. 281-288; OCHOA ARRIBAS, C.: «Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17, 2008, pp. 57-65.

³⁷ Nos referimos a la redacción operada por la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico.

³⁸ Tal extremo ha merecido la crítica de cierto sector de la doctrina. Así, PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «La nueva Ley sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio», *La Ley*, núm. 6837, 2007, pp. 1228-1239.

³⁹ En este sentido, debemos de precisar que la limitación del consumidor únicamente a quien ostente la condición de persona física y coincida con la delimitación presente en el artículo 3.a) de la Directiva 2008/48, de 23 de abril, sobre crédito al consumo.

⁴⁰ El considerando 29 de la Directiva 2002/65, sobre servicios financieros a distancia, señalaba que los Estados miembros podían ampliar su protección a las organizaciones sin ánimo de lucro. En España, esta posibilidad técnica es refrendada por distintas leyes especiales relacionadas con determinados bienes y/o servicios de uso cotidiano, donde, dicho sea de paso, también se protege como consumidores a las personas jurídicas en relación, por ejemplo, con préstamos o créditos hipotecarios —art. 1.1.b) de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito—, telecomunicaciones —anexo II, número 4 de

hecho, a tal fin coadyuva el hecho de que, en numerosas ocasiones, las propias Entidades de Crédito recurran a formularios, clausulados y otros documentos predispuestos. En cualquier caso, las Entidades de Crédito pueden ser de diferentes dimensiones y poder económico heterogéneo. No en todas las ocasiones el cliente es la parte más débil de la relación contractual. De hecho, en la práctica, hay clientes no consumidores ante los que la propia Entidad de Crédito podría ser reputada la parte más débil. Por consiguiente, siendo transacciones entre empresarios, con un cierto volumen de negocio, habría que propugnar la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho contractual.

El objetivo de todo sistema de tutela del consumidor y/o usuario —contratante débil— es garantizar el equilibrio contractual entre las partes. Por una parte, mediante una información, de carácter simétrico y veraz, que asegure la certeza de la información ofrecida al consumidor. Por otro lado, en virtud del reconocimiento de determinados derechos de carácter potestativo para el consumidor con los que bien pueden separarse del contrato —así, por ejemplo, el derecho de desistimiento⁴¹—, bien pueden modificar determinadas condiciones —como, entre otras, es el caso de la forma de remisión de la documentación.

Para la formación del contrato tiene notable relevancia la fase precontractual. En esta línea, deben entenderse incluidas las actividades promocionales de los servicios que la Entidad de Crédito ofrece tanto en el espacio físico como en el digital. Asimismo, como posteriormente expondremos, uno de los escenarios en los que, precisamente, se persigue fomentar la adhesión a los sistemas de autodisciplina, por parte de las Entidades, es el de la actividad publicitaria de los servicios bancarios. Si se materializa el compromiso a tales instrumentos, dadas las legítimas expectativas que se van a crear, necesariamente deberán observarse en la elaboración del anuncio. Dicho esto, tampoco debe infravalorarse la relevancia que las condiciones generales presentan para la formación de las declaraciones vertidas en el contrato.

Para la promoción de los servicios bancarios, como hemos adelantado, la Entidad de Crédito puede recurrir a los diversos canales que ofrecen las nuevas tecnologías. Entre los mismos ocupa un destacado lugar la Red. De hecho, como la práctica pone de manifiesto, el sitio *web* de la propia Entidad de Crédito constituye uno de los medios más utilizados por la banca vir tual para publicitar la contratación de los servicios relacionados con su actividad empresarial. En las actividades publicitarias realizadas deberá observarse la normativa sectorial apli-

la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones— y electricidad —art. 9 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

⁴¹ Sobre esta cuestión, véase RICO CARRILLO, M.: «El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 108, 2009, pp. 4-28.

cable en España⁴², pero también, con carácter complementario, la Ley General de Publicidad de 1988, así como sus desarrollos reglamentarios.

La Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, sustituyó el capítulo III de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989⁴³, relativo a tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito⁴⁴. Esta última norma mencionada alude, entre otros aspectos, a la publicidad operada en diferentes medios de difusión —cual Internet⁴⁵ u otros medios electrónicos—. Dicha Orden —EHA/1718/2010— fue desarrollada por la circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios⁴⁶, que aborda, entre otros, la política de comunicación comercial de las entidades de crédito⁴⁷ y entidades de pago, y persigue fomentar el compromiso a un organismo de autodisciplina de la actividad publicitaria.

La publicidad, como es sabido, integra el contenido del contrato. Como determina el artículo 61.2 del TRLGDCU, «las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas⁴⁸ serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o compro-

⁴² Este tipo de publicidad, a tenor del artículo 5 de la Ley General de Publicidad, se encuentra entre las actividades que ha sido regulado por normas especiales.

⁴³ Dicha Orden fue dictada en base al artículo 48 de la Ley, de 29 de julio de 1988, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

⁴⁴ En dicho sistema se estableció un régimen de previa autorización para la publicidad de las operaciones y servicios bancarios en los que se aludiera a su coste o rentabilidad para el público. No obstante, el mencionado régimen de autorización previa suponía un obstáculo a la agilidad de las ofertas de productos y servicios que demanda el sector financiero.

⁴⁵ Ahora bien, como bien pone de manifiesto el artículo 2.2 de la citada Orden, en las letras «b» y «c», no se reputan actividades publicitarias, quedando, en consecuencia, excluidas de tal norma aquellos contenidos informativos que figuren en las páginas propias de la entidad en Internet, o en otro medio de difusión, que resulten necesarios para llevar a cabo la contratación de una operación, y las informaciones que sobre las características específicas de las operaciones figuren en las páginas operativas de la entidad en Internet en las cuales se lleven a cabo —esta última ya se contemplaba en la norma novena de la Circular 8/1990.

⁴⁶ Por lo que se refiere al examen de los principios por los que ha de regirse la publicidad bancaria (autenticidad, veracidad, claridad y suficiencia), contenidos en tal Circular, nos remitimos a TATO PLAZA, A.: «Régimen jurídico de la publicidad de productos y servicios bancarios: principios generales», *Autocontrol*, núm. 162, 2011, pp. 9-15.

⁴⁷ La Orden, a tenor de su articulado, es de aplicación tanto a las entidades de crédito españolas como a las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, dirigida a clientes residentes en España, y que se refiera a productos y servicios bancarios, incluidos los servicios de pago, distintos de los instrumentos financieros y servicios de inversión contemplados en la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión.

⁴⁸ Aunque la expresión «condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas» ostenta un limitado rigor técnico-jurídico, su amplia dicción es susceptible de cubrir todo tipo de estipulaciones, cláusulas o reglas sobre los derechos y obligaciones de las partes que el empresario hubiera

bante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato». Con carácter previo a tal reconocimiento legislativo expreso, para considerar el carácter vinculante de la publicidad, cabía la posibilidad de remitirse a determinadas instituciones propias del Código Civil español, básicamente a los vicios del consentimiento, así como a la responsabilidad extracontractual. En este sentido, se podía interpretar que el consentimiento se había configurado de manera errónea, lo que determinaba la concurrencia de un vicio generado por error o dolo. También podía recurrirse a la responsabilidad derivada de *culpa in contrahendo*. Finalmente, podía estimarse que la oferta formaba parte del contrato por ser una consecuencia necesaria de la buena fe —ex artículos 7 y 1258 del Código Civil (CC)—. Esta última cuestión —la buena fe— constituye, qué duda cabe, una figura nuclear en el ámbito precontractual. Más, si cabe, cuando la misma se vincula con la asunción de instrumentos derivados de la autorregulación. En virtud de esta última, se aprobarán los códigos de conducta reguladores de la publicidad financiera.

El legislador español, en tal precepto del TRLGDCU —así como en su precedente más inmediato (art. 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984⁴⁹)—, reconoce, en el plano normativo, la función y dimensión negocial que ostenta la publicidad⁵⁰. Todo ello representa la superación de la dogmática tradicional del contrato que parecía, en cierto sentido, haberse mostrado relativamente insensible al influjo de la publicidad (*rectius*: manifestaciones *pro* negociales o negociales efectuadas en los mensajes publicitarios) en el proceso de formación del contrato, es decir, en el *iter deliberandi* del consumidor (contratante).

En virtud de tal previsión, el consumidor que, total o parcialmente, y ea defraudadas sus expectativas económicas, jurídicamente razonables, acontecidas en su ámbito negocial, con motivo de la publicidad de productos financieros, podrá pedir el cumplimiento de lo advertido promocionalmente por la Entidad de Crédito. Naturalmente, sin que sea preciso, ni mucho menos, anular el contrato. Asimismo, tal exigencia podrá efectuarse sin necesidad de que el contenido negocial esté expresamente recogido en el contrato. En otras palabras, la frustración de las expectativas de tipo económico jurídicamente razonables del consumidor, por

ofertado o anunciado para la futura relación contractual, así como sobre el contenido económico y no sólo jurídico del contrato.

⁴⁹ El origen de tal precepto, como apunta MIRANDA SERRANO, L. M.: «La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables», *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, 2006, p. 60, estriba en dos sentencias del Tribunal Supremo, como son las SSTs de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977.

⁵⁰ La refundición normativa de 2007 ha consolidado el valor normativo del artículo 61 del TRLGDCU, así como su carácter de mandato imperativo. En este sentido, ÁVILES GARCÍA, J.: «Las obligaciones de información tras la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010, pp. 89-112; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.ª ed., Dykinson/INC, Madrid, 2010, pp. 113 y 123 a 127.

parte del empresario anunciante —la Entidad de Crédito—, no deberá sufrir, como posible solución al problema generado, otro infortunio jurídico, es decir, la anulación del contrato. Todo ello, con plena independencia de la eventual intencionalidad o posible negligencia del empresario anunciante.

El fundamento de la integración del contrato, en virtud de la publicidad, no se encuentra en la intención, presunta o tácita, de las partes, sino en exigencias objetivas del ordenamiento jurídico que impone esa integración contractual —repárese que el precepto que se comenta se refiere a «serán exigibles»—, incluso en contra de la voluntad de una de las partes⁵¹. La aprobación del precepto antes enunciado —y de otros como el 1258 del CC⁵², del que, en cierta medida, deriva— refleja una axiología que va más allá de una concepción puramente documentalista o voluntarista del contrato⁵³. En efecto, este último, como es sabido, obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, queridas o no, que se deriven. Puede, por tanto, afirmarse, a este respecto, que uno de los objetivos más destacados del artículo 1258 del CC, más allá de la labor de interpretación, estaría vinculado con el valor integrador que realiza. Por lo que se refiere a la buena fe, aunque es fuente de integración de la norma reguladora de la relación contractual, de acuerdo con el mencionado 1258 del CC —interpretado en virtud de los artículos 1, 6.2 y 3 del CC—, representa una fuente de integración de último grado, ya que es un principio general del Derecho.

La incorporación de la publicidad al contrato no exige que ésta sea considerada como una oferta —según la literalidad del artículo 61 del TRLGDCU, «oferta»⁵⁴,

⁵¹ Es más, el artículo 61 del TRLGDCU tutela al consumidor y/o usuario, con independencia de la intencionalidad del anunciante. De hecho, la publicidad resultará exigible, aunque su inexactitud no obedezca a culpa o dolo del anunciante, ya que los mismos no son presupuestos del precepto que, como es sabido, establece una responsabilidad contractual objetiva basada en la ley. Debe reseñarse que si existiera dolo o culpa sería posible emplear otras acciones diversas. En este último sentido, por un lado, la anulabilidad del contrato si concurren todos los presupuestos —arts. 1265, 1266, 1269 y 1270 del CC— y, por otro, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que se prevé para la publicidad ilícita desleal en el caso de que haya intervenido dolo o culpa de la gente —art. 32.5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD).

⁵² Tal precepto, como apunta LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 125-129, ostenta carácter imperativo.

⁵³ En virtud de la misma, las partes sólo están obligadas por aquello a que, de manera voluntaria, quisieron vincularse, aunque no quedase plasmado.

⁵⁴ La oferta representa una declaración de voluntad que propone la celebración inmediata de un contrato en los términos esenciales de éste que se recogen en aquélla, de forma que la aceptación del destinatario vincula al oferente y, de esta manera, perfecciona el contrato. Para que la oferta pueda ser estimada jurídicamente tal, debe cumplir, al menos, cuatro presupuestos. En primer lugar, debe ser completa, o, lo que es lo mismo, incluir todos los elementos esenciales del contrato. En segundo término, ha de ser inequívoca, en el sentido de que se haya formulado por el oferente con la firme intención de ser obligado en el supuesto de ser aceptada. En tercer lugar, ha de cumplir las exigencias formales que, en su caso, determine la Ley o hayan acordado las partes contratantes. Finalmente, debe estar vigente en el momento de acontecer la aceptación.

promoción o publicidad⁵⁵», ya que la inserción de las declaraciones publicitarias en materia financiera en el programa contractual se produce por imperativo legal⁵⁶. Es decir, tendría lugar aunque el empresario —Entidad de Crédito— no tuviera voluntad de vincularse y hubiera realizado esas declaraciones —que no reproduce en el contrato— con la finalidad de atraer clientes —para la contratación efectiva de productos y/o servicios financieros de diversa índole y alcance—, pero sin los requisitos propios de la oferta⁵⁷.

La Ley 22/2007 sigue firmemente el mandato de la Directiva comunitaria 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores. Todo ello supone el reconocimiento positivo de la importancia de la actividad promocional, así como de la fase precontractual, como elemento causal de la captación de clientes y, en consecuencia, de la contratación bancaria. Es por ello que diversos preceptos de la norma española —artículos 7 y 8— se refieren al deber de información que la Entidad de Crédito tiene sobre el contenido contractual. En esa información previa que necesariamente debe proporcionarse al consumidor está comprendida, entre otros muchos extremos, la información sobre los requisitos esenciales del futuro contrato. Las comunicaciones comerciales que se efectúen en el ámbito de esta ley pueden considerarse verdaderas ofertas de contrato, a todos los efectos, dado que incluyen la información sobre los elementos esenciales del futuro contrato. De no ser así, es decir, si no se diera al consumidor información sobre alguno de los elementos del futuro contrato, como, a título de ejemplo, sería el precio del servicio que se ofrece o la duración del contrato, no estaríamos ante verdadera oferta contractual, quedando, naturalmente, a salvo la aplicación de lo contemplado en el artículo 65 del TRLGDCU, es decir, estando abierta la posibilidad de que la oferta se integre en beneficio del consumidor de acuerdo con el principio de la buena fe objetiva⁵⁸. En cualquier caso, debe desta-

⁵⁵ La publicidad financiera supone una forma de comunicación efectuada por una Entidad de Crédito, en el ejercicio de su actividad empresarial, con la finalidad de promover, de manera directa o indirecta, la contratación de productos de carácter bancarios. No obstante, la publicidad puede o no incluir información. Si la incluye, en la práctica, puede comprender todos los elementos esenciales del contrato, mereciendo, en tal supuesto, la calificación de oferta publicitaria. Naturalmente, también podría desvelar alguno de los elementos esenciales u otras informaciones sobre elementos accesorios. Es, en este último caso, donde la previsión del artículo 61 del TRLGDCU adquiere importancia, ya que la oferta sería vinculante para el oferente según los principios de formación del contrato del Código Civil. En cambio, la simple publicidad, al no alcanzar el rango de oferta, no vincularía al anunciante.

⁵⁶ FONT GALÁN, J. I.: «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988, pp. 7 y ss.

⁵⁷ Puede, en este sentido, determinarse que la salvaguarda de las legítimas expectativas basadas en la confianza generada con las declaraciones publicitarias es el fin último tutelado por el artículo 61 del TRLGDCU, según las exigencias de la buena fe objetiva en el ejercicio de los derechos subjetivos reconocido en los artículos 7.1 y 1258 del CC, así como 65 del TRLGDCU.

⁵⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 59.2 del TRLGDCU, los contratos con consumidores y/o usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en

carse que si el proveedor no ofreciera al consumidor toda la información precontractual⁵⁹ que, según la norma legal, debe darle o si no deja constancia de la oferta de contrato en un soporte duradero⁶⁰, estará incurriendo en una infracción de carácter administrativo que, según los casos, a tenor de la Ley 22/2007, podrá ser reputada como grave o muy grave⁶¹.

Con todo, podemos señalar que el legislador español se posiciona a favor de la línea de pensamiento partidaria de fundamentar la defensa del interés del consumidor y/o usuario —que generalmente es el contratante débil— sobre una profusa información⁶². De esta manera, se considera que el conocimiento, previo y completo, de los respectivos derechos y obligaciones son la clave para la formación de la voluntad de contratar⁶³. A todo ello coadyuvará activamente los compromisos que se puedan asumir, por parte de las Entidades de Crédito, como consecuencia de la adhesión a un sistema de autodisciplina.

leyes especiales, por las disposiciones que regulan los contratos civiles y mercantiles. La regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en cualquier caso, deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.

⁵⁹ Normalmente, los consumidores no tienen la experiencia ni los conocimientos necesarios para celebrar este tipo de contratos, lo que se agrava, más si cabe todavía, en el entorno electrónico. Las complejidades técnicas, la ausencia de conocimientos, el alto coste de los servicios financieros y los riesgos que implican esta clase de contratación justifican el rigor del legislador en el establecimiento del deber de suministrar información al consumidor antes de la celebración del contrato. Tal rigor se ve sensiblemente mejorado, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en beneficio del consumidor y/o usuario por parte de las Entidades que formalicen la adhesión a un instrumento de autorregulación.

⁶⁰ A tenor del artículo 6 de la Ley 22/2007, por soporte duradero debe entenderse todo instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de forma que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado, para los fines para los que la información esté destinada y, además, permita la reproducción sin cambios de la información almacenada.

⁶¹ En efecto, en el artículo 18 de la Ley 22/2007 se incluye el régimen sancionador. En tal precepto están expresamente tipificadas, como infracciones administrativas graves o muy graves, entre otras, la violación de las disposiciones contenidas en la Ley, relativas al deber de dejar constancia de las ofertas y la celebración de los contratos en un soporte duradero, según establece el artículo 6.1, así como la vulneración de los presupuestos de información previa al contrato establecido en el artículo 7.

⁶² Independientemente del contenido común de los deberes de información, contemplados en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 22/2007, la concreta modalidad electrónica de comunicación por la que, en cada caso, se opte incidirá sobre el modo en el que se cumplirán las pre visiones legales relacionadas con las exigencias tecnológicas requeridas a los instrumentos técnicos en el artículo 6, así como los deberes legales de información y publicidad impuestos a la Entidad de Crédito en la fase promocional.

⁶³ En la Ley 22/2007 se incluye una importante regulación imperativa sobre la información previa al contrato que debe darse al consumidor por parte del proveedor del servicio financiero. El carácter imperativo de los preceptos de la Ley que reconocen derechos a los consumidores se prevé en el artículo 3, donde, además, se dispone que se considera nula la renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores.

Ahora bien, además de la incidencia de la autorregulación en el ámbito puramente publicitario⁶⁴, de la que nos ocuparemos más adelante, no debe, en modo alguno, infravalorarse —o, incluso, dejarse de lado— su relevancia en otros aspectos igualmente significativos. Nos referimos a que, en virtud de los documentos de buenas prácticas, derivados de la autorregulación, podría instaurarse el deber de que las Entidades de Crédito prestasen consejo a los clientes⁶⁵ y advirtieran de los eventuales peligros que la operación proyectada podría llegar a implicar⁶⁶. Tal labor resulta especialmente útil y conveniente en aquellos supuestos en los que concurre una situación de partida de asimetría informativa, sobre todo en los contratos entre empresarios y consumidores. Parece, por consiguiente, muy oportuna la imposición de tales deberes, a través de instrumentos derivados de la autorregulación⁶⁷, en los contratos bancarios, habida cuenta de la complejidad de algunas de las operaciones⁶⁸, la notable repercusión en el patrimonio de los usuarios, así como las peculiaridades del cauce de contratación a distancia generalmente predispuesto por el prestador del servicio financiero.

No obstante, tales documentos también deberían, con carácter complementario, promover actividades cuyo objetivo sea la formación del público potencialmente destinatario en todo este complejo ámbito de los servicios financieros. En suma, su articulado debería incluir normas que fomenten la educación y el consumo responsable de productos financieros. Repárese en que la información, en relación a los productos y/o servicios ofrecidos por las instituciones financieras, en ocasiones, incluye términos que no siempre resultan de fácil comprensión, e incluso pueden conducir a equívocos, para el potencial destinatario.

⁶⁴ En la actualidad, Autocontrol se encuentra redactando un código de conducta de publicidad para las Entidades de Crédito que posteriormente será presentado ante el Banco de España. Según revela ASNEF —Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito—, la redacción del Código de Buenas Prácticas Publicitarias para el Sector Financiero, previsiblemente, incluirá ciertos principios, a saber: principio de legalidad; principio de lealtad; principio de responsabilidad social; principio de autenticidad; principio de veracidad; principio de objetividad y principio de suficiencia.

⁶⁵ El asesoramiento que prestan las Entidades de Crédito es su actividad habitual típica. En consecuencia, el deber de lealtad que estas entidades deben a sus clientes reviste un carácter especial frente al principio general de buena fe del Derecho privado. El principio de buena fe exige que toda información que la Entidad de Crédito facilite a sus clientes sea veraz, calificando su inobservancia como infracción muy grave, siempre que el interés afectado sea relevante —artículo 4 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

⁶⁶ El deber de observar tales previsiones, a través de instrumentos fruto de la autorregulación, podrían situarse junto a las obligaciones generales de información precontractual.

⁶⁷ Tales previsiones deberían incluirse, para su necesaria observancia, en normas derivadas de la autorregulación. En cualquier caso, cierto sector de la doctrina —como MARIMÓN DURÁ, R.: *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 84 y 85— entiende que podrían inferirse del principio de la buena fe ex artículo 1258 del CC, así como de la plasmación concreta de este principio que aparece en las normas de salvaguarda de los consumidores, como el artículo 65 del TRLGDCU o del artículo 7.2 de la Ley 22/2007.

⁶⁸ LEMA DEVESA, C., y FERNANDO MAGARZO, M. R.: «Consideraciones sobre la regulación jurídica de la publicidad financiera», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 92, 2004, p. 31.

La educación de índole financiera ha de concebirse como una política integral, fundamentada en la cooperación de todos los actores eventualmente implicados. Tal labor, qué duda cabe, puede efectuarse en el ámbito de la autorregulación. De hecho, los documentos derivados de esta última pueden ser fruto de la activa colaboración de todos ellos.

Cuanto planteamos, no es, en modo alguno, una cuestión trivial o baladí. En absoluto. De hecho, no se puede concebir un sistema financiero seguro y transparente sin la concurrencia de un consumidor y/o usuario verdaderamente responsable y, además, firmemente comprometido en el desarrollo de sus capacidades financieras. Ahora bien, para todo ello, aunque el usuario debe tener cierto espíritu crítico, debe contarse, igualmente, con el compromiso de una industria financiera que garantice honestidad y transparencia en la prestación del servicio al cliente⁶⁹, situándose, con meridiana claridad, al servicio de los intereses de las personas. A tal labor, insistimos, puede coadyuvar activamente la autorregulación⁷⁰.

IV. LA AUTORREGULACIÓN DEL SECTOR COMO MEDIDA COMPLEMENTARIA IDÓNEA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA FINANCIERA

Aunque el fenómeno de la autorregulación, posible en virtud del principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad —pilar central del Derecho privado—, es, tal y como se concibe actualmente —que ha madurado hasta exigir la concurrencia de ciertos presupuestos—, relativamente reciente, presenta una extraordinaria proyección de futuro. Es susceptible de operar en múltiples ámbitos, destacando, a nuestros efectos, el publicitario en el espacio físico y digital. De nuevo, debe considerarse que, en este último plano, la amplitud de materias pro-

⁶⁹ Sobre esta materia, téngase en consideración la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El alcance de la misma está alineado con las ideas de gobernanza europea de transparencia y confianza al cliente bancario. Asimismo, potencia el endeudamiento responsable e impone unas obligaciones más detalladas y estandarizadas a las entidades financieras. También se preocupa por incrementar la información precontractual, con especial atención a la comercialización de determinados productos y cláusulas financieras, a fin de evitar la deficiente formación del consentimiento de los mismos que ha producido en España una elevada conflictividad judicial.

⁷⁰ El fenómeno que comentamos ha tenido cierta trascendencia en el ámbito de América Latina. Así, podemos determinar que El Salvador y México ostentan un elenco de lineamientos para la ordenación de temas concretos, como la gestión de cobro, atención al cliente o tarjetas de crédito. Por su parte, Argentina y Chile cuentan con un código de prácticas bancarias en general. Perú presenta un código de ética (creado por las entidades adheridas a la Asociación de Bancos). Y, finalmente, Brasil cuenta con un sistema de autorregulación. En este último sentido, el código en el ámbito bancario incluye una serie de normas que se deben observar en el supuesto de que una entidad actúe de forma contraria a las reglas del sistema.

mocionales sobre las que la autorregulación puede incidir es francamente significativa. En las siguientes líneas prestaremos especial consideración a la relativa al ámbito financiero. Nótese, en cualquier caso, que la autorregulación convive y complementa —y en modo alguno sustituye— a la normativa legal imperante aprobada, por parte del legislador —y, por tanto, heterónoma—, sobre la materia.

1. Noción

Aunque no resulta pacífico ni unívoco el significado que puede darse al término autorregulación, en un primer acercamiento, puede verse como sinónimo de autorreglamentación que, a su vez, puede concebirse como la capacidad de un sujeto para darse normas a sí mismo. Igualmente, tal vocablo se emplea para referirse a aquellos principios, normas o técnicas que definen el buen hacer profesional —la denominada *lex artis*—, las pautas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos técnicos o éticos o, cuanto menos, de un determinado grado de especialización.

La novedad y el interés que actualmente suscita la autodisciplina —término que será empleado como sinónimo de autorregulación— estriba en que los efectos de alguna de sus fórmulas más características están rebasando la órbita privada, en la que, en origen, se gestan —en base al principio de la autonomía privada, sin perjuicio de que puede existir cierto fomento por parte del sector público (en el supuesto de la península ibérica, muchas veces, todo hay que decirlo, a impulsos del legislador comunitario)—, para alcanzar una dimensión pública o, dicho de otra manera, para convertirse en referencia que toman en consideración los poderes públicos. No en vano cabe la posibilidad de que, asimismo, el propio Estado opte por redireccionar el fenómeno que se comenta, dentro de estrictos parámetros, dando, de esta manera, origen a lo que se ha dado en llamar autorregulación regulada.

El fenómeno que se comenta —la autorregulación en sentido amplio— supone la observancia de unas pautas de conducta —principios y normas éticas— cuyo cumplimiento previamente se ha fijado como objetivo. Simultáneamente, también constituye la expresión del compromiso de responsabilidad social de un determinado sector de la industria, lo que naturalmente es predicable en el caso del ámbito financiero (nótese que estamos ante un proceder diferenciador de la competencia que supone ir más allá de lo establecido, con carácter mínimo, por el legislador en beneficio del destinatario de este tipo de productos). A *sensu contrario*, las Entidades de Crédito que no se hayan adherido a este tipo de instrumentos derivados de la autorregulación no podrán incurrir en los incumplimientos que, no obstante, sí podrán ser apreciados en el caso de los empresarios que, con carácter voluntario, se comprometan con su articulado. La presión reguladora de

los poderes públicos, tendente a fomentar e, incluso, a imponer, en ciertos casos, la autorregulación es una manifestación de la necesidad de aumentar el grado de profesionalización de las Entidades de Crédito, predicable, en el caso que se somete a examen, de la publicidad en materia financiera.

En base a que la autorregulación representa una práctica más informal que la normativa legal —sin perjuicio de que también existen reglas y criterios que deben respetarse— y que carece de capacidad coactiva —entendida ésta en el sentido de una virtualidad y alcance cercano a la estatal—, la eficacia de la misma puede ser muy débil si no se da un entorno cultural favorable y la organización de todas las partes implicadas. Repárese, no obstante, que una vez que, en materia de publicidad financiera, las Entidades de Crédito han asumido, de manera voluntaria, el compromiso de respetar el articulado de un documento de buenas prácticas, típicamente un código de conducta, el mismo deviene en obligatorio, por lo que los deberes asumidos deben necesariamente observarse. En caso de que el empresario desobedeciera el articulado del código de buenas prácticas, se impondrían las sanciones que, en su caso, procedan por parte del organismo de control encargado de su permanente verificación.

La autorregulación no puede ser vista como una excusa que exima al poder legislativo de sus obligaciones, sino como sugerente complemento a una legislación en el ámbito financiero —con especial consideración de la relativa al escenario promocional— que, inevitablemente, no puede dejar de tener un carácter muy general y ambiguo. Igualmente, debe considerarse que la autodisciplina, por sus caracteres inherentes, presenta una capacidad de adaptación sensiblemente mayor que la normativa decimonónica cuyos rígidos procesos de aprobación y reforma —más, si cabe, en un ámbito como la publicidad tradicional y en Internet— son ciertamente formales, reglados y que, en numerosas ocasiones, requieren un lapso de tiempo sensiblemente mayor.

Una vez que se han formulado estas apreciaciones de carácter general, podemos definir la autorregulación publicitaria como un sistema establecido, de forma voluntaria, por las empresas que integran el sector publicitario (que engloba a anunciantes, agencias y medios de comunicación) en virtud del cual se persigue que el ejercicio de la actividad publicitaria —tradicional y virtual— se haga de manera legal, honesta y responsable, en beneficio de los consumidores y usuarios, de los competidores, del mercado publicitario y de la sociedad en general⁷¹. Para ello, las Entidades de Crédito, que se adhieren a un sistema de autorregulación en materia de promoción bancaria —lo que incluirá la difusión bien en medios tradicionales bien en medios digitales—, se someten conscientemente a unas normas

⁷¹ FERNANDO MAGARZO, M. R.: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, núm. 84, 2008, pp. 71-83.

o reglas, generalmente incluidas en un código de conducta —que podrá presentar carácter general (y, entre las materias que discipline, abordar la publicidad financiera) o carácter específico (y, continuando con el documento antedicho, regular, de manera particular, la promoción de productos y servicios bancarios)—, cuyo cumplimiento es encomendado a un órgano independiente de control.

La autorregulación, aplicada al ámbito que analizamos, que no es sino el financiero, es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina. Los tres actores de la industria: los anunciantes (que pagan los gastos derivados de la publicidad), las agencias (que esencialmente se encargan de su forma y contenido) —especialmente relevante (más si cabe en nuestro caso, pues en la confección del mensaje que promocionan las mismas tendrán que respetar, además de la legislación aplicable, los códigos de conducta a los que la Entidad de Crédito se encuentre adherida)— y los medios (que ejercen de vía o canal) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta —que van más allá de la norma heterónoma, que naturalmente será el punto de partida— especialmente relevantes en materia financiera. En virtud de estos últimos, el sector financiero implementará un elenco de buenas prácticas —que, insistimos, van más allá de lo establecido, con carácter mínimo, por parte del legislador— que redundarán, de manera positiva, en la sociedad —destinataria última de los servicios ofertados en el mercado por las diferentes Entidades de Crédito.

Aunque la publicidad difundida en Internet sobre este tipo de productos bancarios se encuentra sometida a la propia normativa legal —que resulta muy divergente en función del país—, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. Teniendo en cuenta numerosos factores que imperan en la cuestión que consideramos, lo más aconsejable es que tal normativa se vea completada⁷² —pero no sustituida— por el fenómeno de la autorregulación de la publicidad en el ámbito financiero. Ahora bien, no debe tampoco pasar desapercibido que el contenido de la legislación condiciona directamente el de la autorregulación⁷³.

Si bien sería deseable, y también oportuno, un férreo control de toda la publicidad digital sobre productos y/o servicios financieros; la realidad pone de manifiesto que, en la actualidad, no es posible. En todo caso, debe ser la propia Red la que, en virtud de la autorregulación, determine tanto un cierto incremento del nivel de responsabilidad de toda la industria financiera como de la protección de los consumidores y/o usuarios eventualmente interesados en la oferta que, en cada caso, se promocióne. Los beneficios de la autorregulación de la publicidad rela-

⁷² MARTÍN LLAGUNO, M.: *En torno a la deontología de la comunicación comercial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006, p. 188.

⁷³ PETTY, R.: «The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries», *International Journal of Advertising*, vol. 15, 1996, pp. 1 y 2.

tiva al ámbito financiero en el plano digital serán patentes, no sólo para el colectivo directamente relacionado, *a priori*, con todo ello —cuales son anunciantes—, en la que lógicamente se enmarcan las Entidades de Crédito que promocionan los productos y servicios bancarios de diverso alcance, agencias y medios, sino para otros, visiblemente vinculados, como son las Asociaciones en las que las Entidades de Crédito se integran, los reguladores públicos —que, en ocasiones, fomentan estas prácticas autorreguladoras—, el colectivo de los consumidores y/o usuarios y, en general, la sociedad en toda su extensión.

En la actualidad existe una importante regulación normativa —nacional y europea— tendente a la salvaguarda de los clientes e inversores. De hecho, la actividad de las Entidades de Crédito está, en cierta medida, regulada⁷⁴. Así acontece en su actividad principal, la actividad bancaria, pero, asimismo, en sus actividades en el ámbito de los mercados de valores y seguros⁷⁵. Tal extremo no ha sido, en modo alguno, óbice para que el legislador español —en ciertos supuestos a impulsos del legislador comunitario— haya promovido el fomento de la autorregulación en todo este escenario⁷⁶. Repárese en que cuanto mayor sea la participación de los agentes de carácter privado en el proceso regulatorio, más sencillo será el grado de conocimiento, de comprensión y, en último extremo, de eficacia del documento elaborado sobre el particular⁷⁷. Ahora bien, ha de tomarse conciencia de que, aunque tales documentos de buenas prácticas —generalmente,

⁷⁴ Una de las manifestaciones de la fuerte regulación puede vislumbrarse en el hecho de que las Entidades de Crédito no tienen plena libertad para decidir qué actividades van a desarrollar. En efecto, a tenor del artículo 4.d) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e inversión de las Entidades de Crédito, el ejercicio de actividades ajenas a su objeto exclusivo legalmente determinado, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado, representa una infracción muy grave.

⁷⁵ Para considerar, con más detalle, las tres actividades financieras en las que impera una fuerte supervisión pública nos remitimos a GALÁN CORONA, Eduardo: «La publicidad financiera», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 167, 2011, p. 11.

⁷⁶ Otra posibilidad —que podría, inclusive, convivir con la autorregulación— presente en gran parte en Comunicaciones de la Comisión es el denominado «Régimen 28». Este último consiste en la disciplina de una determinada materia, institución o figura jurídica con caracteres propios por un régimen singular de alcance europeo que se situaría «junto a», pero no en «lugar de» o «sobre» los ordenamientos de los veintisiete Estados miembros. Esta iniciativa supone la dificultad de introducir la regulación de una determinada figura, sin modificar aspectos sustanciales de los ordenamientos nacionales en presencia, como, a título de ejemplo, podrían ser el régimen notarial, el registral, la legislación que rija la contratación y/o la normativa de salvaguarda de los consumidores y/o usuarios.

⁷⁷ En este sentido, el Comité Económico y Social de la Unión Europea, en el Considerando 49 del Dictamen en relación al Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único, de enero de 2008, dispone que «sería deseable adoptar un código deontológico europeo elaborado, de manera autónoma por los operadores, debatido y compartido con los servicios competentes de la Comisión y las asociaciones representativas de los usuarios y trabajadores del sector, que trate de forma específica las relaciones entre empresas y clientes en el ámbito de los servicios financieros, más allá de las disposiciones posibles de las directivas que se examinan en la actualidad».

como decimos, códigos de conducta— pueden aprobarse en numerosos ámbitos vinculados con la banca, no surtirán la misma eficacia en todos los sectores.

Tales documentos incluirán, en su articulado, lo que se conoce como buenas prácticas bancarias. Estas últimas son aquellas que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa respecto a la clientela de los negocios de carácter financiero. Los usos financieros son aquellos usos mercantiles y bancarios comúnmente aceptados en las plazas de que se trate⁷⁸.

La autorregulación es, dadas sus ventajas⁷⁹, objeto de fomento por diversas normas europeas, frecuentemente directivas. No en vano, en virtud de los instrumentos derivados de aquélla, pueden, a título de ejemplo, anticiparse los plazos de aplicación de las normas comunitarias, eliminar los eventuales problemas de armonización de los ordenamientos nacionales y, finalmente, deja en manos de los agentes privados la posibilidad de celebrar acuerdos⁸⁰.

En la actualidad, la autorregulación está desempeñando cierta eficacia en el ámbito de los servicios financieros. Así, sin ánimo agotador, cabe referirse a tres ejemplos. En primer lugar, el sector de los pagos que está elaborando normas de conducta con la finalidad de crear una Zona Única de Pagos en Euros —*Single Euro Payment Area* (SEPA)—. Ésta debería ser no sólo una iniciativa de autorregulación del Consejo Europeo de Pagos, sino también una importante decisión de los poderes públicos destinada a reforzar la Unión Económica y Monetaria y la futura Estrategia Unión Europea 2020. En segundo término, puede enunciarse la incidencia de la autorregulación en las operaciones de movilidad de cuentas corrientes entre las distintas entidades bancarias. En efecto, en este último sentido, el Comité de la Industria Bancaria Europea (EBIC) aprobó, en diciembre de 2008, un elenco de principios de carácter autorregulador a aplicar por los establecimientos financieros de los Estados miembros en el ámbito antes mencionado. El mecanismo se aplica al cambio de cuenta corriente dentro de un Estado miembro, es decir, el cambio dentro del mismo país, y afecta, en particular, a las domiciliaciones, las

⁷⁸ Sobre este extremo véanse los informes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España que se refieren, de forma relativamente habitual, tanto a las expresiones buenas prácticas bancarias como a los usos financieros. Estos informes resultan de extraordinaria relevancia, pues el organismo regulador debe valorar si se han quebrantado o no normas de transparencia y tutela de la clientela, así como si la entidad ha observado, en su proceder, las buenas prácticas y usos bancarios.

⁷⁹ En el ámbito financiero, como pone de manifiesto SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Doctrina general de la regulación». En *Estudios Jurídicos sobre el mercado de valores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 134 y 135, la mayor ventaja de la autorregulación estriba en su poder de interiorización o capacidad de generar obediencia espontánea.

⁸⁰ URÍA FERNÁNDEZ, F.: «Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria». En DEL REAL PÉREZ, A. (Coord.): *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 311.

órdenes permanentes de transferencia de fondos y las transferencias entrantes de fondos recurrentes. El mecanismo establecido por el sector bancario europeo no se aplica a otros productos o servicios, tales como tarjetas, descubiertos, cuentas de ahorro o créditos. Sin embargo, algunas asociaciones bancarias han decidido ampliar su cobertura y abarcar, por ejemplo, el cambio de tarjeta de pago. Finalmente, un tercer escenario en el que puede vislumbrarse la eficacia del fenómeno que se comenta es en los contratos de crédito al consumo. Aunque la Directiva 2008/48, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo (por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo), no alude, de forma expresa, a la autorregulación en general y a los códigos de conducta en particular, tales instrumentos podrían resultar muy eficaces para alcanzar un mercado financiero transparente. A este respecto, podríamos poner de manifiesto que las obligaciones vinculadas con la información precontractual y con la publicidad de servicios financieros, que la normativa europea hace recaer sobre los operadores del sector, podría integrarse, no sólo por las normas legales, sino también por códigos de conducta.

Otro ejemplo de autorregulación —que no toma la forma de código de conducta— es la Declaración Universal de Derechos de los Usuarios de Servicios Bancarios y Financieros de finales de 2005. Constituye un documento diseñado con el objetivo de ser empleado como garante de equidad en las relaciones acontecidas entre los prestadores de servicios bancarios y financieros y los consumidores y/o usuarios. El documento cuenta con el apoyo de numerosas organizaciones, públicas y privadas, de defensa de los derechos de los consumidores bancarios, así como instituciones bancarias, gubernamentales y económicas. Su articulado incluye los derechos básicos, bancarios y financieros, que todos los usuarios deberían tener en cualquier país del mundo⁸¹.

2. Presupuestos

Los requisitos para la existencia de un sistema de autorregulación, que referiremos al ámbito de la publicidad financiera operada en medios físicos y digitales, son los siguientes: el previo acuerdo de los miembros de la industria, directa e indirectamente, vinculado con las Entidades de Crédito, así como los destinatarios de los anuncios de productos y servicios bancarios de diversa índole —generalmente consumidores y/o usuarios— cuyos planteamientos sean valorados; la aprobación de un documento de referencia —que habitualmente será un código de conducta— que incluya las disposiciones que serán aplicables a las entidades de crédito, en el ámbito promocional, que voluntariamente se sometan al mismo;

⁸¹ Además, la Declaración fue suscrita por un buen número de entidades financieras, cual el Banco Santander, La Caixa, Banco Sabadell-Atlántico, Banco Pastor, Caixa Galicia, Caja Duero, Caja Murcia, Bancaja, BBK, Cajamar y Caja Laboral Popular. Ciertos preceptos del mencionado documento aluden a los medios de contratación electrónica.

la existencia de un órgano que verifique el cumplimiento, pleno y continuo, del articulado del código de conducta —órgano de control— con capacidad de imponer sanciones que podrán ser publicitadas con la consecuente pérdida de reputación y credibilidad de la Entidad de Crédito a las que las mismas aludan; y un logotipo gráfico acreditativo de la adhesión al documento de buenas prácticas —que será una ventaja competitiva para los empresarios que lo exhiban—. Aunque todos los requisitos son muy significativos, existen dos que presentan carácter constitutivo que son, por un lado, el documento de referencia —generalmente, insistimos, será un código de conducta— y, por otro, el órgano de control.

Los códigos de conducta, en materia de publicidad financiera, son documentos —que deben ser públicos y accesibles— que incluyen un elenco de reglas éticas de buena práctica profesional adaptados al ámbito al que aluden y reglamentan —de manera, más o menos, pormenorizada—. Igualmente, exceden, en cuanto a sus exigencias, de la normativa legal vigente, habiendo sido aprobados en beneficio de la propia industria y de los derechos e intereses del consumidor y/o usuario. La anterior afirmación ha de entenderse en el sentido de que los documentos de buenas prácticas deben mejorar las estipulaciones legales establecidas respecto al consumidor y/o usuario y, por ende, no resultar reiterativos de las normas legales vigentes —o altamente redundantes de la ley—. De este modo, la asunción, por parte de determinadas Entidades de Crédito, de códigos de conducta sobre esta sugerente materia deberá reputarse una actuación reveladora de la buena fe de la empresa en cuestión.

Para que el articulado de los códigos de conducta no sea un documento simbólico sin eficacia real —o, lo que es lo mismo, un puro instrumento de *marketing*—, es fundamental que la verificación de su cumplimiento esté en manos de un organismo de control —que ostente ciertos caracteres, como, entre otros, son la imparcialidad y la independencia de los miembros que sean parte integrante del mismo— que, de manera ejemplar, garantice su observancia, imponiendo las sanciones que procedan cuando el mismo sea quebrantado.

3. Verificación *ex ante* y *ex post* en el ámbito de la promoción financiera

Existen dos mecanismos diversos en virtud de los que puede verificarse el cumplimiento de los documentos de buenas prácticas —típicamente códigos de conducta—. Se trata, por un lado, del control *a priori* —de carácter voluntario— que es el servicio de asesoramiento previo o *copy advice* y, por otro, del control *a posteriori* —de carácter preceptivo—, realizado por el organismo de control encargado de velar por su plena observancia.

El *copy advice* es un servicio voluntario, confidencial —sin que, por consiguiente, exista contradicción— y normalmente no vinculante, de asesoramiento

sobre la corrección legal y ética de un proyecto de campaña o anuncio, antes de su difusión al público, que puede ser solicitado por el propio anunciante, su agencia o el medio donde vaya a emitirse.

Estos servicios de asesoramiento, con cierta habitualidad, son realizados por gabinetes técnicos independientes de los jurados que resuelven las controversias que, en su caso, se susciten. La única entidad que, en el caso de España, presta tal servicio es Autocontrol⁸² a través de su Gabinete Técnico. Éste está integrado por juristas y publicistas que, una vez planteado el *copy advice*, valorarán si un determinado anuncio que está en fase de elaboración cumple los estándares, normativos y éticos, incluidos en los códigos de conducta y si, en su caso, la solicitud ha de resolverse en virtud de un *copy* negativo⁸³. Desde que se puso en marcha, en 2001, se han resuelto más de 37.000 solicitudes⁸⁴. Tal procedimiento no es un medio alternativo de resolución de disputas, sino un elemento especialmente útil que, en cierta medida, evita que lleguen a plantearse. En otras palabras, esta herramienta desarrolla una sugerente labor preventiva⁸⁵. Teniendo en consideración su extraordinaria relevancia práctica, el artículo 37.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dispone que los códigos de conducta «podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios».

En materia de publicidad de índole financiera —difundida en canales físicos y virtuales—, cabe, a continuación, destacar la interesante labor que sobre el particular realiza la autorregulación —sin perjuicio de las consideraciones que hemos realizado.

El valor de este tipo de consultas previas en el ámbito promocional, a tenor del ordenamiento jurídico español, se reconoce, por un lado, en el caso financiero y, por otro, en el caso del sector del juego.

⁸² Representa una asociación voluntaria sin ánimo de lucro que se rige por la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación. A tenor del artículo 5 de los Estatutos de la Asociación, según el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, el día 11 de mayo de 1995 —cuya última versión data de 26 de abril de 2011—, su objeto es «contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad con exclusión de la defensa de los intereses profesionales».

⁸³ El Gabinete Técnico responderá a estas consultas, con carácter general, en un plazo máximo de tres días hábiles desde su solicitud, salvo casos de fuerza mayor. Excepcionalmente, en el caso de que se produzcan solicitudes masivas de consultas de un mismo operador, dicho plazo de tramitación podría ampliarse para este último. Finalmente, dicho lapso temporal podrá ser también ampliado, de forma excepcional, en aquellos casos en los que Autocontrol consulte con la Administración competente, previo acuerdo con el operador interesado.

⁸⁴ Habida cuenta del elevado grado de aceptación de este servicio, como las cifras ponen de manifiesto, es más solicitado que las intervenciones del Jurado de la Publicidad.

⁸⁵ Ahora bien, existen algunos casos en los que la implantación de tal herramienta, por razones de defensa de competencia, no ha sido autorizada. A este respecto, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de enero de 2004 (AC 2004/523).

Por lo que respecta al primero de los casos —la publicidad de productos y/o servicios financieros—, de acuerdo con la Orden EHA/1718/2010, se sustituye el actual régimen de autorización previa⁸⁶ (que era aplicable a la publicidad de operaciones, productos y/o servicios financieros que hacían alusión a su coste o rendimiento para el público⁸⁷) por un sistema de control de la publicidad basado en dos elementos: uno preventivo, a través del establecimiento de los principios generales a los que debe ajustarse la publicidad y los criterios generales sobre el contenido mínimo y formato del mensaje publicitario, junto con la exigencia a las entidades de crédito de unos procedimientos y controles internos para proteger los legítimos intereses de la clientela y gestionar los riesgos a los que estén o puedan estar expuestas derivados de su actividad publicitaria; y otro revisor o *ex post*, que permita la corrección de eventuales conductas inadecuadas⁸⁸, para lo cual el Banco de España podrá requerir el cese o la rectificación de la publicidad que no se ajuste a esta normativa o, en su caso, solicitar que se incluyan en la misma cuantas advertencias estime necesarias con relación al producto o servicio publicitado. Como dispone la propia Exposición de Motivos de la Orden antes mencionada, conviene estimular la adhesión voluntaria, por parte de las entidades, a alguno de los organismos de autorregulación de la actividad publicitaria que, además, cumpla los requisitos establecidos por la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Tal decisión, redundará, qué duda cabe, en la mejora de la calidad publicitaria en el ámbito de los servicios bancarios, lo que naturalmente comprende las efectuadas a través de medios tradicionales y la realizada en la Red.

Se establece la presunción de que las entidades que estén asociadas a ciertos sistemas de autorregulación publicitaria cuentan con procedimientos y controles

⁸⁶ De hecho, resulta conveniente hacer notar que, en virtud del artículo 1 de la Orden de 4 de mayo de 1949, ya existía la necesidad de que se operase, por el Banco de España, un control previo por lo que se refiere a la publicidad realizada por parte de los bancos de carácter privado.

⁸⁷ Se trataba de un control administrativo (previo) al que sólo se sometía el sector de los productos y servicios bancarios. En otros términos, ni el sector asegurador, ni el de los productos y servicios de inversión en los mercados de valores estaban sujetos a la misma en España. Nótese que tal aspecto constituía una perturbación respecto a la promoción de los bienes y/o servicios ofertados por parte de la Entidad de Crédito.

⁸⁸ No obstante, la OCU ha denunciado, ante el Banco de España, la publicidad engañosa de UNIMM. Esta última, que es una nueva caja resultante de la fusión de las cajas de Manlleu, Sabadell y Terrassa, publicitaba en su sitio *web* un préstamo al 0 por 100 de interés con el eslo gan «Financia tus compras y amortiza en poco tiempo tu deuda sin pagar intereses». Sin embargo, dicha entidad cobraba elevadas comisiones de apertura y estudio que hacen que, en el mejor de los casos, la TAE ascienda al 10 por 100 en sus préstamos a doce meses, llegando al 12,04 por 100 en los préstamos a seis meses. La normativa establece que la publicidad de préstamos en los que se aluda a su coste deberá expresarse el mismo en términos de TAE, lo que no ocurría en este caso. En vista de ello, la OCU se dirigió al Banco de España, denunciando a UNIMM por publicidad engañosa. Tal reclamación fue estimada, logrando la oportuna subsanación.

internos adecuados en el ámbito que nos ocupa⁸⁹. A tal efecto, se habilita al Banco de España para que publique, en sus páginas en Internet, la relación de entidades asociadas a sistemas de autorregulación publicitaria que cumplan determinados requisitos que establece la circular 6/2010, de 28 de septiembre, e informe sobre el sistema al que está asociada cada entidad, junto con sus códigos de conducta.

En cuanto a las entidades que se han adherido a algún sistema de autorregulación publicitaria en general, en esta sugerente cuestión, podemos discernir seis grandes grupos, a saber: bancos,⁹⁰ cajas de ahorro⁹¹, cooperativas de crédito⁹²,

⁸⁹ Desde la entrada en vigor de la mencionada Orden EHA/1718/2010, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, Autocontrol ha emitido un total de 855 *copy advice* relativos a proyectos de anuncio sobre publicidad financiera. La citada Orden ha suprimido el sistema de control previo, estableciendo un sistema alternativo de control, estimulando, asimismo, la adhesión voluntaria, por parte de las Entidades de Crédito, a los organismos de autorregulación de la actividad publicitaria legalmente reconocidos. Hasta la fecha, únicamente Autocontrol de la Publicidad.

⁹⁰ Numerosas entidades bancarias han formalizado su adhesión a Autocontrol de la Publicidad. En este sentido: Banca Cívica; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; Banco Caixa Geral; Banco CAM; Banco Caminos; Banco Cetelem; Banco Cooperativo Español; Banco Castilla-La Mancha; Banco de Finanzas e Inversiones; Banco de La Pequeña y Mediana Empresa; Banco Madrid; Banco Sabadell; Banco Español de Crédito; Banco Espíritu Santo; Banco Finantia Sofinloc; Banco Gallego; Banco Grupo Cajatres; Banco Guipuzcoano; Banco Inversis; Banco Mare Nostrum; Banco Pastor; Banco Pichincha España; Banco Popular Español; Banco Santander; Banco Urquijo Sabadell Banca Privada; Banco Popular-e; Bankia; Bankinter; Bankoa; Banque PSA Finance; Barclays Bank PLC; Barclays Bank; BBK Bank CajaSur; Bigbank as Consumer Finance; BMW Bank GmbH, Sucursal en España; Caixabank; Catalunya Banc; Deutsche Bank; Honda Bank GmbH; Ibercaja Banco; ING Direct; Lloyds Bank International; MCE Bank GmbH; Open Bank; Popular Banca Privada; RCI Banque; Santander Consumer Finance; Self Trade Bank; Sofinloc Instituição Financiera; Targobank; Toyota Kreditbank GmbH; Triodos Bank; Unnim Banc y Unoe Bank.

⁹¹ Se encuentran adheridas a Autocontrol de la Publicidad las siguientes: Bilbao Bizkaia Kutxa, Aurrezki Kutxa eta Bahitetxea; Camp Círculo Católico de Obreros de Burgos; Caixa d'Estalvis Laietana; Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante, Bancaja; Caja de Ahorros de Asturias; Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón; Caja de Ahorros de La Rioja; Caja de Ahorros de Santander y Cantabria; Caja de Ahorros Municipal de Burgos; Caja de Ahorros y M. P. de Ávila; Caja de Ahorros y M. P. de Extremadura; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia; Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria; Caja General de Ahorros de Canarias; Caja General de Ahorros de Granada; Caja Insular de Ahorros de Canarias; MP y Caja General Ahorros de Badajoz; Mpcá Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén; Mpcá S. Fernando Guadalajara, Huelva, Jerez y Sevilla.

⁹² Se encuentran adheridas a Autocontrol de la Publicidad: Caixa de C. dels Enginyers — C. C. Ingenieros; Caixa Rural Galega; Caja de Arquitectos; Caja de Crédito Cooperativo; Caja Laboral Popular; Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos; Caja Rural Central; Caja Rural de Aragón; Caja Rural de Asturias; Caja Rural de Canarias; Caja Rural de Extremadura; Caja Rural de Gijón; Caja Rural de Granada; Rural de Jaén, Barcelona y Madrid; Caja Rural de Navarra; Caja Rural de Soria; Caja Rural de Teruel; Caja Rural del Mediterráneo Ruralcaja; Caja Rural del Sur Sdad. Coop. de Crédito; Cajamar Caja Rural y Cajasiete Caja Rural.

establecimientos financieros de crédito⁹³, entidades de dinero electrónico⁹⁴ y entidades de pago⁹⁵.

Las Entidades de Crédito que no estén asociadas a ningún sistema de autorregulación publicitaria homologado, o cuya publicidad no siga sujeta al régimen de previa autorización por parte de una Comunidad Autónoma —como ocurre con las cajas de ahorros y con determinadas cooperativas de crédito—, deberán someter al control del Banco de España su política de comunicación comercial y los controles internos alternativos de que dispongan para minimizar los riesgos relacionados con un incorrecto ejercicio de su actividad publicitaria.

Respecto al juego —tema, dicho sea de paso, vinculado inevitablemente con el financiero, a efectos de apostar ciertas cantidades y, en su caso, cobrar los premios—, debe precisarse que la autorregulación, con carácter general, es objeto de fomento por el párrafo segundo del artículo 7.4 y 24.5 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, así como por la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego. Especialmente sugerente nos resulta la apreciación final contemplada en el artículo 7.4 en torno a la presunción de buena fe del prestador de servicios siempre y cuando, a pesar de estar implicado en un expediente sancionador por la publicidad ilícita difundida, haya observado el informe previo positivo —*copy advice* o servicio de consulta— efectuado por parte del servicio de autorregulación.

Repárese, en todo caso, en la atribución de efectos presuntivos a los sistemas de autorregulación en tal sector. Todo ello pone de manifiesto un grado de confianza muy elevado del Estado, respecto al fenómeno de la autorregulación, en el escenario publicitario que comentamos. Cuanto planteamos podría obedecer a que, habida cuenta de que la autorregulación es concebida para generar buenas prácticas, crea estándares de conducta que pueden utilizarse para calificar cualquier actuación. Si se concibe que las normas del código de conducta son reglas deontológicas que concretan la diligencia exigible en el cumplimiento de los deberes asumidos por un prestador de servicios, superior a la del buen padre de

⁹³ Han formalizado su adhesión a Autocontrol de la Publicidad: Accordfin España; Bankinter Consumer Finance; Bansabadell Fincom; Barclays Factoring; Cofidis Hispania; Euro Crédito; Fga Capital Spain; Financiera El Corte Inglés; Finandia; FinConsum; Lico Leasing; Mercedes-Benz Financial Services España; Pastor Servicios Financieros; Santander Consumer; Scania Finance Hispania; Servicios Financieros Carrefour; Transolver Finance; Unión de Créditos Inmobiliarios y Volkswagen Finance.

⁹⁴ En la actualidad ninguna entidad de dinero electrónico se ha adherido a un auténtico sistema de autorregulación.

⁹⁵ A fecha de hoy, no existe en España entidad de pago alguna que se haya adherido a un sistema de autodisciplina en la materia que analizamos.

familia —artículo 1104 del CC—, podrá admitirse que el juez los tenga en consideración al valorar los estándares de diligencia que deberán observarse en ciertos escenarios promocionales. Podría, a modo de crítica, por parte de algunos, disponerse que con tal previsión se estaría reconociendo la exoneración de responsabilidad de aquellos operadores que, a pesar de verse implicados en un procedimiento sancionador, contaran con un *copy advice* positivo. Tal extremo, al menos en la práctica, convertiría a este sistema en una limitación de la capacidad sancionadora de la Administración.

Además de la verificación *a priori*, como el *copy advice*, ciertos sistemas de autodisciplina posibilitan un examen *a posteriori* de las eventuales disputas que se susciten en torno a la posible vulneración del código de conducta. Este último se efectúa por parte del organismo de control que actúa una vez que la campaña promocional se ha difundido. En tal supuesto, el contenido de las resoluciones determinarán, en su caso, la ilicitud de la publicidad, por la infracción de una o varias normas éticas, instando al anunciante (la Entidad de Crédito adherida) a cesar o modificar la publicidad.

Entre los sistemas extrajudiciales más paradigmáticos, contemplados en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, destaca, en el caso concreto de España, el paradigmático Jurado de Autocontrol de la Publicidad.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extrajudicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias —el Jurado de la Publicidad—, los presupuestos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los artículos 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 —cuya última modificación es de 26 de abril de 2011—, como en el Reglamento del Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 2 de octubre de 2012.

El Jurado actúa bien en pleno, bien por secciones. El pleno es competente para aprobar los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Las secciones, que son seis presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para emitir dictámenes solicitados por la asociación; elaborar los anteproyectos de códigos y normas de conducta para la

asociación; solventar las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; resolver las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones y actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.

El gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad, que se define en el artículo 44.1 de los Estatutos de Autocontrol como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes⁹⁶.

Conviene advertir que las diferencias que existen entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad son muy significativas. Los dictámenes de Autocontrol se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo, Autocontrol, al realizar esa actividad dictaminadora, no hace ninguna operación de solución extrajudicial de conflictos. Por eso, el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado.

Únicamente se ocupa de la publicidad comercial, quedando, por consiguiente, excluida la publicidad política, institucional y religiosa. Además, a tenor del artículo 13.2 del Reglamento del Jurado, necesariamente debe tratarse de publicidad emitida en España en los últimos doce meses, incluyéndose la publicidad de carácter transfronterizo —artículo 12.2 del Reglamento del Jurado—, pero también aquella que se haya difundido en el extranjero, que hayan sido condenados en firme por el correspondiente órgano nacional de autocontrol integrado en EASA, si es que existen indicios de que la misma se vaya a emitir también en España —artículo 12.3 del Reglamento del Jurado—. De igual modo, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento del Jurado, no se admitirán a trámite las reclamaciones que versen sobre una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo⁹⁷.

En cuanto a los textos que sirven de base a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, debe precisarse que no son estrictamente normas legales⁹⁸, ya que, de

⁹⁶ TATO PLAZA, A.: «La autodisciplina publicitaria», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102, 2005.

⁹⁷ También debe manifestarse que la presentación de una demanda ante los tribunales de justicia en relación a una publicidad de la que esté conociendo el Jurado supondrá la inmediata paralización del procedimiento iniciado en este último.

⁹⁸ Tal situación difiere con la valoración de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana que considera las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado. Sobre este particular, ZORZI, N.: «Autodisciplina publicitaria», *Contrato e impresa*, vol. 2, 1985, p. 50.

actuar en tal sentido, el Jurado podría estar invadiendo la función jurisdiccional que, de acuerdo con el artículo 117 de la Constitución Española, únicamente es competencia de jueces y tribunales⁹⁹.

La resolución de los conflictos, en materia de publicidad financiera, se fundará tanto en el código general de conducta publicitaria de 1996 —cuya última modificación data de 2011—, así como en el código sectorial de que se trate. A este último respecto debe apuntarse que, en la actualidad, Autocontrol se encuentra redactando un código de conducta relativo a la publicidad financiera. Las normas contenidas en código sectorial deben reputarse como deontológicas o éticas, sin perjuicio de que contienen, además de la normativa aplicable, en ciertos supuestos —aunque lo deseable sería que lo fuera en un amplio porcentaje de su articulado y en toda su extensión—, un plus de mejora de los derechos de los potenciales consumidores y/o usuarios.

Son relativamente numerosas las resoluciones en las que el Jurado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos vinculados con la publicidad financiera¹⁰⁰ difundida tanto en espacios físicos como virtuales. Aunque, naturalmente, revisiten importancia todas ellas, por la temática que abordamos en el presente artículo, únicamente nos detendremos, de manera somera, en algunas de las operadas en la Red. En concreto, se trata de tres de ellas. La primera, de noviembre de 2007, se refiere al procedimiento iniciado como consecuencia de la presentación de varias reclamaciones por parte de particulares frente a una publicidad de la

⁹⁹ Así, la SAP de Madrid de 29 de abril de 2008 (AC 2008/1075).

¹⁰⁰ Se trata, entre otras, de las siguientes resoluciones del Jurado de la Publicidad: resolución Sección 1.ª de 31/10/2001, asunto «Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. La Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (Nómina Estrella)»; resolución Sección 4.ª de 04/12/2001, asunto «Particular vs. Renta 4 S.V.B, S. A. (10.000 pts. por millón)»; resolución Sección 4.ª de 26/02/2002, asunto «Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Ing Direct / Onda Cero Radio (Ing Direct)»; resolución Sección 3.ª de 29/04/2003, asunto «Confederación Estatal de Consumidores y Usuarios vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya (Visa Total)»; resolución Sección 3.ª de 05/06/2003, asunto «Confederación Española de Consumidores y Usuarios vs. Freedom Finance Ltd. (Freedom Finance)»; resolución Sección 4.ª de 25/09/2003, asunto «Banco Santander Central Hispano, S. A. vs. Ing Bank N.V. Sucursal en España (Ing Direct)»; resolución Sección 5.ª de 29/10/2003, asunto «Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad (Caja España)»; resolución Sección 3.ª de 27/05/2004, asunto «Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Banco Español de Crédito, S. A. (Banesto)»; resolución Sección 1.ª de 19/05/2005, asunto «particular vs. Caja de Ahorros y Pensions de Barcelona (La Caixa)»; resolución Sección 5.ª de 08/11/2007, asunto «Varios particulares vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (BBVA)»; resolución Sección 1.ª de 21/11/2007, asunto «particular vs. MBNA Europe Bank Limited»; resolución Sección 3.ª de 04/02/2010, asunto «OMIC Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta vs. BBK Banco Bilbao Bizkaia Kutxa (Préstamo Hipotecario Joven)»; resolución Sección 5.ª de 30/06/2011, asunto «Particular vs. ING Direct NV Sucursal en España (Declaración de la Renta)» y resolución Sección 2.ª de 14/03/2013, asunto «Particular vs. Citibank, S. A. (Compra siempre con un 10 por 100 de descuento)».

que es responsable la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A. (BBVA)¹⁰¹. El Jurado estimó que estábamos ante un supuesto de publicidad engañosa¹⁰². La segunda, de febrero de 2010, de la Sección Tercera del Jurado desestima la reclamación presentada por un particular, a través de la Oficina Municipal de Información al Consumidor de la Mancomunidad de Servicios Uribe Kosta, frente a una publicidad de la que es responsable el Banco Bilbao Bizcaia Kutxa¹⁰³. Respecto a la tercera, de junio de 2011, de la Sección de Quinta del Jurado, versa sobre una reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la entidad ING Direct NV Sucursal en España¹⁰⁴. La Sección terminó desestimando la reclamación, declarando que la publicidad reclamada no era susceptible de inducir a error a los destinatarios sobre las condiciones de la oferta y, por tanto, no podía ser calificada de engañosa¹⁰⁵. En los dos últimos casos —a diferencia del primero—, a juicio del Jurado, no parece que la configuración de los anuncios, sometidos a su consideración, pueda desencadenar el error en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

En definitiva, la autoridad técnica y la imparcialidad demostrada por sus resoluciones, dictadas por juristas de reconocido prestigio y expertos de contrastada reputación en el sector, han generado una alta credibilidad y confianza, desde sus comienzos hasta la actualidad, tanto entre la industria publicitaria como ante la propia Administración pública española y la sociedad en general.

¹⁰¹ Dicha entidad no sólo promocionó, en la publicidad reclamada, un producto financiero, sino una oferta que incluía condiciones de financiación de un producto a adquirir a través de esa financiación; en concreto, un auto de la marca Fiat.

¹⁰² En sentido similar, la resolución Sección 3.ª de 20/01/2009, asunto «Particular vs. Euro 6000».

¹⁰³ La publicidad reclamada fue difundida a través de Internet. En la misma se incluyó la siguiente información: «Préstamo hipotecario Joven. Desde Euribor + 0,35 (*) y hasta cincuenta años de plazo para jóvenes entre dieciocho y treinta y cinco años. Adaptamos la financiación a tus necesidades. BBK te ofrece siempre la solución de financiación en vivienda que mejor se adapte a tus deseos. (*) Nueva oferta de subrogación, consulte oferta detallada y personalizada en cualquiera de nuestras oficinas».

¹⁰⁴ La reclamación se presentó respecto a una publicidad difundida en Internet, concretamente, en la página *web* de ING, en la que se podía leer: «Presentar sus impuestos en un click. Eso es Fresh Banking. Descubra lo fácil y rápido que es presentar sus impuestos. No deje su declaración para el último día. Si presenta su declaración desde nuestra *web* antes del 23 de junio, su declaración le puede salir gratis. Y si es a devolver le ingresamos el importe de la misma. Bases del sorteo».

¹⁰⁵ De acuerdo con la Directiva comunitaria 2006/114/CE sobre publicidad engañosa, podemos determinar que la comunicación comercial debe reputarse engañosa si es susceptible de inducir a error a sus destinatarios, moviéndoles a un comportamiento económico que en ausencia de la misma no hubieran realizado.

V. CONCLUSIONES

En el proceso en virtud del cual un consumidor y/o usuario toma la decisión efectiva de contratar un producto y/o servicio financiero, en numerosas ocasiones, ha desempeñado un papel de primer orden la publicidad. En efecto, el contenido de un determinado anuncio difundido tanto en canales físicos como virtuales es susceptible de determinar la decisión proclive a la contratación del producto y/o servicio promocionado que incidirá sobre sus legítimos intereses pecuniarios.

Teniendo en consideración todo el elenco de intereses que pueden verse afectados, es necesario que las conductas sean claras y, por supuesto, transparentes. Estamos ante anuncios que inciden sobre el comportamiento económico de los destinatarios. Repárese que las decisiones que el consumidor y/o usuario acometa, a este respecto, tendrá repercusiones de índole económica. En concreto, incidirá sobre el patrimonio del sujeto que efectivamente contrate este tipo de productos.

Para dar a conocer sus productos y/o servicios, las Entidades de Crédito recurren a anuncios que serán objeto de difusión en múltiples espacios. El contenido de los mismos, por los caracteres del bien y/o servicio promocionado, suele adolecer de cierta complejidad. En base a ello, para el consumidor medio puede resultar complejo, por un lado, conocer su verdadero alcance y, por otro, efectuar una comparativa respecto a los demás productos presentes en el mercado.

La publicidad de índole financiera debe observar la normativa específica (del mercado financiero), si bien, igualmente, ha de considerar las leyes que resultan aplicables a tal fenómeno con carácter general. Este último elenco de normas es de carácter heterónomo, aunque las mismas se ven complementadas, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, por el fenómeno de la autorregulación. En base a este último, las Entidades de Crédito se comprometen a observar un conjunto, más o menos amplio, de reglas éticas en el ámbito publicitario. Estas últimas deberán mejorar lo dispuesto, con carácter mínimo, por parte del legislador. Para la concurrencia de un verdadero sistema de autorregulación, en materia de publicidad financiera, deberá existir, por un lado, un documento de referencia —en cuyo articulado se incluyan las normas de conducta relativas a la publicidad financiera— y, por otro, el organismo de control, imparcial e independiente, encargado de su verificación. Nótese que la autorregulación resulta complementaria y, por tanto, no sustitutiva de la normativa legal.

Puede afirmarse que, en base a la autorregulación, las campañas promocionales —de carácter tradicional y digital— relativas a productos y/o servicios financieros serán más transparentes y, por ende, más claras para sus destinatarios. Las Entidades de Crédito que, de manera voluntaria, se adhieran a los instrumentos de autodisciplina, en el ámbito que comentamos, se estarán distinguiendo favorable-

mente frente a sus competidores. Cuando la observancia de los documentos de buenas prácticas sea objeto de verificación, por parte de un organismo de control, podría presumirse que sus actuaciones, en todo este espacio, se encuentran fundamentadas en la buena fe.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO HERRERA, L.: «Medios de pago», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 28, 2002.

ÁLVAREZ RUBIO, J.: «Hacia un nuevo concepto legal de comunicación comercial». En Tomillo Urbina, Jorge Luis (Dir.) y Álvarez Rubio, Julio (Coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*, Thomsom Civitas y Cátedra Euroamericana de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, 2008.

ÁVILES GARCÍA, J.: «Las obligaciones de información tras la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2010.

BASSAT, L.: «Dos claves éticas en publicidad: veracidad y respeto». En Melé Carné, Domènec (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998.

DARNACULLETA i GARDELLA, M. M.: «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación». En MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (Dirs.), *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel y Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 645 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Iustel, Madrid, 2005.

DESANTES GUANTER, J. M.: «El marco jurídico de la publicidad en el contexto de la información». En *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980.

FERNÁNDEZ NOVOA, C.: «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad». En *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaxe da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.

FERNANDO MAGARZO, M. R.: «Concepto de publicidad y publicidad engañosa en Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 21, 2001.

— «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, núm. 84, 2008.

FONT GALÁN, J. I.: «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, 1988.

GALÁN CORONA, E.: «La publicidad financiera», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 167, 2011.

GARCÍA GUERRERO, J. L.: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, septiembre-diciembre, 1996.

GHIDINI, G.: *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milán, 1968.

HOPT, K.: «La autorregulación del sistema bancario y financiero. Práctica y teoría en Alemania». En *Estudios de Derecho de Sociedades y del Mercado de Valores*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.

ILLESCAS ORTIZ, R.: «Comunicaciones comerciales y oferta contractual electrónicas: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 40, 2003.

— «La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 84, 2007.

IRÁKULIS ARREGUI, N., y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Publicidad lícita y ética», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 50, 2008.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4.^a ed., Dykinson/INC, Madrid, 2010.

— *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 3.^a ed., Dykinson, Madrid, 2007.

LEMA DEVEESA, C., y FERNANDO MAGARZO, M. R.: «Consideraciones sobre la regulación jurídica de la publicidad financiera», *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 92, 2004.

- LÓPEZ JIMÉNEZ, D., y MONROY ANTÓN, A.: «La publicidad interactiva relativa a productos farmacéuticos de uso humano: el fenómeno de la autorregulación», *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 87, 2012.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: «Las *cookies* como instrumento para la monitorización del usuario en la Red: la publicidad personalizada», *Ciencias Económicas*, vol. 29, núm. 2, 2011.
- MARIMÓN DURÁ, R.: *La tutela del usuario en el contrato bancario electrónico*, Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- MARTÍN LLAGUNO, M.: *En torno a la deontología de la comunicación comercial*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006.
- MARTÍNEZ-SIMANCAS, J.: «Contratos bancarios e Internet». En MATEU DE ROS CEREZO, R., y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, J. M. (Coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- MELÉ CARNÉ, D.: «Criterios éticos para la comunicación publicitaria». En MELÉ CARNÉ, Domènec (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Pamplona, 1998, pp. 249-263.
- «Orientaciones éticas para la empresa.» En FERNÁNDEZ, F. (Ed.), *Estudios sobre la Encíclica «Centesimus Annus»*, Unión Editorial, Madrid, 1992.
- MIRANDA SERRANO, L. M.: «La protección del consumidor en la etapa anterior a la celebración del contrato: aspectos concurrenciales y negociables», *Estudios sobre Consumo*, núm. 77, 2006.
- MORALES MORENO, A. M.: «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)». En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
- OCHOA ARRIBAS, C.: «Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: «La nueva Ley sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a consumidores. Ley 22/2007, de 11 de julio», *La Ley*, núm. 6837, 2007.
- PETTY, R.: «The Law of misleading advertising: an examination of the difference between common and civil law countries», *International Journal of Advertising*, vol. 15, 1996.

RICO CARRILLO, M.: «El derecho de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 108, 2009.

— «La electrificación del Derecho mercantil», *Ética y jurisprudencia*, núm. 4, 2005.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Doctrina general de la regulación». En *Estudios Jurídicos sobre el mercado de valores*, Thomson Civitas, Navarra, 2008.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V.: *La publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas*, «La Ley», Madrid, 2007.

SANTAELLA LÓPEZ, M.: *El nuevo Derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1989.

SANTESMASES MESTRE, M.: «Legislación y códigos de conducta comercial, ¿son suficientes?». En MELÉ CARNÉ, D. (Coord.), *Ética en dirección comercial y publicidad*, Eunsa, Navarra, 1998, p. 63.

TAPIA HERMIDA, A. J.: «La Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 107, 2007.

TATO PLAZA, A.: «Aspectos jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet». En GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio (Dir.), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

— «La autodisciplina publicitaria», *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102, 2005.

— «Régimen jurídico de la publicidad de productos y servicios bancarios: principios generales», *Autocontrol*, núm. 162, 2011.

URÍA FERNÁNDEZ, F.: «Códigos de conducta en el ámbito de la actividad bancaria». En DEL REAL PÉREZ, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

VIDAL GARCÍA, M.: «Paradigma de ética razonable para la empresa. Exigencias básicas del discurso ético sobre la actividad empresarial», *Revista ICADE de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 19, 1990.

ZORZI, N.: «Autodisciplina publicitaria», *Contrato e impresa*, vol. 2, 1985.

(Trabajo recibido el 13/5/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)

PRÁCTICA JURÍDICA

EL CONSUMIDOR Y LAS GARANTÍAS

LEONARDO POLO FERRERO

Coordinador de Asesoría Jurídica de OCU

RESUMEN

La posición del consumidor en el marco del derecho de consumo en ocasiones viene configurada como una indefinición en materia de algunos derechos. El análisis de la garantía legal reconocida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reviste una vital importancia, dada la repercusión que tiene en los intereses económicos de los consumidores. La determinación de los plazos de reparación y el establecimiento de refuerzos a la hora de afianzar la posición del consumidor es necesaria de cara a que la protección de los derechos de los consumidores sea efectiva. El equilibrio de posiciones entre consumidores y vendedores en este asunto es básico, dado que actualmente la experiencia general nos informa de una carencia de efectividad a la hora de exigir determinados derechos, como lo es la elección de la opción de saneamiento. El propio principio *pro-consumatore*, reconocido en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, debe tener su esencia en la definición de los derechos de garantía de los consumidores, de tal forma que las interpretaciones que se realicen en este asunto partan de unos cimientos sólidos y determinados.

Palabras clave: consumidor, garantía, defecto, sustitución, reparación, resolución contratual, rebaja del precio.

THE CONSUMER AND GUARANTEES

ABSTRACT

The placement of the consumer within the right of consumption setting is occasionally given by the vagueness in content of some rights. The evaluation of lawful guarantee included in the Royal Decree Law 1/2007, on 16 November, can be considered of vital relevance given the repercussion inherent to the financial interests of consumers. The designation of the recovery deadlines, and the establishment of the position of the consumer, is absolutely necessary with regard to the safekeeping of the effectiveness of consumer rights. The balance between consumers and merchants in this issue is essential, given our present experience which provides us with enough input to definitely notice the

lack of effectiveness when demanding certain rights, such as the case to opt for warranty. The very own pro-consumatore principle, included as article 51 in the Magna Carta, must shape its core in the designation of the rights to guarantee consumers, in the sense that the interpretations which are carried out regarding this issue are founded on solid base.

Key-words: consumer, warranty, defect, replacement, repair, contractual termination, price reduction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO NORMATIVO.—III. ¿PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD DEL CONSUMIDOR?—IV. ¿REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN?—V. Y LO RAZONABLES ES...—VI. REBAJA DEL PRECIO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los frentes que una organización de consumidores se encuentra en el día a día son las garantías de los bienes de consumo. Son muchos los consumidores que, a la hora de adquirir un determinado bien, sin saberlo, pueden comenzar un calvario a la hora de intentar ver protegidos sus derechos y garantizado su interés económico.

Desde la enumeración que realiza el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, cualquier interpretación que realicemos del resto del articulado deberemos entenderlo vinculado a la protección de los intereses económicos y sociales que les son propios a los consumidores.

Así, la repercusión económica que se desprende en materia de garantías quizá sea una de las más importantes expresiones de tutela y protección de los derechos de los consumidores en la adquisición de bienes de consumo que se debe realizar

Las controversias que se suscitan en esta materia vienen esbozadas en la mayor parte de las ocasiones por la indefinición y las opciones establecidas en el Título IV del RD 1/2007, de 16 de noviembre, el cual, en sus artículos 114 y siguientes, navega en una generalidad, que en la práctica se convierte en una protección insuficiente.

II. PLANTEAMIENTO NORMATIVO

El artículo 114 de Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRDCU), establece que el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, con lo que entendemos que, desde el punto de vista puramente contractual, este intercambio de prestaciones debe desprender obligaciones propias de este tipo de contrato. El comprador-consumidor pagará un precio por un objeto, idóneo, adecuado a lo ofertado y con las características materiales y formales que le hicieron decidirse por la compra del mismo.

Desde el mismo momento de la perfección del contrato éste despliega sus efectos. Si bien la responsabilidad otorgada por el artículo 114 del TRDCU al vendedor, que responderá frente a aquél de cualquier falta de conformidad (régimen de reparaciones, artículo 120 del TRDCU) que exista en el momento de la entrega del producto, se hará extensible a través del artículo 123 del TRDCU durante dos años desde la entrega, siendo de al menos un año en los productos de segunda mano.

Dichos plazos tienen la peculiaridad de que se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad.

En otra vertiente, encontramos que el planteamiento que realiza el artículo 119 del TRDCU y siguientes, y los efectos desplegados por el artículo 1.124 del Código Civil, comienzan a complicar el camino de la satisfacción de los intereses de los consumidores.

No podemos obviar que la regulación residente en el TRDCU se antoja difusa y poco clara a la hora de aplicarla para solucionar *de facto* un conflicto de consumo. Los problemas que se suscitan en materia de consumo, con respecto a la garantía, son muy numerosos y de difícil solución, dado que en muchas ocasiones el consumidor naufraga en un bucle de reparaciones eternas y continuas que frustran sus expectativas como adquirente de un bien o servicio, y por otro le causan un perjuicio económico claro.

El TRDCU, para proteger estos legítimos intereses, establece en su artículo 119 que, cuando un producto no es conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir una reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Es la parte que cumple la que teóricamente tiene el derecho de decidir entre las dos opciones que se plantean, si bien, dar la oportunidad de reparación en primer lugar se configura como un paso previo que se ha instaurado en la práctica, pero que en realidad enmascara una dependencia absoluta de la voluntad del vendedor, que es quien realmente tiene la facultad de optar, eliminando *de facto* el derecho de elección conferido por la Ley al consumidor.

III. ¿PRESUNCIÓN DE CULPABILIDAD DEL CONSUMIDOR?

Dentro del plazo de dos años, durante los seis primeros meses se presume que el defecto preexistía al momento de la compraventa, salvo en aquellos casos de uso incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad. Si bien, esa presunción de preexistencia del defecto no puede implicar que, transcurridos esos seis meses, se produzca una inversión de la presunción y/o de la carga de la prueba. No debe ser el consumidor quien deba probar que el defecto preexistía, no es su responsabilidad, sino del propio vendedor o, en su caso, del productor, puesto que éstos tienen el conocimiento y *expertise* técnico necesario para realizarlo. Estas faltas de conformidad, transcurridos esos seis meses, en ocasiones se traducen en una ampliación de la dificultad a la hora de poder resolver una falta de conformidad. Es más, la práctica habitual que se suma a la inversión de la carga de la prueba es que los defectos o faltas de conformidad que se presentan a partir del sexto mes se imputan por lo general a un mal uso del bien o producto. Ello debilita la posición del consumidor a la hora de poder exigir su derecho a optar y traslada de hecho la facultad de decidir al vendedor a pesar de la previsión legal establecida.

Si bien la aparición de una falta de conformidad o defecto en el bien adquirido no lo podemos considerar como un incumplimiento contractual en sí mismo, sí podemos vincularlo al momento en el que la acción de saneamiento (reparación o sustitución) no ha surtido efecto o no se ha llevado a cabo. Es cuando con la aparición de la segunda opción rebaja del precio o resolución, cuando nos encontramos en un posible incumplimiento contractual, y desde la propia resolución que refleja el TRDCU podemos vincularlo, en una interpretación extensiva, a la resolución del artículo 1.124 del Código Civil.

De cara a valorar la adecuación de un producto a las características que debe tener por su propia naturaleza, así como a las expectativas del consumidor, como adición a los criterios expresados en el artículo 116 del TRDCU (establecen la conformidad del producto con arreglo al cumplimiento de una serie de requisitos), serán las propias condiciones particulares de contratación las que prevalezcan sobre éstas. No obstante, la existencia de unos requisitos legales (artículo 116 TRDCU) se configuran como una exigencia legal necesaria para objetivizar y acotar la protección legal al consumidor, desde una interpretación objetiva y razonable de la propia definición de una falta de conformidad.

El consumidor, cuando adquiere un producto apto para la función u objetivo para el cual lo adquirió, presupone que tiene unas características concretas y ciertas que representaron la propia causa de sus elección por ese y no otro o similar. La falta de conformidad que se manifieste en el plazo de dos años deberá ser subsanada sin que la introducción del plazo de seis meses suponga tras él una inversión de la carga de la prueba. Las obligaciones del consumidor, el pago del precio

y el uso convenido y adecuado están cumplidos, por tanto, tras la entrega de la cosa, el vendedor debe cumplir una obligación durante dos años, que es la de asegurar la conformidad del producto durante este plazo.

Pensamos que, desde el punto de vista de protección del consumidor, esa presunción de falta de conformidad **debería extenderse a la totalidad del plazo de dos años y, en todo caso, ser el vendedor o en su caso el productor quien pruebe si esa falta de conformidad se debió a un uso no conveniente** o, por el contrario, responde a un defecto del bien adquirido. Principalmente porque el consumidor no tiene posibilidad de probar determinadas faltas de conformidad y, por ende, supone un desequilibrio de derecho basado en la posición de superioridad del vendedor.

En este sentido, la **Audiencia Provincial de Madrid, sec. 13, en sentencia de 10 de octubre de 2008**, en su fallo estableció que *«el hecho de que el artículo 9 (Ley de Garantías de la Venta de Bienes de Consumo de 10 de julio de 2003) de la precitada Ley establezca que, salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega ya existían cuando la cosa se entregó, no significa que a partir de ese momento surja la presunción contraria, es decir, que se presuma que la “falta de conformidad” no existía cuando la cosa se entregó, sino que a partir de esa fecha rigen las normas generales sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la LEC, debiendo por ello el actor acreditar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y la demandada probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan extinguen o enerven la eficacia jurídica de los hechos que debe probar el actor, debiendo en todo caso el tribunal tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes»*.

IV. ¿REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN?

El artículo 118 del TRDCU establece que el consumidor tiene derecho a la reparación del producto, su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato. De una lectura del precepto desprendemos una primera consecuencia: es el consumidor (la parte que ha cumplido) el que tiene el derecho y, por tanto, la facultad de elegir qué opción es la más conveniente para sus intereses. Si bien esta interpretación debe ser matizada, no es menos cierto que la esencia de la misma constituye el derecho de elección por parte del consumidor.

El primer matiz a realizar es que, una vez el consumidor ha elegido entre las dos primeras opciones, reparación o sustitución, el vendedor deberá acatar dicha decisión y proceder a la ejecución de la misma. Esta prevalencia de las dos prime-

ras opciones de saneamiento no pueden enmascarar en ningún caso la obstaculización al ejercicio del derecho de resolución, reconocido como opción subsidiaria a la primera, y dilatar el saneamiento con reparaciones eternas que causan un perjuicio constante al consumidor. Sin perjuicio del derecho resolutorio otorgado por el derecho de garantía, podemos interpretar ante saneamientos infructuosos, y fijando aún más el derecho conferido en el TRDCU, una interpretación resolutoria ex artículo 1.124 del Código Civil, en aquellos casos en los que la falta de conformidad no sea de escasa importancia y aun habiendo intentado la reparación o en su caso la sustitución, el bien siga presentando una disconformidad que lo hace inviable para su uso.

Es muy ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 18, S 23-7-2012, núm. 428/2012, rec. 498/2012, la cual establece que *«la Ley reconoce cuatro opciones de saneamiento que se encuentran vinculadas de forma jerarquizada, en el sentido de que la reparación del bien y su sustitución —por un lado— priman sobre la rebaja del precio y la resolución del contrato —por otro—, tal y como se infiere del sentido y del propio tenor literal de los artículos siguientes. Y, así, el apartado 1 del artículo 119 señala que, si el bien no fuera conforme con el contrato, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada, añadiéndose a continuación que, desde el momento en que el consumidor comuniqué al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella, y que esta decisión del consumidor se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el bien en conformidad con el contrato»*.

Desgraciadamente, la realidad es bien distinta, por cuanto en el consumo diario de bienes, los consumidores y usuarios se encuentran con un procedimiento bien distinto en el que se deambula por un bucle de reparaciones eternas. Desde OCU hemos realizado un estudio (revista *Dinero y Derecho* núm. 139, noviembre/diciembre 2013: *«No hay por dónde cogerla»*, *«La Ley necesita ajustes para que los derechos del consumidor no dependan de la buena voluntad del comerciante»*), en el que visitamos 30 establecimientos en Madrid, Barcelona y Valencia, para comprobar *in situ* cómo actúan si el consumidor se presenta con un electrodoméstico defectuoso dentro del período de garantía, los productos elegidos: una lavadora y una tostadora.

El resultado reflejó que, en la gran mayoría de los casos en las tres ciudades, refirieron al servicio técnico, y que sería el propio servicio técnico quien decidiría la reparación o la sustitución. Ello refleja exactamente el patrón real de las actuaciones en este tema de consumo, no elige el consumidor, elige el vendedor (aunque esta decisión aparezca como «condicionada» por el servicio técnico correspondiente). No debemos obviar que la obligatoriedad de la garantía legal y, por tanto, la del resto de sus efectos y consecuencias, y como derecho protegi-

do y atribuido a los consumidores debe ser posible ejercitarlo. Si bien la propia ambigüedad de la norma posibilita este debilitamiento de la posición del consumidor.

Unido a las dificultades que presenta la exigibilidad de estos derechos, nos encontramos con un obstáculo añadido provocado por la derivación que realizan algunos vendedores a los fabricantes, y que impide el ejercicio de la garantía, a pesar de que la ley ya dejó claro que el garante es el vendedor (artículo 114) y, si le resulta imposible al consumidor o es una carga excesiva, dirigirse a éste, entonces podrá reclamar directamente al productor (art. 124).

Esta confusión que hacen muchos establecimientos también desvirtúa en la práctica la facilidad de saneamiento para el consumidor. Deben ser los organismos competentes en materia de consumo quienes tutelen con rigor este tipo de prácticas, a fin de apuntalar el ejercicio del derecho de garantía por parte del consumidor y evitar situaciones de falta de proximidad e impedimentos que quiebren sus derechos.

V. Y LO RAZONABLES ES...

Algo razonable es algo justo, lógico, conforme a la razón; no obstante, a la hora de analizar opciones de reparación y los plazos de las mismas, lo razonable debería dejar paso a lo determinado. Si bien la facultad de elegir está atribuida al consumidor, las opciones que se le presentan aparecen «jerarquizadas» y sometidas a criterios indeterminados de proporcionalidad. La primera de las opciones será entre la reparación y/o la sustitución y la segunda entre la rebaja del precio y/o la resolución.

El problema más apreciable se configura en la posibilidad de llegar al segundo nivel (rebaja o resolución), así como los perjuicios económicos y de utilidad causados en el primero (reparación o sustitución). El artículo 120 del TRDCU establece el «*Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto*», estableciendo que éstas serán gratuitas para el consumidor y deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes.

La primera de ellas, la gratuidad de las mismas, no debe albergar lugar a dudas; sin embargo, la propia posición de especialidad técnica de los servicios técnicos pueden amparar dictámenes de mal uso o uso inadecuado de un producto cuando no es así, debiendo el consumidor asumir el coste de la reparación o, en el caso de emprender la lucha judicial, incurrir en gastos de peritajes necesarios para equilibrar la posible disputa judicial (que evidentemente sólo compensará cuando el importe económico en juego lo justifique).

La segunda, respecto al plazo razonable y sin mayores inconvenientes, es la punta de lanza del conflicto. No determinar un plazo concreto para la reparación de un bien implica la indefinición de un derecho adquirido, que quiebra el *status* del cumplidor de una obligación contractual y que comienza a dificultar la propia resolución del contrato. Esta propia indeterminación ya pone al consumidor que ha cumplido con su parte del contrato en una posición de perjuicio, adicionado al que ya sufre de por sí con la falta de conformidad del producto.

El no establecimiento de un plazo en la solución de estas faltas de conformidad implican aumentar la complejidad a la hora de exigir la tutela y reparación del derecho, a efectos de cuantificación, y por tanto una dificultad a la hora de determinar qué es lo razonable.

El artículo 120 del TRDCU no determina un plazo concreto para la reparación, pero sí puede dar pie a articular una extensión reparadora del derecho, al establecer que la reparación debe llevarse a cabo también *«sin mayores inconvenientes para el consumidor...»*. La propia manifestación de un defecto, avería, etc., en un producto nuevo, ya en sí misma es un inconveniente, dado que se traduce por lo general en una privación de uso del objeto durante el tiempo que el objeto se encuentra en el servicio técnico correspondiente. Es por ello que tan importante es **que la solución del problema se realice en el menor tiempo posible como que cause un inconveniente lo más leve posible**. Una solución que puede articularse es la **obligación de dar al consumidor un objeto o producto de sustitución de iguales o similares características**, a fin de evitar los perjuicios derivados que hemos referido, e incluso evitar un posible daño moral derivado (daño moral del que se hace eco la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sec. 3.^a, S 27-12-2012, número 233/2012, rec. 205/2012, al establecer: *«En el caso que nos ocupa, en el que tras la venta del vehículo nuevo, cuando éste cuenta con poco más de 30.000 km, se suceden toda una serie de numerosas y sucesivas averías en diferentes componentes del motor, desde marzo de 2008 hasta la última en septiembre de 2009, que la sentencia de instancia considera acreditadas, es notorio que dicha circunstancia reiterada es hábil para provocar en cualquiera que se encontrara en el lugar de la demandante un estado de aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia no sólo de la incomodidad y molestia directamente producidas por la privación del uso del vehículo adquirido, sino también por la preocupación y desazón propias de quien compra un vehículo nuevo, del que se espera razonablemente una calidad, unas prestaciones y un disfrute adecuado, y a la postre comprueba que sus expectativas se ven defraudadas...»*).

Podemos por tanto afirmar que lo razonable es solucionar los problemas en el menor espacio de tiempo posible, y señalar un plazo de referencia en las reparaciones, incrementando la protección del consumidor con la exigencia de propor-

cionarle un artículo de sustitución durante el plazo de la reparación. No obstante, a modo ilustrativo de lo que puede o no puede ser un plazo razonable con ocasión de la reparación de un televisor, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 5.^a, de 23 de noviembre de 2009, número 639/2009, rec. 341/2009, estableció: *«Así pues, la actora llevó el televisor a reparar, pero la reparación no se ha realizado en un plazo razonable (45 días para reparar un electrodoméstico no lo es en ningún caso), y el objeto de la reparación tampoco es razonable (que a un televisor nuevo le tengan que cambiar piezas que tardan 40 días en suministrar) y la finalidad y el uso que se le da a un televisor es diario...»*.

VI. REBAJA DEL PRECIO O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 121 del TRDCU establece que procederán la rebaja del precio y la resolución del contrato, a elección del consumidor, en los casos en los que no se pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario.

Estas opciones que presenta la Ley se configuran como subsidiarias a la reparación y/o sustitución, apareciendo como hemos expuesto anteriormente las opciones de saneamiento de forma jerarquizada. La situación a la que se enfrentan los consumidores cuando llegan a estas dos últimas soluciones son la tenencia de un objeto, producto o bien, que no ha podido ser reparado o sustituido y que, por tanto, mantiene un defecto o una falta de conformidad. Los supuestos en los que el consumidor opta por la rebaja del precio nos indican que en un gran porcentaje de éstos esta rebaja de precio no subsana el posible defecto de calidad o de utilidad que posee el bien. Esta solución viene precedida de un camino de obstáculos en el proceso de reparación que en la mayor parte de las ocasiones no compensa los inconvenientes y molestias que el consumidor ha sufrido (recordemos el inciso del artículo 120 del TRDCU: «y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario»).

Rasgo esencial para interpretar el criterio de la rebaja del precio es si el bien o producto adquirido que mantiene un defecto aún guarda las utilidades principales, o al menos es susceptible de un uso, aunque menoscabado en su calidad en algunas de sus propiedades. Aunque por obvio no es menos importante recalcar que, si la propia función o utilidad esencial y principal del bien está absolutamente menoscabada, y lo hace inviable para su uso general, aunque mantenga otras utilidades o funciones alternativas, el mecanismo de solución prevista será la resolución del contrato. La rebaja del precio será solución en tanto en cuanto sea solicitada por el consumidor, dado que no debemos olvidar que es elección de éste.

La solución más radical de las que menciona el TRDCU es sin duda la resolución del contrato y, por tanto, la devolución de las prestaciones que dimanen del mismo. A

pesar de los intentos por parte del vendedor de evitar la resolución, con una rebaja del precio, la quiebra de las funciones o utilidades esenciales del bien adquirido implican ésta y, en este sentido, es de especial consideración la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 18, S 23-7-2012, número 428/2012, rec. 498/2012, que establece con ocasión de la adquisición de unos muebles: «... **la resolución del contrato es una opción de saneamiento subsidiaria o en defecto de la reparación o sustitución del bien de consumo que constituya el objeto de la venta, procedente, además, sólo cuando la falta de conformidad ostente una entidad importante. Pues bien, en el presente caso, aun cuando pudiera pensarse quedado a las faltas de conformidad puesta de manifiesto en la demanda, se trataría del efecto de remate acabado que no afectaría a la estructura y en general a la utilidad y utilización del mueble observándose astillamientos, faltas de pintura o barniz, mala colocación de algunas baldas, sin embargo, no es menos cierto que los defectos son en cierta manera generalizados y que a pesar de haberse reclamado al fabricante vendedor de los muebles la reparación de los efectos del mismo no los han reparado, no parece que los vaya reparar y todo lo que parece hacer es ofrecer un descuento del 15%, a todas luces insuficiente, pues el derecho del comprador se residencia en el disfrute de un objeto en condiciones de nuevo y no simplemente reparado, sobre todo cuando parte de la utilidad del bien adquirido es al objeto de adorno y embellecimiento, un mueble librería con vitrina, por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia**».

Desgraciadamente, la experiencia general nos informa de la complejidad usual a la hora de que, a pesar de faltas de conformidad flagrantes, resolver un contrato u obtener una satisfacción de los derechos e intereses del consumidor y usuario.

VII. CONCLUSIONES

Con la finalidad de proteger eficazmente los derechos de los consumidores y posibilitar un mejor y mayor equilibrio en las posiciones con los vendedores, se hacen necesarias determinadas reformas. En primer lugar, que el derecho de opción entre las alternativas que ofrece la Ley (respetando su jerarquía), se vea protegido eficazmente para no verse supeditado o subordinado a la voluntad del vendedor y los servicios técnicos de reparación. En segundo lugar, determinar qué es un plazo razonable. Adicionado a este punto establecer mecanismos útiles de protección a los consumidores articulando la obligatoriedad de ofrecer a los consumidores afectados artículos, bienes, o productos de sustitución similares durante el plazo de duración de la reparación. En tercer lugar, que la presunción de preexistencia del defecto de un producto se extienda a los dos años de la garantía legal y no sólo en los seis meses posteriores a la compra, dada la vulnerabilidad en la que se sitúa al consumidor.

(Trabajo recibido el 29/4/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)

LA FISCALIDAD DE LA EMPRESA

LA RECUPERACIÓN DEL IVA SOPORTADO DESPUÉS DE TRANSCURRIDO EL PLAZO PARA SU COMPENSACIÓN: NOVEDADES DE LA STS DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

Abogado

Profesor asociado en la Universidad «Antonio de Nebrija»

RESUMEN

Una vez transcurridos más de cuatro años sin que un empresario o profesional haya podido compensar una cuota soportada deducible del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni haya solicitado su devolución en sus declaraciones-liquidaciones, caduca la forma de hacerlo efectivo mediante el sistema de compensación o solicitud de devolución, pero no el derecho a recuperar ese IVA mediante la presentación de una solicitud de devolución a instancia de parte durante un plazo de prescripción de otros cuatro años. De esta manera se garantiza el principio de neutralidad del IVA.

Palabras clave: IVA, neutralidad, recuperar, compensar, caducado, prescripción, plazo y cuatro años.

RECUPERATION OF VAT PAID-OUT AFTER THE DEADLINE FOR ITS COMPENSATION: NEWS FROM SCS DATED 20 SEPTEMBER, 2013

ABSTRACT

Compensation system or return application through VAT form expires when an employer or professional has not been able to offset input Value Added Tax deductible or

has not requested his return on the tax form during a time period of four years, but the right to recover such VAT by submitting a refund application lasts during a prescription period of other four years. Thus, VAT neutrality principle is guaranteed.

Keywords: VAT, neutrality, recover, compensate, expired, prescription, term and four years.

SUMARIO: I. EL CONTRIBUYENTE PUEDE RECUPERAR EL IVA SOPORTADO UNA VEZ HA CADUCADO EL PLAZO DE CUATRO AÑOS PARA COMPENSAR.—II. PRODECIDIMIENTO PARA OBTENER LA RECUPERACIÓN. 1. Devolución de oficio. 2. Solicitud de ingresos indebidos. 3. Solicitud de devolución mediante declaración-liquidación. 4. Solicitud de devolución a instancia de parte. 5. Compensación en declaración-liquidación sin límite temporal.

El apartado Uno del artículo 98 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido regula el nacimiento del derecho a deducir del IVA soportado y dispone que:

«El derecho a la deducción nace en el momento en que se devengan las cuotas deducibles, salvo en los casos previstos en los apartados siguientes.»

Por su parte, el artículo 99 de la Ley del IVA ha regulado el siguiente régimen para ejercitar el derecho a la deducción del IVA soportado:

«Uno. En las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación, los sujetos pasivos podrán deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación en el territorio de aplicación del Impuesto como consecuencia de las entregas de bienes, adquisiciones intracomunitarias de bienes o prestaciones de servicios por ellos realizadas. (...)»

Tres. El derecho a la deducción sólo podrá ejercitarse en la declaración-liquidación relativa al período de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho. (...)»

Cinco. Cuando la cuantía de las deducciones procedentes supere el importe de las cuotas devengadas en el mismo período de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores, siempre que no hubiesen transcurrido cuatro años contados a partir de la presentación de la declaración-liquidación en que se origine dicho exceso.

No obstante, el sujeto pasivo podrá optar por la devolución del saldo existente a su favor cuando resulte procedente en virtud de lo dispuesto en el Capítulo II

de este Título, sin que en tal caso pueda efectuar su compensación en declaraciones-liquidaciones posteriores, cualquiera que sea el período de tiempo transcurrido hasta que dicha devolución se haga efectiva. (...)»

Asimismo, el artículo 100 de la misma Ley del IVA establece en relación con la caducidad del derecho a la deducción que:

«El derecho a la deducción caduca cuando el titular no lo hubiera ejercitado en los plazos y cuantías señalados en el artículo 99 de esta Ley.»

Y, finalmente, el apartado uno del artículo 115 de la Ley del IVA regula el régimen general de devoluciones del IVA de la siguiente manera:

«Uno. Los sujetos pasivos que no hayan podido hacer efectivas las deducciones originadas en un período de liquidación por el procedimiento previsto en el artículo 99 de esta Ley, por exceder la cuantía de las mismas de la de las cuotas devengadas, tendrán derecho a solicitar la devolución del saldo a su favor existente a 31 de diciembre de cada año en la autoliquidación correspondiente al último período de liquidación de dicho año.»

En definitiva, la Ley del IVA regula un mecanismo de deducción del IVA que supone que en las declaraciones-liquidaciones las cuotas deducibles soportadas se deducen de las devengadas, de forma que, si el importe de las cuotas deducibles soportadas es superior al de las devengadas, se genera un crédito a favor del contribuyente frente a Hacienda por el importe del exceso, que puede hacer efectivo mediante compensación o devolución (pago), que son dos de los medios señalados en el artículo 1.156 del Código Civil para el cumplimiento o extinción de deuda.

A este respecto, la Administración tributaria y los Tribunales interpretaron que, una vez transcurrido el plazo de cuatro años desde que se presentó la declaración-liquidación en la que se originó el exceso del IVA deducible soportado sobre el devengado, no es posible ni la compensación de dicho exceso ni la solicitud de su devolución por haber caducado la posibilidad de deducir mediante compensación o devolución, ya que ambas opciones son una manifestación del ejercicio del derecho a la deducción y, en consecuencia, están sujetos al mismo plazo de cuatro años.

Pero el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 2007, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, modificó el criterio administrativo y judicial acerca de la caducidad del derecho a solicitar la devolución del IVA no deducido mediante el sistema de compensación por insuficiencia de cuotas devengadas ni solicitada su devolución, y sostuvo que en el momento en el que termina el plazo de cuatro años para efectuar la compensación empieza un período

do de recuperación de otros cuatro años, que es el de prescripción de este derecho. El origen de este criterio radica en el principio de neutralidad que resulta esencial en el funcionamiento del Impuesto.

La citada sentencia de 4 de julio de 2007 del Tribunal Supremo recoge el criterio expuesto en los siguientes términos:

«La naturaleza del Impuesto en cuestión es la de un impuesto indirecto que recae sobre el consumo; su finalidad es la de gravar el consumo de bienes y servicios realizado por los últimos destinatarios de los mismos, cualquiera que sea su naturaleza o personalidad; recae sobre la renta gastada y no sobre la producida o distribuida por los empresarios o profesionales que la generan, siendo éstos los que inicialmente soportan el Impuesto en sus adquisiciones de bienes, resarciéndose del mismo mediante el mecanismo de la repercusión y deducción en la correspondiente declaración.

Con la finalidad de garantizar esa neutralidad, el art. 18.4 de la Directiva señalada establece, como hemos dicho, que cuando la cuantía de las deducciones autorizadas supere la de las cuotas devengadas durante un período impositivo, los Estados miembros podrán trasladar el excedente al período impositivo siguiente o bien proceder a la devolución.

La norma señalada, dada la finalidad que con ella se persigue, ofrece a los sujetos pasivos la posibilidad de compensar en un plazo de cinco años, actualmente de cuatro, el exceso de cuotas soportadas sobre las repercutidas no deducido en períodos anteriores y no solicitar la “devolución” en dichos años, pero, en ningún caso, les puede privar de que, con carácter alternativo a la compensación que no han podido efectuar, les sea reconocida la posibilidad de obtener la devolución de las cuotas para las que no hayan obtenido la compensación.

Las posibilidades de compensación o devolución han de operar de modo alternativo. Pero aunque el sujeto pasivo del impuesto opte por compensar durante los cinco años (ahora cuatro) siguientes a aquel período en que se produjo el exceso de impuesto soportado sobre el devengado, debe poder optar por la devolución del saldo diferencial que quede por compensar. El sujeto pasivo tiene un crédito contra la Hacienda Pública que se abstrae de su causa y que debe poder cobrar aun después de concluir el plazo de caducidad.

La pérdida por el sujeto pasivo del derecho a resarcirse totalmente del IVA que soportó supondría desvirtuar el espíritu y la finalidad del Impuesto. Por todo ello, entendemos, de acuerdo con el criterio mantenido por la sentencia recurrida, que no hay caducidad del derecho a recuperar los excesos no deducidos, aunque sí pérdida del derecho a compensar en períodos posteriores al plazo establecido, de forma que cuando no exista posibilidad para el sujeto pasivo de

ejercitar la “compensación” por transcurso del plazo fijado, la Administración debe “devolver” al sujeto pasivo el exceso de cuota no deducido.

Así pues, en la declaración en que se cumplen cinco años (cuatro años desde el 1 de enero de 2000), cuando ya no es posible “optar” por insuficiencia de cuotas devengadas, desde luego que se puede pedir la devolución. Por eso la sentencia recurrida había entendido que procede la devolución de cuotas soportadas declaradas a compensar y no compensadas, aunque hubieran transcurrido más de cinco años.

Caducado el derecho a deducir, o sea, a restar mediante compensación, la neutralidad del IVA sólo se respeta y garantiza cuando se considere que empieza entonces un periodo de devolución, precisamente porque la compensación no fue posible, y que se extiende al plazo señalado para la prescripción de este derecho, después del cual ya no cabe su ejercicio. Por cualquiera de los procedimientos que se establecen (compensación y/o devolución) se debe poder lograr el objetivo de la neutralidad del IVA.

El derecho a la recuperación no sólo no ha caducado (aunque haya caducado la forma de hacerlo efectivo por deducción continuada y, en su caso, por compensación), sino que nunca se ha ejercido, de modo que no es, en puridad, la devolución (como alternativa de la compensación) lo que se debe producir, sino que es la recuperación no conseguida del derecho del administrado que debe satisfacer la Administración en el tiempo de prescripción.

Como ha puesto de relieve la doctrina, se podría haber establecido en la Ley que si a los cinco años (ahora cuatro) de optar por la compensación no se hubiera podido recuperar todo el IVA soportado, atendiendo a las fechas en que se soportó, la Administración iniciaría de oficio el expediente de devolución; se habría garantizado así la neutralidad como principio esencial del impuesto. Pero lo cierto es que no se ha regulado de esta forma, tal vez por el principio “coste-beneficio” pro Fisco. Pero aún siendo así, resulta difícilmente admisible (y menos si se invoca la autonomía de las regulaciones nacionales) negar el derecho a la devolución del IVA soportado, que realiza el principio esencial del impuesto. En vez de expediente de oficio, habrá que promover un expediente de devolución a instancia de parte.

No arbitrar algún medio para recuperar el crédito frente a la Hacienda Pública generaría un enriquecimiento injusto para la Administración, pues nada obstaba para que, una vez practicada la comprobación administrativa y observada la pertinencia del crédito, se ofreciera al sujeto pasivo la posibilidad de recuperarlo por la vía de la devolución.»

El Tribunal Supremo ha reiterado el criterio recogido en la sentencia transcrita del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 en las sentencias posteriores de 24 de

noviembre de 2010 (Recurso de casación núm. 546/2006), 23 de diciembre de 2010 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 82/2007), 5 de abril de 2011 (Recurso de casación núm. 2549/2006), 23 de mayo de 2011 (Recurso de casación núm. 2095/2008), 30 de mayo de 2011 (Recurso de casación núm. 3323/2008), 29 de noviembre de 2012 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 3733/2011) y 20 de septiembre de 2013 (Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 4348/2012), de cuya lectura se llega a las siguientes conclusiones:

I. EL CONTRIBUYENTE PUEDE RECUPERAR EL IVA SOPORTADO UNA VEZ HA CADUCADO EL PLAZO DE CUATRO AÑOS PARA COMPENSAR

En el supuesto de que venza el plazo de compensación de cuatro años y quedaran pendientes cuotas no deducidas, la neutralidad del IVA sólo se respeta si en el momento en el que se produce esta caducidad empieza un período de recuperación por un plazo de otros cuatro años de prescripción de este derecho, después del cual ya no cabe su ejercicio. En este sentido, el Tribunal Supremo manifestó en su sentencia de 20 de septiembre de 2013 que la caducidad de las acciones para compensar los excesos, regulada en el artículo 100 de la Ley del IVA, no supone la prescripción del derecho de recuperación del crédito reconocido en favor del sujeto pasivo, puesto que, aunque es adecuado técnicamente establecer un plazo de caducidad para el ejercicio de las acciones, no lo es para los derechos que pueden estar sometidos a un plazo de prescripción susceptible de ser interrumpido, pero no a un plazo de caducidad que puede ser suspendido.

En definitiva, en este caso, el sujeto pasivo tiene un crédito frente a Hacienda que debe poder hacer efectivo aun después de concluir el plazo de caducidad para la compensación, porque de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración tributaria.

Como se ha visto, nuestro Tribunal Supremo garantiza el principio de neutralidad que recoge la Directiva 2006/112/CE en su artículo 183 (y anteriormente la Directiva 77/388/CEE en su artículo 18.4) al disponer que: «*Cuando la cuantía de las deducciones supere la del IVA devengado durante un periodo impositivo, los Estados miembros podrán trasladar el excedente al periodo impositivo siguiente, o bien proceder a la devolución de acuerdo con las modalidades por ellos fijadas*» y que también salvaguarda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 25 de octubre de 2001 (Asunto: C-78/00) al recoger de la siguiente forma que las legislaciones de los Estados miembros deben permitir a los sujetos pasivos resarcirse totalmente de las cuotas soportadas y no deducidas:

«28. *Del artículo 17 de la Sexta Directiva resulta que los sujetos pasivos están autorizados para deducir del IVA por ellos devengado el IVA soportado por*

los bienes adquiridos y los servicios recibidos. Este derecho a deducción constituye, según jurisprudencia reiterada, un principio fundamental del sistema común del IVA establecido por la legislación comunitaria (véase, en especial, la sentencia Molenheide y otros, antes citada, apartado 47).

29. *En virtud del artículo 18, apartado 2, de la Sexta Directiva, la deducción se practicará globalmente por el sujeto pasivo mediante imputación, sobre las cuotas del impuesto devengado en cada período impositivo, de las cuotas del impuesto que tengan reconocido el derecho a la deducción, en el curso del mismo período impositivo.*

30. *Como ha destacado reiteradamente el Tribunal de Justicia, las características, antes recordadas, del sistema común del IVA permiten inferir que el régimen de deducciones tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA, devengado o ingresado, en el marco de todas sus actividades económicas. El sistema común del IVA garantiza, por tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez sujetas al IVA. A falta de disposiciones que permitan a los Estados miembros limitar el derecho a la deducción atribuido a los sujetos pasivos, este derecho debe poder ejercerse inmediatamente para la totalidad de los impuestos que hayan gravado las operaciones anteriores (véase, en especial, la sentencia de 21 de septiembre de 1988, Comisión/Francia, 50/87, Rec. p. 4797, apartados 15 y 16).*

31. *Si, durante un período impositivo, la cuantía de las deducciones supera la de las cuotas devengadas y el sujeto pasivo no puede efectuar, por tanto, la deducción mediante imputación, conforme a lo dispuesto en el artículo 18, apartado 2, de la Sexta Directiva, el artículo 18, apartado 4, de dicha Directiva prevé que los Estados miembros pueden bien trasladar el excedente al período impositivo siguiente, bien proceder a la devolución según las modalidades por ellos fijadas.*

32. *Del propio tenor del artículo 18, apartado 4, de la Sexta Directiva y, en particular, de los términos «según las modalidades por ellos fijadas», se deduce que los Estados miembros disponen ciertamente de un margen de maniobra al establecer las modalidades de devolución del excedente del IVA.*

33. *No obstante, ya que la devolución del excedente del IVA constituye uno de los elementos fundamentales que garantiza la aplicación del principio de neutralidad del sistema común del IVA, las modalidades fijadas por los Estados miembros no pueden ser tales que lesionen dicho principio haciendo recaer sobre el sujeto pasivo, total o parcialmente, el peso del IVA.*

34. *De todo ello se desprende que las modalidades de devolución del excedente del IVA fijadas por un Estado miembro deben permitir al sujeto pasivo*

recuperar, en condiciones adecuadas, la totalidad del crédito que resulte de ese excedente del IVA. Lo anterior implica que la devolución se efectúe en un plazo razonable, mediante un pago en metálico o de manera equivalente. En todo caso, el modo de devolución que se adopte no debe suponer ningún riesgo financiero para el sujeto pasivo.»

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea volvió a garantizar el principio de neutralidad fiscal en su sentencia de 8 de mayo de 2008 (Asunto: Ecotrade C-95/07 y C-96/07) al considerar en los términos siguientes que la deducción del IVA debe ser reconocida, aunque el contribuyente hubiera desconocido algunas exigencias formales:

«63. En efecto, siendo indiscutible que el régimen de autoliquidación era aplicable en los asuntos principales, el principio de neutralidad fiscal exige que se conceda la deducción del IVA soportado si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales (véase por analogía la sentencia de 27 de septiembre de 2007, Collée, C-146/05, Rec. p. I-7861, apartado 31).»

No obstante, el funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda Miguel Alejandro SÁNCHEZ FERRÁNDIZ no comparte el argumento del Tribunal Supremo porque considera que, si el ejercicio del derecho a deducir no está sometido a ningún plazo, la lesión que se produce del principio de neutralidad fiscal debe ceder ante la vulneración del principio de seguridad jurídica, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la anteriormente citada sentencia de 8 de mayo de 2008 (Asunto: Ecotrade C-95/07 y C-96/07) y en la de 21 de enero de 2010 (Asunto: Alstom Power Hydro C-472708) que a continuación transcribo¹:

Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2008 (Asunto: Ecotrade C-95/07 y C-96/07):

«44. Además, la posibilidad de ejercer el derecho a deducir sin ninguna limitación temporal sería contraria al principio de seguridad jurídica, que exige que la situación fiscal del sujeto pasivo, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones en relación con la Administración fiscal, no se pueda poner en discusión de forma indefinida.

45. En consecuencia, no es atendible el criterio de que el derecho a deducir no puede estar sometido a ningún plazo de caducidad.

¹ SÁNCHEZ FERRÁNDIZ, Miguel Alejandro: «La caducidad de las cuotas a compensar en el IVA: comentarios a la doctrina del Tribunal Supremo», *Noticias Jurídicas*, marzo 2011.

Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2010 (Asunto: Alstom Power Hydro C-472708):

«16. En efecto, por un lado, por analogía con lo que se aplica al ejercicio del derecho a deducir; la posibilidad de presentar una solicitud de devolución del excedente del IVA sin ninguna limitación temporal sería contraria al principio de seguridad jurídica, que exige que la situación fiscal del sujeto pasivo, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones en relación con la administración fiscal, no se pueda poner en discusión de forma indefinida (sentencia de 8 de mayo de 2008, Ecotrade, C-95/07 y C-96/07, Rec. p. I-3457, apartado 44).»

Pero el Tribunal Supremo contestó a este planteamiento que conlleva afirmar que la falta de un plazo para ejercer el derecho a la deducción vulnera el principio de seguridad jurídica en las sentencias que dictó con fecha 23 de mayo de 2011 y 30 de mayo de 2011 porque resolvieron los Recursos de Casación núms. 3323/2008 y 2095/2008, en los que el abogado del Estado también invocó este argumento sobre la lesión del principio de seguridad jurídica y el Alto Tribunal finalmente afirmó que su tesis se apuntala con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lugar de contradecirse, porque *«caducado el derecho a deducir; se inicia un período para obtener la devolución que se extiende al plazo señalado para la prescripción de este derecho, después del cual ya no cabe su ejercicio. Luego la doctrina de esta Sala fija un límite temporal y además lo hace de forma precisa»*.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en las dos sentencias citadas de 23 de mayo de 2011 y 30 de mayo de 2011, determinó que la Directiva 77/388/CEE no se opone a la existencia de un plazo de caducidad del ejercicio del derecho a la deducción que tenga como efecto sancionar al contribuyente que no fue suficientemente diligente porque omitió solicitar la deducción del IVA soportado en el tiempo adecuado, ya que considera que todas las sentencias que ha dictado sobre este asunto han estado referidas a situaciones en las que los *«contribuyentes solicitaron inequívocamente la deducción de las cuotas soportadas, pero que utilizaron el mecanismo de la compensación, en lugar del de devolución, circunstancia que les deparó la imposibilidad de recuperar todo el impuesto que habían soportado, debido al criterio sustentado por la Administración tributaria»*.

II. PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA RECUPERACIÓN

Una vez ha sido analizado que el contribuyente tiene un derecho de crédito frente a Hacienda por el exceso de cuotas de IVA soportadas, no compensadas en el momento en el que caduca el plazo de cuatro años para su compensación, a continuación voy a analizar diversos procedimientos que deben utilizarse o descartarse para hacer efectiva esta recuperación:

1. Devolución de oficio

En primer lugar, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de julio de 2007, planteó que en el caso de que el contribuyente no hubiera recuperado la totalidad del IVA soportado deducible, cuando hubiera transcurrido un plazo de cuatro años desde que optó por la compensación, debería ser la propia Administración la que iniciara de oficio un expediente de devolución, pero la realidad es que no existe ninguna regulación a este respecto. Con lo cual el contribuyente no puede quedar a la espera de obtener la recuperación por esta vía a la que apunta el Tribunal Supremo porque lo normal es que la Administración nunca devuelva de oficio dentro del plazo de prescripción del derecho a la recuperación al no estar regulada esta situación y, en consecuencia, acabaría perdiendo cualquier posibilidad de hacer efectivo su derecho de crédito.

2. Solicitud de devolución de ingresos indebidos

También procede descartar acudir a la presentación de una solicitud de devolución de ingresos indebidos porque indudablemente *«ninguno de los pagos fue indebido»*, según ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2013. Por tanto, procede explorar otras vías para hacer efectiva la recuperación.

3. Solicitud de devolución mediante declaración-liquidación

Otra opción consistiría en acudir al artículo 31 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que en su primer apartado establece que: *«La Administración tributaria devolverá las cantidades que procedan de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada tributo»* y, en consecuencia, aplicar el sistema de devolución mediante declaración-liquidación que contempla el artículo 115 de la Ley del IVA.

Además, existen diversos autores, como la profesora María Dolores TORREGROSA CARNÉ, que defienden que el artículo 115 de la Ley del IVA no señala ningún plazo de caducidad para el régimen general de devolución y cuestionan que el plazo de caducidad para el ejercicio al derecho a la deducción contenido en el artículo 100 de la Ley del IVA sea aplicable al supuesto de devolución porque el citado artículo 100 señala que el derecho a la deducción caduca cuando el titular no lo hubiera ejercitado en los plazos y cuantías señalados en el artículo 99, si bien dicho artículo en su apartado cinco se refiere a la devolución a los únicos efectos de optar por la devolución en lugar de la compensación².

² TORREGROSA CARNÉ, María Dolores: Universitat de Barcelona, Seminario de Derecho tributario empresarial, Fundación Antonio Lancuentra, Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007, Barcelona, 23 de mayo de 2008.

Ahora bien, el Tribunal Supremo, en relación con los supuestos generales de devolución que contempla el artículo 115 de la Ley del IVA, ha aclarado que *«lo cierto es que estas disposiciones no están previstas para este caso, sino para situaciones en que la devolución se origina a consecuencia de una declaración-liquidación»*. En definitiva, el mecanismo de devolución previsto en la Ley del IVA es válido para la devolución que opera como alternativa a la compensación y que se solicita del saldo existente a favor del sujeto pasivo, a 31 de diciembre de cada año, mediante la declaración-liquidación que corresponde al último período de liquidación del año, pero no es válido cuando se trata de una recuperación no conseguida en el plazo de compensación.

4. Solicitud de devolución a instancia de parte

De acuerdo con el análisis efectuado, nos encontramos en una situación en la que, mientras el legislador no regule el mecanismo para hacer efectivo el derecho a la recuperación, lo razonable es seguir el procedimiento señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 2007 y en la aclaración que efectuó, posteriormente, en la de 20 de septiembre de 2013, que conlleva que el contribuyente dirija un escrito de solicitud de devolución a instancia de parte a la Administración tributaria. Además, este mecanismo para obtener la recuperación también ha sido asumido por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en su sentencia de 16 de enero de 2013 denegó a un contribuyente la recuperación de un IVA soportado deducible, pero no compensado en plazo, porque no recurrió al mecanismo fijado por el Tribunal Supremo, ya que se limitó a efectuar las compensaciones pertinentes en las declaraciones-liquidaciones, en lugar de pedir la devolución a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Asimismo, dentro del marco de este procedimiento, el Tribunal Supremo ha aclarado nuevamente en su sentencia de 20 de septiembre de 2013 que *«La Administración puede poner en funcionamiento sus facultades de comprobación»*, que deberían limitarse a solicitar al interesado la exhibición de las declaraciones-liquidaciones en las que se incluyó el saldo no compensado, de acuerdo con el artículo 106.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

También destacó que este procedimiento no puede ser ajeno a la regulación de la obligación de resolver de la Administración y al plazo de resolución que contemplan los artículos 103 y 104 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y, por tanto, la Administración tributaria está obligada a resolver expresamente sobre el escrito de solicitud de recuperación del IVA en un plazo de seis meses desde la fecha en la que el documento tuvo entrada en el registro del órgano competente para su tramitación y, en el supuesto de que no fuera contestada en este plazo, deberá considerarse estimada la pretensión del solicitante por silencio administrativo. A los efectos de hacer valer el acto administrativo que

produce este silencio, el contribuyente podrá solicitar un certificado acreditativo del silencio administrativo a la Administración tributaria, según lo dispuesto en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. Compensación en declaración-liquidación sin límite temporal

El catedrático Ramón FALCÓN Y TELLA ha discrepado con la solución consistente en que el contribuyente presente un solicitud de devolución a instancia de parte porque, una vez reconocido que el derecho a la recuperación del IVA soportado no caduca por el mero hecho de que tal recuperación no haya sido posible por insuficiencia de cuotas devengadas durante los cuatro años siguientes, no ve razón alguna por la que deba obligarse a iniciar un procedimiento específico de devolución no previsto ni en las Directivas ni en la Ley, en lugar de seguir compensando. Para este autor, la fórmula consistente en seguir arrastrando saldos negativos sin límite temporal es compatible con la Ley del IVA, ya que cada vez que se incluye en una declaración-liquidación el saldo a compensar se produce una interrupción de la prescripción³. Desde mi punto de vista, esta opción no debe ser válida porque, técnicamente, es correcto que la acción de compensación esté sometida a un plazo de caducidad aunque el derecho a la recuperación no lo esté, según la doctrina del Tribunal Supremo que he explicado anteriormente.

*(Trabajo recibido el 18/4/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)*

³ FALCÓN Y TELLA: Los efectos del plazo de cuatro años previsto en el artículo 99.5 LIVA sobre el saldo a compensar y la STS de 4 de julio de 2007: «¿Devolución de oficio o derecho a arrastrar la cantidad a compensar a los períodos siguientes?», *Quincena Fiscal*, Aranzadi número 6/2008.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

SOBRE LA INNECESARIEDAD DE INSCRIBIR EL NOMBRAMIENTO DEL CARGO REPRESENTATIVO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS EN EL EJERCICIO DEL MISMO (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 28 DE ENERO DE 2014)

LETICIA BALLESTER AZPITARTE

Notaria

RESUMEN

No es necesario que conste previamente inscrito en el Registro Mercantil el cargo del administrador para poder inscribir en el Registro de Bienes Muebles los actos realizados por el mismo. Veremos en el presente artículo la doctrina de la DGRN sobre la necesaria acreditación de la realidad, validez y vigencia del cargo del representante orgánico, fundada en la naturaleza obligatoria, pero meramente declarativa de la inscripción, y su aplicabilidad a otros supuestos de representación voluntaria. Acreditación que cobra especial importancia cuando se trata de desvirtuar la presunción de exactitud de los asientos registrales, aunque en supuestos de cierre de la hoja registral de la sociedad dicha eficacia legitimadora se vea claramente debilitada.

Palabras clave: Derecho de sociedades, nombramiento de administradores, cierre del Registro por no presentación de las cuentas anuales, poder general, consejero delegado, representación.

**REGARDING THE UNNECESSARY NATURE
OF RECORDING THE APPOINTMENT OF THE
REPRESENTATIVE POSITION TO RECORD
ACTIONS CARRIED OUT IN ITS EXERCISE
(REGARDING THE SENTENCE FROM THE
DIRECTORATE GENERAL OF REGISTERS AND
NOTARIES PUBLIC DATED 28 JANUARY 2014)**

ABSTRACT

It is not necessary to previously register in the Commercial Registry the appointment of a company director in order to register in the Registry of Moveable Goods any legal act he may pursue. In the present essay we will examine the General Direction of Notaries and Registries' doctrine about the necessity of proving that the company director's appointment is real, valid, and remains in full force and effect. This is due to the fact that the entry at the Commercial Registry is mandatory but it lacks constitutive importance, and it is fully applicable to voluntary representatives. This proof is of particular relevance when we must dispute the presumption of law that the entries at the Commercial Registry are accurate, although it is weakened when the company's sheet is closed for further entries due to lack of deposit of annual accounts.

Keywords: Company Law, company director appointment, company sheet registration closure, lack of deposit of annual accounts, general power of attorney, managing director, representation.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO.—II. COMENTARIO. 1. Naturaleza de la inscripción del nombramiento de los administradores en el Registro Mercantil. 2. No es suficiente el juicio de suficiencia: el artículo 98 de la Ley 24/2001 contrarrestado por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 3. Supuestos excepcionales de cierre de la hoja registral. 4. ¿Qué ocurre con la representación voluntaria? 5. Conclusiones finales.

I. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho del presente recurso versa sobre si puede o no acceder al Registro de Bienes Muebles una póliza de resolución de un contrato de arrendamiento financiero sobre un determinado vehículo, no estando inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento como administrador único del representante de la sociedad arrendataria financiera.

Los argumentos sobre la procedencia o no de la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, de acuerdo con los distintos operadores jurídicos que intervienen, son los siguientes:

- El registrador mercantil y de bienes muebles califica negativamente los documentos presentados en dos ocasiones: primero, la póliza de resolución del arrendamiento financiero en la que intervienen el arrendador y la arrendataria financiera y seguidamente la presentación de la misma junto con acta de referencia. En la citada acta comparecía el administrador con cargo no inscrito manifestando haber sido reelegido por acuerdo de la Junta general que el mismo notario autorizante del acta había previamente elevado a escritura pública. El registrador, consultada la base de datos del Registro Mercantil, constata que el cargo del representante de la arrendataria financiera no consta vigente y deniega en base al artículo 1259 del Código Civil la inscripción de la resolución del contrato. Esgrime también el principio de legalidad y calificación conforme a los asientos del registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), considerando el defecto subsanable.
- Se interpone recurso en nombre y representación de la entidad arrendadora financiera alegando que la representación del administrador está plenamente vigente en el momento de la firma del contrato y que dicha circunstancia queda suficientemente acreditada frente al registrador

mediante el acta de referencia. La escritura pública de nombramiento del administrador debe prevalecer frente a la base de datos del Registro Mercantil para demostrar la vigencia del cargo y la plena validez del negocio jurídico entre las partes, más aún cuando el nombramiento no está inscrito en el Registro debido al cierre de la hoja de la sociedad arrendataria por no presentación de las cuentas anuales. Dicha circunstancia, alega la parte recurrente, tan habitual en tiempos de crisis, no puede perjudicar la realidad del negocio jurídico, que junto a su otorgamiento ante fedatario público y la constancia del nombramiento, también ante fedatario, deben ser circunstancias suficientes para lograr la inscripción y evitar un perjuicio económico mayor.

- Dice la DGRN que el no condicionamiento de la previa inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento del cargo representativo o poder general para la inscripción del acto de que se trata no puede excusar la necesaria acreditación de la existencia y validez de la representación alegada, en nombre del titular registral, para que el acto concreto pueda ser inscrito sin la directa intervención de dicho titular, incardinándolo así en el artículo 24 de la Constitución Española y la exigencia del consentimiento auténtico del titular registral para la inscripción de cualquier acto que le afecte. Cuando el mismo no actúa por sí, sino a través de sus legítimos representantes, añade el Centro Directivo que la calificación deberá proyectarse sobre la legalidad, existencia, subsistencia y suficiencia de la representación, datos que a su juicio no pueden valorarse por el acta de referencia aportada para la inscripción.

Además, en virtud de los principios de celeridad y defensa del interés público, y puesto que los registradores tienen un deber legal frente a los usuarios de inscribir los títulos que se ajusten a la legalidad, aunque no se hubieran acreditado suficientemente dichos extremos de la representación en la escritura o título presentado, habría bastado para procurarse los datos necesarios para la inscripción con consultar directamente la base de datos del Registro Mercantil. Consulta que, recuerda la DGRN, se recoge expresamente en el artículo 80.2 de la nueva Ley del Registro Civil que entrará en vigor el 22 de julio de este año y que prohíbe la exigencia a los ciudadanos por funcionarios y administraciones de certificados registrales que obren en su poder o puedan obtener directamente por medios electrónicos, sin merma de los principios de rogación o prioridad.

En resumen, si la consulta de la base de datos del Registro no hubiera sido infructuosa, la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales (arts. 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil) hubiera dispensado a la parte de cualquier otra prueba para acreditar la legalidad y existencia de la representación alegada. No siendo así, y puesto que es indiscutible que el nombramiento de los administradores surte sus efectos

desde el momento de la aceptación (art. 214.3 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), siendo su inscripción obligatoria (art. 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil), pero no constitutiva, es preciso desvirtuar la presunción de concordancia del Registro con la realidad jurídica, acreditando que el representante social ha sido nombrado con todos los requisitos y solemnidades legales y estatutarias (acuerdo válido, órgano social competente debidamente convocado, aceptación del nombramiento y notificación o consentimiento de los titulares de cargos anteriores inscritos, conforme al artículo 111 del RRM), lo cual no resulta suficientemente, a juicio del Centro directivo, del acta de referencia, a pesar de que refleja los datos identificativos de la escritura pública de la que resulta la elevación a público del nombramiento.

II. COMENTARIO

Planteado el supuesto de hecho, veremos a continuación diversas cuestiones que se plantean con ocasión de esta Resolución y la extensa argumentación de la DGRN. Como humilde advertencia, este trabajo versa exclusivamente sobre el conocimiento de las Resoluciones expuestas y no sobre la práctica jurídica, que desconozco por no estar todavía en activo.

1. Naturaleza de la inscripción del nombramiento de los administradores en el Registro Mercantil

Partimos de la afirmación que la DGRN efectúa en su argumentación: la inscripción del nombramiento de los administradores, así como la del poder general (salvo el poder general para pleitos o para la realización de actos concretos, artículo 94.1.5.º RRM), tiene carácter obligatorio, pero en ningún caso naturaleza constitutiva. Dicha obligatoriedad no significa que la inscripción en el Registro Mercantil deba realizarse con carácter previo a la inscripción en el Registro de Bienes Muebles (como en el caso que motiva este comentario) o en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en el ejercicio de dicha representación.

Ello precisamente puesto que la ley se limita a señalar que «la presentación a la inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación» (215.2 LSC), pero no existe precepto alguno semejante al artículo 383 del Reglamento Hipotecario, en el que la ausencia de publicidad previa de la sociedad en el Registro Mercantil impide que se practique inscripción alguna de aportaciones o adquisiciones por cualquier título a favor de la misma en el Registro de la Propiedad. Aquí sí que se impone legalmente un orden sucesivo de inscripciones, y no en el caso del nombramiento de los administradores sociales,

y ello aunque no tuviera por qué existir un criterio distinto, puesto que la realidad jurídica surge en ambos casos con anterioridad a la inscripción: la designación es eficaz desde que el nombrado acepta el cargo y la sociedad existe y tiene personalidad jurídica desde que se constituye en escritura pública, tal y como demuestran, entre otros, los artículos 33 y 37.1 de la LSC. Simplemente, lo dice la Ley.

Tampoco podemos olvidar que el vigente Reglamento del Registro Mercantil ha suprimido la norma contenida en el artículo 95 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, por la cual se ordenaba la inadmisión en oficina pública de documentos comprensivos de actos sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, sin que se acreditara tal inscripción. Dicha supresión conlleva, como ha señalado la DGRN en diversas ocasiones, que «el incumplimiento de la obligación de inscribir no [afecte] a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad [ya que] tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel administrador» (Resolución de la DGRN de 17 de diciembre de 1997).

Téngase en cuenta además que la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de 16 de diciembre de 2005 aplicó esta doctrina también al liquidador de la sociedad. Ello es lógico, puesto que, al igual que el administrador, el liquidador tiene las facultades previstas en la ley y su cualidad de representante deriva de su nombramiento y aceptación y no de la inscripción en el Registro Mercantil.

Reiterando la misma idea, la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 1998 dijo *«que sin perjuicio de los efectos de la publicidad material del Registro y la propia responsabilidad de los nombrados por no haber procurado la inscripción dentro del plazo que la ley señala, su actuación como tales Administradores desde que aceptaron el cargo y en tanto el mismo esté vigente ha de tenerse por válida, y dentro de esa validez han de incluirse las convocatorias de Juntas generales que a los mismos compete»*. Por tanto, la calificación del registrador en el caso que nos ocupa no es en modo alguno precisa: no es que el nombramiento del administrador no estuviera vigente, sino que no se había acreditado suficientemente la realidad, validez y vigencia de su cargo para desvirtuar así la presunción de exactitud registral. No es un defecto de poder de representación, sino un defecto de acreditación.

También es distinta, según la DGRN, la naturaleza de la inscripción del nombramiento de los administradores de la del consejero delegado. Tradicionalmente suele decirse que inscripción de la delegación reviste naturaleza constitutiva, puesto que «no [producirá] efecto alguno hasta su inscripción en el Registro mercantil» (art. 249.3 de la LSC). Ahora bien, como ponen de relieve muchos autores, que la inscripción del consejero delegado sea constitutiva se compagina mal con el carácter retroactivo que predica el artículo 152 del RRM («inscrita la delega-

ción, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha del nombramiento se retrotraen al momento de su celebración»).

Por tanto, a pesar de la distinción apuntada por la DGRN, quizá las diferencias con el administrador no sean tan claras como en el caso del artículo 383 del RH, y la expresión «no produce efecto alguno» del artículo 249.3 de la LSC se refiera a que no produzca efecto alguno frente a tercero, que por ejemplo pueda negarse a contratar con un consejero no inscrito. Sin embargo, no parece que la falta de inscripción del consejero delegado pueda invocarse por la propia sociedad representada para desvincularse del acto realizado por el mismo, ya que la inscripción en el Registro Mercantil tiene, como regla general, carácter obligatorio y «la falta de inscripción no podrá ser invocada por quien esté obligado a procurarla» (art. 4 RRM).

Esto no parece ser muy distinto del caso del administrador: como alega la parte recurrente en la resolución comentada, la representación del administrador no inscrito existe y es perfectamente válida en el momento de firmar el contrato de resolución del *leasing* y por tanto vincula a la sociedad arrendataria. Lo mismo podría defenderse en el caso del acto realizado por el consejero no inscrito, pero por el momento, dado el tenor literal del artículo 249.3 de la LSC, la voluntad del Centro Directivo es clara a la hora de no aplicar la doctrina sobre la innecesariedad de previa inscripción del administrador al consejero delegado.

Por otro lado, ésta puede resultar una postura prudente si se tiene en cuenta que las facultades del consejero delegado son aquellas que expresamente se le delegan y que deben figurar en la inscripción (o todas las legal y estatutariamente delegables, ex art. 249.1 del RRM), mientras que las facultades del administrador son objeto de publicidad legal y no pueden en ningún caso ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil (arts. 124.4.º y 185.6.º del RRM). Por esta vía de limitación de facultades representativas podría estar justificada la diferencia de criterio respecto del administrador y la mayor utilidad de la inscripción en el caso del consejero delegado.

La Resolución de la DGRN de 23 de julio de 1998 recoge la variante de esta doctrina aplicable a los interventores en la derogada Ley de Suspensión de Pagos. El registrador había señalado como defecto la falta de inscripción de los cargos de los interventores en el Registro Mercantil, pero el Centro Directivo corrigió su calificación señalando que el ejercicio del cargo tan sólo estaba condicionado al nombramiento por el juez y a su toma de posesión previo juramento (art. 4 de la Ley de Suspensión de Pagos), por tanto, negando rotundamente que la inscripción prevista en el entonces artículo 284.5.º del Reglamento del Registro Mercantil, a pesar de ser también obligatoria, tuviera naturaleza constitutiva. Como en el caso de los administradores y, más aún, siendo órganos judiciales auxiliares del juez, se trataba de acreditar «por otros medios», dice la Resolución, que dichas circunstancias tuvieron lugar.

Y es que, a nuestro entender, no debería suscitar controversia alguna la doctrina expuesta si se tiene clara la distinción entre la inscripción obligatoria y la inscripción constitutiva. Volviendo al administrador, el legislador ha considerado suficiente que la inscripción en el Registro Mercantil sea obligatoria, protegiendo así la integridad de su contenido y salvaguardando a su vez los intereses de aquellos terceros que desconozcan la inexactitud registral. El incumplimiento de la obligación legal es sancionado por el ordenamiento jurídico de forma diversa: la sanción puede ser pecuniaria (art. 24.2 del Código de Comercio), puede consistir en la extensión de la responsabilidad personal de la sociedad a sus administradores, liquidadores o simplemente socios (art. 39 de la Ley de Sociedades de Capital), o finalmente en el cierre de los libros del Registro hasta que se cumpla la obligación legal de inscribir (arts. 330.3 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, referentes a la legalización de libros y depósito de cuentas anuales, respectivamente).

Existen también otros supuestos en que dicho incumplimiento no viene acompañado de una sanción, y lo que es indiscutible es que ni el incumplimiento ni la sanción afectan *per se* a la validez civil de los actos llevados a cabo en nombre del sujeto obligado. Y viceversa, la validez civil de los actos no libera tampoco de la obligación legal de inscribir. Y es que no debemos confundir los dos planos en los que nos movemos: por un lado, el ámbito mercantil, cuyas exigencias de agilidad y transparencia imponen que la información de los actores del tráfico conste a disposición de todos los que estén interesados en conocerla (arts. 19, 22 y 23 del Código de Comercio) y, por otro, el ámbito civil que determina los efectos de los actos de comercio, con independencia de que estén o no publicados (arts. 20 y 21 del mismo Código, en relación con los arts. 1300 y siguientes del Código Civil). Planos que son distintos, pero no estancos, pues se enmarcan en el conjunto del ordenamiento jurídico.

2. No es suficiente el juicio de suficiencia: el artículo 98 de la Ley 24/2001 contrarrestado por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria

La doctrina de la DGRN sobre la innecesaridad de pre via inscripción del administrador, pero obligatoriedad de acreditación del nombramiento, viene asentada sobre dos pilares básicos: el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificado por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, y el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. El Centro Directivo comienza su argumentación en la Resolución que comentamos con la obligación legal de los registradores de inscribir los títulos que se ajusten a la legalidad, así como el deber de los notarios de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 98, facilitando la prueba de la representación ante el Registro, sin transcripción íntegra del poder y sus facultades, y siendo la voluntad estricta del legislador impedir a los primeros llevar a cabo un examen más detenido de la existencia y suficiencia del poder. Esta es la regla general que todos conocemos.

Ahora bien, señala la DGRN que la suficiencia del poder no es aquí el tema puesto en cuestión, sino la legalidad y existencia del mismo. Para estos extremos bastaría en efecto la reseña identificativa del documento del que nace la representación, pero sólo acompañado de los datos de inscripción en el Registro Mercantil y eximiendo de cualquier otra prueba, dada la presunción de exactitud y validez de los asientos. Además, debe puntualizarse a efectos prácticos que basta con que el notario afirme que el cargo del administrador actuante figura inscrito en el Registro Mercantil, sin que sea necesario que haga constar los datos de dicha inscripción (Resolución de la DGRN de 15 de febrero de 2003).

No constando inscrito el nombramiento, no basta con la reseña identificativa y el juicio de suficiencia que establece el artículo 98 de la Ley 24/2001, sino que en este caso hay que demostrar que la inscripción podría perfectamente practicarse, acreditando el cumplimiento de los mismos requisitos sustantivos y formales que acreditaríamos al registrador mercantil para solicitar la inscripción, no de los actos realizados por el administrador, sino de su propio nombramiento.

En parecido sentido, y también estando cerrado el Registro por falta de depósito de cuentas, dijo la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 3 de noviembre de 2008 que «la acreditación o cumplida demostración de las facultades representativas de un cargo societario orgánico no puede derivar tan sólo de un juicio de suficiencia formulado tras insertarse una reseña identificativa del documento público en el que figure el apoderamiento y en el que exprese el fedatario que, a su juicio, son suficientes las facultades».

Ahora bien, sí existe un importante matiz práctico respecto al supuesto que nos ocupa y la alegación de imposibilidad de inscribir el nombramiento por el cierre de la hoja de la sociedad en el Registro, y es que en aquel caso el cargo llevaba más de treinta años sin inscribirse. En todo caso, consideraba la AP de Murcia que el tenor del artículo 98.2 de la Ley 24/2001 (la valoración por el notario de las facultades representativas harán fe suficiente por sí solas de la representación acreditada) otorgan potestad exclusiva al fedatario para emitir su juicio de valor respecto de la suficiencia, sin alcanzar nuevamente la validez del nombramiento y excluirlo de la calificación.

Sobre el mismo tema y nuevamente con ocasión del cierre de la hoja por falta de depósito de cuentas (art. 378 RRM), resulta sorprendente la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 2006, que considera que los razonamientos de la DGRN, relativos a la suficiente acreditación de la realidad, validez y vigencia del nombramiento del administrador no inscrito, no pueden ser acogidos, dado que «se amparan en criterios puramente economicistas tendentes a una presunta eficacia y rapidez difícilmente compatibles con la necesaria confianza de la seguridad jurídica, que si bien en determinadas esferas de actuación económica pueden ser acogidos con menor laxitud (y así parece con el Banco

hipotecante, sin duda por la garantía con que contaba), en la esfera de la realidad cotidiana de cualquier ciudadano no puede hacerse dicha interpretación» (Fundamento de Derecho Tercero, penúltimo párrafo).

En todo caso, resulta evidente que la cuestión que se discute no es el juicio de suficiencia de las facultades representativas, juicio que, como dice la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia de Segovia de 25 de julio de 2008, es innecesario cuando se trata de un administrador cuyas facultades se determinan legalmente, ex artículo 209 de la LSC, y no de un apoderado. En el caso de la sentencia no había cierre de folio registral, pero sí incompatibilidad con el cargo que figuraba inscrito: «una cosa», dice la resolución, «es que el cargo de administrador único del otorgante de la escritura no sea necesario inscribirlo para otorgar la escritura y otra muy distinta es que en el Registro mercantil figure inscrito al mismo tiempo el nombre de otro administrador, con una inscripción vigente y sin cancelar, que resultan incompatibles entre sí [...]». Lo expuesto afecta o puede afectar a la capacidad del otorgante y a la validez del acto dispositivo en sí mismo, así como a futuros terceros que se fían de la legalidad y legitimidad de lo que publica el Registro».

3. Supuestos excepcionales de cierre de la hoja registral

Acabamos de ver en la última Resolución traída a colación que a la DGRN le preocupa la confusión que se crea cuando se acredita un nombramiento no inscrito y éste resulta incompatible con otro cargo que aparece vigente en el Registro mercantil. En ocasiones, dicha inexactitud registral parece agravarse por la circunstancia del cierre de la hoja de sociedad. La Resolución de 21 de septiembre de 2001 señaló que el cierre provisional de la hoja registral mercantil de una sociedad por falta de depósito de cuentas (art. 378 del RRM) «desvirtúa la eficacia legitimadora de los asientos en ella contenidos, a efectos de acreditar razonablemente la validez y subsistencia de la representación alegada en el documento». Dicho cierre, a juicio de la DGRN, conlleva que la hoja registral «ya no pueda garantizar por sí sola la subsistencia de la representación orgánica inscrita», lo que también ocurre en sede de apoderamientos (RGRN de 5 de marzo de 2005).

No debe olvidarse que existen excepciones al cierre registral previstas en el artículo reglamentario que incluyen el cese de los administradores y la revocación de poderes, pero no el nombramiento ni la reelección de los primeros, ni el otorgamiento de los segundos. Estas limitaciones hacen más que nunca necesaria la existencia de la doctrina expuesta a lo largo de este artículo, y precisamente por «no ser el poder uno de los asientos que, conforme a dicho precepto, pueden extenderse después de practicado el cierre», dice la Resolución de 2005, «ni siquiera podría entrar en juego la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales del artículo 20 del Código de Comercio».

4. ¿Qué ocurre con la representación voluntaria?

La Dirección General equipara de forma absoluta, a efectos de la doctrina expuesta, el cargo de administrador y el del apoderado general, también sujeto a inscripción obligatoria (art. 94.5 RRM, «en la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente los poderes generales», en relación con el art. 51.9.º del Reglamento Hipotecario, que exige como requisito para la inscripción que se expresen las circunstancias de la representación, entre las cuales se encuentra, cuando proceda, «la inscripción en el Registro correspondiente»).

Así, citamos las Resoluciones de 1 de agosto de 2005, que la aplica «*mutatis mutandi* para los poderes generales que no estén inscritos en el Registro Mercantil [ya que], a pesar de ser obligatoria su inscripción, la ausencia de ésta no puede implicar la invalidez de los actos concluidos por el apoderado», y las de 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003 y 5 de marzo de 2005. Nuevamente, no es necesario inscribir previamente la representación voluntaria debidamente acreditada, puesto que dicha inscripción «no tiene valor constitutivo como requisito para la válida actuación del apoderado en el tráfico, sino sólo como presupuesto de los efectos positivos y negativos de la publicación registral dimanantes de los principios de legitimación, fe pública, oponibilidad y tracto sucesivo, en los términos de los artículos 7 a 11 del RRM» (Resolución de 31 de mayo de 2007).

Con respecto a los subapoderamientos, partimos de que la legitimación del representante o apoderado de las personas físicas (o en casos como el nuestro, de los órganos sociales legítimamente designados de acuerdo con la Ley y normas estatutarias), para actuar en nombre del titular registral, resulta de la identificación del documento en el que dicho titular designa al representante o apoderado para actuar en su nombre y la correspondencia del representado o poderdante con el titular registral. Por esta razón, en casos de sustitución de poderes preciso identificar al poderdante originario en todo caso, y no sólo al apoderado sustituyente (Resoluciones de 11 de junio de 2004, 9 de abril y 19 de julio de 2003), justificando la concatenación de actos hasta llegar al titular registral.

Por tanto, tratándose de un subapoderamiento general que esté también sujeto a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, la ausencia de ésta no impedirá el acceso a otros Registros de lo hecho por el subapoderado, siempre y cuando quede debidamente acreditada la validez y existencia de representación. Ahora bien, tal y como establecen las Resoluciones antes citadas de 2003, no será necesario que el subapoderado justifique la subsistencia del poder del sustituido. La Resolución de 3 de junio de 2003, refiriéndose también a un subapoderado, establece que «la tenencia por el representante del título representativo permite presumir, en principio, su vigencia, sin que el sustituto tenga además que presentar el título correspondiente al poder sustituido».

5. Conclusiones finales

El propio Centro directivo ya era consciente, cuando comenzó a perfilar su doctrina sobre la acreditación de la realidad, validez y vigencia del nombramiento, «de las enormes dificultades prácticas que surgirán» para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (o de Bienes Muebles) los actos otorgados por el administrador de una sociedad con cargo no inscrito en el Registro Mercantil (RRDGRN de 17 de diciembre de 1997, de 3 de febrero de 2001 y de 23 de febrero de 2001). El caso que hemos analizado es una buena muestra de ello y de la necesidad de evitar que las conclusiones de esta doctrina, pensada para no impedir frontal e injustificadamente el tráfico jurídico, se conviertan en una *probatio* diabólica.

En anteriores ocasiones, y concretamente en la Resolución de la DGRN de 1 de agosto de 2005, seguida por la de 21 de septiembre del mismo año, el Centro Directivo reinterpretaba su doctrina a la luz del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Entonces consideró suficiente, para acceder al Registro de la Propiedad, el acto realizado por el administrador no inscrito en el Mercantil, constancia en la escritura de la reseña identificativa y el juicio de suficiencia notarial.

El razonamiento era perfectamente lógico: «hay que preguntarse por qué un negocio jurídico válido, en el caso que nos ocupa la constitución de la hipoteca» (puesto que hemos dicho que el incumplimiento de la obligación de inscribir el cargo representativo no afecta a la validez del negocio jurídico) «deviene ineficaz por razón de la negativa del registrador a inscribir, ya que cualquier otro acto o negocio que no requiera inscripción en el Registro de la Propiedad (p. e., un préstamo sin garantía hipotecaria, una compraventa de bienes muebles, un contrato de arrendamiento, un contrato de suministro...), además de válido sería perfectamente eficaz. Es más, en el caso que nos ocupa, el préstamo de dinero es válido y eficaz, pero la garantía hipotecaria, que es accesoria a la obligación principal, deviene ineficaz por su no inscripción en el Registro de la Propiedad».

Por ello, en el caso allí resuelto consideró la Dirección General que bastaba con que el notario hubiera reseñado correctamente los datos de identificación del documento auténtico del que nacen las facultades representativas, manifestando que el nombramiento del administrador se había elevado a público mediante escritura autorizada por el notario que se identifica, añadiendo la fecha de la misma y el número de protocolo (Fundamento de Derecho 7.º, párrafo 1.º). Nos parece una postura sensiblemente distinta a la de la Resolución de 2014 y más coherente con la finalidad y la «ratio» de la doctrina sobre la innecesaridad de previa inscripción del cargo.

Por otro lado, los detractores de esta doctrina suelen esgrimir dos argumentos principales: el principio de tracto sucesivo y la competencia exclusiva de los

registradores mercantiles para calificar la validez del nombramiento de los administradores. Empezando por la segunda cuestión, estando cerrado el Registro por falta de depósito de cuentas, y por tanto no pudiendo hacer constar en la hoja de la sociedad el nombramiento del administrador, si efectivamente el registrador fuese el único que pudiera «[calificar] la validez, deberíamos concluir, en contra de lo que se establece en el Código de Comercio, que el acto realizado por un administrador no inscrito es inválido» (RDGRN 1 de agosto de 2005). Es el Código de Comercio el que establece, en sus artículos 20 y 21, las únicas consecuencias de la no inscripción, que son los aspectos positivos y negativos de la publicidad material, tal y como esgrimía el notario recurrente: el acto o contrato inscrito se presume conocido de todos, mientras que el acto o contrato sujeto a inscripción, pero no inscrito, no se puede hacer valer frente a tercero en tanto no se pruebe que lo conocía.

El registrador mercantil es el funcionario con competencia para apreciar si el acto sujeto a inscripción obligatoria puede o no acceder a los libros registrales, de conformidad con los medios legales que el ordenamiento pone, en principio, sólo a su alcance. Así, es quien comprueba que el acto inscribible es compatible con el contenido del Registro (art. 104.2 del RRM) y con los asientos de presentación pendientes de despacho, así como si existe en el índice de incapacitados inhabilitación en el nombrado (art. 61 bis del mismo Reglamento). Ello no obstante, resulta de vital importancia contrastarlo con la Resolución antes citada de 2005: en ella, la Dirección General no duda en tildar de inadmisibles que sean los registradores mercantiles, o en defecto de inscripción los registradores de la propiedad, los que únicamente pueden calificar la validez y regularidad de los nombramientos de los administradores (representación orgánica) o el otorgamiento de los poderes generales (representación voluntaria). Dicha calificación corresponde al «notario autorizante tanto de la escritura de elevación a público del acuerdo de nombramiento o del otorgamiento de poderes generales como [...] el notario autorizante de la escritura que contenga lo actuado por el administrador (o apoderado con facultades generales) no inscrito».

Por tanto, si es el notario el competente para apreciar la validez del nombramiento, mucho más lógica es la solución que brinda la Resolución de 21 de septiembre de 2005, y que a su vez coincide con la postura y argumentos del notario recurrente en la reciente Resolución de 2014 que nos ocupa. En aquella ocasión se trataba de un gerente, y la DGRN consideró plenamente acreditada la representación de la sociedad por constar su nombramiento y facultades en escritura pública que el notario tenía a la vista.

¿Qué ocurre con el principio de tracto sucesivo? El artículo 11.3 del RRM advierte que para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos. Ahora bien, la RDGRN de 4 de junio de 1998 (Fundamento de Derecho 3.º) declara abiertamente que dicho

principio no es obstáculo para la doctrina expuesta, ya que «limita sus efectos al ámbito exclusivamente registral, como presupuesto para la práctica de los asientos, pero no al sustantivo, en cuanto a requisito de validez de los actos».

En todo caso, estos argumentos sirven para poner de relieve que, si bien no puede negarse la inscripción de actos y contratos perfectamente válidos y eficaces, en virtud de exigencias no previstas legalmente, lo que tampoco es deseable es que las sociedades que incumplan sistemáticamente las obligaciones legales impuestas por el legislador actúen con absoluta fluidez en el tráfico jurídico. Piénsese en sociedades disueltas de pleno de derecho desde hace décadas, como en ocasiones se ha planteado, y en las que la falta absoluta de diligencia de los interesados en dicha sociedad en el cumplimiento de las obligaciones previstas conllevaría primero su necesaria puesta al día con relación a diferentes agentes jurídicos, empezando por Hacienda. No es éste, sin embargo, el supuesto contemplado en nuestra Resolución, en el que la adecuada acreditación de la vigencia del cargo representativo debe desvirtuar con toda lógica la inexactitud registral, más aún cuando no se puede cumplir debidamente las obligaciones legales hasta que no cese la situación de cierre registral, la cual puede venir motivada por distintas circunstancias que no tienen por qué paralizar la vida jurídica de la sociedad.

*(Trabajo recibido el 25/4/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)*

LA FECHA DEL DEPÓSITO Y DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES Y EL AUMENTO DE CAPITAL MEDIANTE APORTACIONES DINERARIAS. ¿ILEGALIDAD DEL ART. 189 RRM? (COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2013, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)

RAFAEL MORALES GORDILLO

Notario

RESUMEN

El principio de integridad del capital social exige que se acredite mediante certificación bancaria la realidad de las aportaciones dinerarias que se efectúen como contravalor al capital social en la constitución o aumento del capital. La certificación bancaria tiene una vigencia de dos meses. Y estando vigente la certificación y aunque el depósito sea anterior en más de dos meses a la fecha de la escritura pública, lo relevante es que pueda deducirse inequívocamente la imposición y su finalidad, ya que el artículo 189 RRM ha de ser interpretado con arreglo al artículo 62 TRLSC. Por tanto, si la certificación bancaria es de menos de dos meses, aunque el depósito sea anterior a dichos dos meses, cabe indicar en la certificación la finalidad de la imposición, produciéndose una renovación del depósito que se efectuó en su día y computándose el plazo desde la fecha de la certificación, siempre que no exista un «extraordinario desfase temporal».

Palabras clave: Constitución de sociedad, aportación dineraria, depósito bancario, renovación del depósito bancario, fecha certificación bancaria.

**THE DATE OF THE DEPOSIT AND THE CERTIFICATE
OF DEPOSIT IN FOUNDING COMPANIES
AND CAPITAL INCREASE BY MEANS
OF MONETARY CONTRIBUTIONS.
IS COMMERCIAL REGISTRY REGULATION ART. 189
ILLEGAL? (COMMENTARY ON RULING DATED 7
NOVEMBER, 2013, FROM THE GENERAL
DIRECTORATE OF REGISTERS AND NOTARIES
PUBLIC)**

ABSTRACT

The share capital integrity principal requires that the actuality of monetary contributions made in exchange for share capital in the establishment or increase of capital be accredited by means of a bank certification. This bank certification is valid for two months. The certification being valid, and even if the deposit was made more than two months before the date of the public deed, what is relevant is that the deposit and its purpose can be unequivocally deducted, given that Commercial Registry Regulation article 189 must be interpreted under Share Capital Law Redacted Text article 62. As such, if the bank certification is less than two months old, even if the deposit was made before said two months, the purpose of the deposit should be indicated on the certification, renewing the deposit made at that time, and computing the timeframe as of the date of the certification, given that no “extraordinary time lapse” exists.

Keywords: Company foundation, non-monetary contribution, bank deposit, date, bank certification.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO.—II. COMENTARIO. 1. El principio de la integridad del capital social y la realidad de las aportaciones dinerarias. 2. El artículo 189 del Reglamento del Registro Mercantil. 3. Conclusiones.

I. SUPUESTO DE HECHO

El presente comentario tiene por objeto el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Lugo a inscribir una escritura de aumento del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada en la que en el justificante del ingreso en la cuenta de la sociedad, aunque lleva fecha corriente, posterior al acuerdo y anterior a la escritura, se expresa que el mismo se efectuó casi seis meses antes, tanto de la escritura como del acuerdo. Dicho recurso dio lugar a la Resolución de 7 de noviembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los hechos son los siguientes:

- i) Mediante escritura autorizada el día 14 de marzo de 2013 por el notario de Foz, don Francisco Manuel Mariño Pardo, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la Junta general universal de la sociedad «Vilamea, S. L.», celebrada el día 1 de marzo de 2013, por los cuales se aumenta el capital social en diez mil euros mediante creación de diez mil nuevas participaciones sociales que son desembolsadas mediante aportaciones dinerarias cuya realidad se acredita con certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito. Dicha certificación está expedida el día 11 de marzo de 2013 y expresa que se han realizado en la cuenta cuyo número se detalla de titularidad de la citada sociedad, «en concepto de ampliación capital social», sendos ingresos de cinco mil euros por las dos personas cuyo nombre y apellidos se indican, añadiendo que se han realizado el día 24 de septiembre de 2012.
- ii) La registradora califica negativamente y se suspende la inscripción solicitada por ser las fechas de los depósitos bancarios (24 de septiembre

de 2012) de las correspondientes cantidades aportadas a la ampliación del capital social, a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, anteriores en más de dos meses a la fecha de otorgamiento de la escritura (14 de marzo de 2013) y del acuerdo de aumento del capital social (1 de marzo de 2013). En apoyo de su calificación, la registradora cita los artículos 132 y 189 del R. R. M., el artículo 62 de la L. S. C., así como las Resoluciones de la DGRN de 26 de febrero de 2000 y del 11 de abril de 2005.

- iii) El notario autorizante recur re alegando la misma Resolución de 11 de abril de 2005, que lo que exige es que *«pueda deducirse de manera inequívoca el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición»*, por entender que cumple dicha condición una certificación que indique *«la entidad de crédito receptora de los fondos, la denominación de la sociedad con indicación que está en trámite de constitución, la finalidad de la imposición, el importe de las cantidades aportadas, la identidad de los aportantes y la fecha de la certificación»*. Todo ello implica que, al margen de la fecha del depósito, y conste ésta o no en la certificación, la fecha que se debe tener en cuenta es la de la certificación expedida.
- iv) La DGRN, con un acertado criterio, revoca la nota de calificación.

II. COMENTARIO

1. El principio de la integridad del capital social y la realidad de las aportaciones dinerarias

Existe un principio básico de nuestra moderna legislación societaria que se ha venido manteniendo sin interrupción desde el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, hasta la vigente Ley de Sociedades de Capital, que no es otro que el de la integridad del capital social de tales entidades. A hacer efectivo dicho principio contribuye de manera esencial la acreditación de la realidad de las aportaciones dinerarias que se efectúan como contravalor del capital social.

Por ello y en aras del mayor rigor para asegurar la consistencia del capital social, el legislador societario ha establecido la necesidad de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias, exigiendo que a la escritura de constitución de sociedad, aumento de capital o desembolso de dividendos pasivos se incorpore certificación justificativa del depósito de las sumas dinerarias en una entidad de crédito a nombre de la sociedad, o bien, en caso de recepción por el notario de dichas sumas, se haga constar el depósito de las mismas a nombre de aquélla,

debiendo quedar la oportuna constancia documental, según el sistema elegido, en los términos previstos en el artículo 62.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Durante la vigencia de los artículos 40.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y 132.1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, que no contenían previsión alguna sobre la fecha del depósito dinerario ni del documento bancario justificativo del mismo, la Dirección General de los Registros y del Notariado consideró inadecuadas certificaciones bancarias que, por no expresar suficientemente la finalidad del ingreso o por revelar un considerable desfase temporal entre la fecha de los ingresos y la de la constitución de la sociedad o la del acuerdo de aumento del capital social, no podían satisfacer razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social (Resoluciones de 3 de diciembre de 1992, 23 de noviembre de 1995 y 23 de enero y 24 de febrero de 1997). Y esta doctrina fue confirmada por la Resolución de 26 de febrero de 2000 respecto de una sociedad anónima, en un supuesto en que se incorporaron certificaciones bancarias del desembolso de las aportaciones dinerarias que se refieren a fechas anteriores en más de dos meses al acuerdo de aumento de capital, *«habida cuenta de lo establecido en el artículo 132 del Reglamento del Registro Mercantil [de 1996], que, a diferencia de lo dispuesto en el mismo artículo del Reglamento de 1989 —vigente en los supuestos de las referidas Resoluciones—, establece que la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la del acuerdo de aumento del capital»*.

Posteriormente, el artículo 19.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, fijó un plazo de dos meses para la vigencia de la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito y añadió que, durante este período de vigencia, la cancelación del depósito por quien lo hubiera constituido e exigirá la previa devolución de dicha certificación a la entidad de crédito emisora.

Este es el sistema que mantiene el vigente artículo 62 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que, al haber dispuesto el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996 también respecto de las sociedades de responsabilidad limitada que «... la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital», es necesario para resolver la cuestión planteada determinar cuál debe ser la interpretación correcta de esta norma reglamentaria.

2. El artículo 189 del Reglamento del Registro Mercantil

El precepto reglamentario objeto de análisis establece lo siguiente: *«Cuando la aportación fuese dineraria, en la escritura de constitución o de aumento del capital, el notario dará fe de que se le ha exhibido y entregado la certificación*

del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el notario incorporará a la escritura. A estos efectos la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital».

Sin embargo, pese a su tenor literal y dada la redacción actual del artículo 62 de la Ley de Sociedad de Capital, que es norma posterior de rango legal, su interpretación actualmente ha de partir de las consideraciones expuestas por la DG en la ya citada Resolución de 11 de abril de 2005, según la cual, al establecer este plazo el legislador, lo que pretendió fue evitar que se consideren adecuadas para acreditar los desembolsos de las aportaciones dinerarias *«certificaciones bancarias de ingresos que por su fecha pueden obedecer razonablemente a motivos diferentes de la efectiva integridad del capital social. En efecto, lo importante del depósito es que realmente se efectúe y que esté a disposición de la sociedad cuando menos dos meses antes a la fecha de la constitución o ampliación de capital. Será por tanto la fecha de la certificación la que de modo efectivo acredite la aportación dineraria siempre y cuando pueda deducirse de manera inequívoca el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición. Ello evita que por un posible retraso en la formalización de la escritura de constitución el aportante que efectuó su aportación tenga que volver a realizar el depósito con idéntica finalidad. Dicho de otro modo, la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día, computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación».*

Este criterio debe ser mantenido también aun en el caso como el presente en el que —a diferencia del resuelto por la citada Resolución de 2005— se expresa en la certificación bancaria la fecha del ingreso, ésta es anterior en más de dos meses a la fecha del acuerdo y se trata de una certificación todavía vigente que contiene los demás requisitos indicativos del desembolso de la aportación dineraria, especialmente la finalidad de ésta respecto del aumento del capital de que se trata. En efecto, la vigencia de la certificación asegura que las cantidades ingresadas anteriormente permanecen depositadas en la cuenta a nombre de la sociedad. De este modo, la interpretación de la norma reglamentaria objeto de debate debe ajustarse tanto a la letra como a la «ratio» de la norma de superior rango, según lo que ha quedado expuesto, por lo que debe concluirse que «la fecha del depósito» a la que se refiere el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil no es la fecha del ingreso de las cantidades depositadas, sino la fecha en que se acredita la permanencia del depósito, que no es otra que la fecha de expedición de dicha certificación.

A mayor abundamiento, esta interpretación se aviene bien a la necesidad de evitar la reiteración de actos o trámites formales que nada añaden para hacer efectivas las garantías que la norma legal pretende asegurar (debe evitarse que para documentar un acuerdo social como el debatido tuvieran que ser retiradas las

cantidades depositadas para obtener una nueva certificación en la que —como aconteció en el supuesto de la Resolución de 11 de abril de 2005— no conste la fecha del ingreso o en la que, previa repetición del ingreso de las cantidades retiradas, se especifique una fecha más reciente).

Y es que la labor del notario y del registrador y la interpretación que de los textos legales hacen en el ejercicio de sus funciones han de ir de la mano de aquello que sea necesario para controlar la legalidad y dar certeza, celeridad y seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Se trata de realizar un control de legalidad integrador, de doble filtro, que no debe perder nunca de vista la finalidad básica a la que está orientada la norma que se interpreta, en este caso la integridad del capital social protegiendo los intereses de la sociedad, de los socios y de los terceros. Es por ello que resulta conveniente interpretar el RRM de manera que no limite la libertad de empresa y la libertad contractual restringiendo la autonomía privada e imponiendo costes innecesarios a las empresas y huir por tanto de cualquier exégesis que implique una burocratización de ciertas operaciones (muy frecuentes además, como la constitución o el aumento de capital social mediante aportaciones dinerarias), cuando dicha interpretación no aporta nada de lo que el ciudadano busca y espera de nuestro sistema, que no es otra cosa que rapidez, seguridad y legalidad. Ninguna es nada sin las otras y en este caso concreto la integridad del capital social queda incólume.

Por todo ello, entendemos que la DGRN, con buen criterio, en la resolución que nos ocupa, realiza una interpretación del artículo 189.1 RRM contraria a su tenor literal, salvando así la posible ilegalidad de éste, entendiendo que la fecha que se debe tener en cuenta es la de la certificación expedida y lo relevante es que pueda deducirse de manera inequívoca el ingreso efectivo en la entidad de crédito y la finalidad de la imposición, esto es, que se indique *«la entidad de crédito receptora de los fondos, la denominación de la sociedad con indicación que está en trámite de constitución, la finalidad de la imposición, el importe de las cantidades aportadas, la identidad de los aportantes y la fecha de la certificación»*.

3. Conclusiones

De la resolución objeto de comentario podemos extraer las siguientes conclusiones acerca de cuáles serían las características que un certificado bancario de ingreso debe tener para que sirva como justificante del desembolso del capital social, si del mismo resulta que el efectivo depósito de las cantidades correspondientes se hizo antes de los dos meses del acuerdo del aumento:

- La fecha que debe servir de referencia a los efectos de la fecha del certificado debe ser la del acuerdo y no la de la escritura.

- Si el certificado bancario, o el efectivo depósito si se expresa su fecha, tiene menos de dos meses de antigüedad a la fecha del acuerdo, creemos que no son necesarios más requisitos. Es decir, no será necesario que conste que el ingreso es para aumento del capital social y tampoco es necesario que el ingreso provenga del socio, pues es posible que el socio haga la entrega al administrador y éste efectúe el efectivo ingreso.
- Si no consta fecha del ingreso efectivo en el certificado y sólo la fecha de éste, a esta fecha deberá estarse. Es decir, que no es exigible que se certifique sobre la fecha en que tuvo lugar el ingreso.
- Si el certificado es de menos de dos meses de antigüedad, pero en dicho certificado consta que el depósito se hizo en fecha anterior a esos dos meses, entonces parece que para que ese certificado sea admisible para justificar el desembolso del capital en un aumento dinerario, debe constar en el certificado que el ingreso se hizo efectivamente para el desembolso del capital y la persona que hace el ingreso, la cual debe coincidir con la persona del socio suscriptor de las acciones o participaciones. Es decir, como expresa la DG, *«la entidad bancaria, al certificar, renueva el depósito que fue efectuado en su día, computándose desde esta fecha el plazo de 2 meses previsto para la vigencia de la certificación»*. Por tanto, en este caso, debe poder deducirse de la certificación que las cantidades ingresadas están a la fecha de la certificación en la cuenta de la sociedad.
- No obstante todo lo dicho y la flexibilidad mostrada por la DG en esta materia, parece que, si el desfase temporal entre la fecha de los ingresos y la de la constitución de la sociedad o la del acuerdo de aumento del capital social es muy considerable, dichos ingresos, en palabras de la propia DG, *«no pueden satisfacer razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social»*. Lo difícil y complicado será saber, a la hora de otorgar la correspondiente escritura de elevación a público del aumento o en vía de calificación registral, cuándo existe o no ese desfase temporal «considerable».

En este punto, la resolución se refiere a otras anteriores que no admitieron certificaciones en las que no se expresaba *«suficientemente la finalidad del ingreso o por revelar un considerable desfase temporal entre la fecha de los ingresos y la de la constitución de la sociedad o la del acuerdo de aumento del capital social, en la medida que no podían satisfacer razonablemente el objetivo perseguido por el legislador de garantizar la integridad del capital social»*. Pero lo cierto es que resulta complejo dar certeza utilizando el término «considerable», al tratarse de un concepto jurídico muy amplio e indeterminado susceptible de interpretación tanto por notarios como por registradores.

Pese a todo, creemos que la solución puede inferirse de la propia resolución de 7 de noviembre de 2013, pues distingue entre justificar el ingreso y acreditar el depósito al señalar que: *«la fecha del depósito» a la que se refiere el artículo 189.1 del Reglamento del Registro Mercantil no es la fecha del ingreso de las cantidades depositadas, sino la fecha en que se acredita la permanencia del depósito, que no es otra que la fecha de expedición de dicha certificación*. Por tanto, en supuestos en los que haya transcurrido dicho tiempo «considerable» entre el ingreso en la cuenta bancaria de la sociedad receptora de los fondos y el acuerdo de ampliación de capital o constitución de la sociedad, la solución pasa por solicitar al banco que deba expedir la certificación que, en lugar de certificar la fecha de imposición, certifique que los fondos ingresados en su día para la ampliación de capital o la constitución de la sociedad siguen depositados en la cuenta abierta a la sociedad.

- Finalmente, si tanto la fecha del certificado, como lógicamente la del ingreso efectivo, son de una antigüedad superior a dos meses de la fecha del acuerdo, dicho certificado no servirá como justificante del desembolso del capital en la constitución o en el aumento.

En conclusión, a nuestro juicio, a pesar de todo lo expuesto acerca de la doctrina de la DG, que se apoya además en la misma resolución que la registradora consideraba que avalaba su nota, la misma debe ser objeto de una aplicación restrictiva y cautelosa para evitar, dado que el dinero es un bien fungible, que pudiera servir cualquier tipo de ingreso a nombre de la sociedad proveniente de un socio para acreditar el efectivo desembolso del capital en la constitución de la sociedad o en el aumento de su capital social. Además, no debe olvidarse un segundo límite que resulta del derecho a la restitución de las aportaciones reconocido en la Ley de Sociedades de Capital, dado que el artículo 316 de la misma dispone que *«cuando hubieran transcurrido seis meses desde la apertura del plazo para el ejercicio de derecho de preferencia sin que se hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento del capital, quienes hubieran asumido las nuevas participaciones sociales o los suscriptores de las nuevas acciones podrán pedir la resolución de la obligación de aportar y exigir la restitución de las aportaciones realizadas»*. Y añade, *«si la falta de presentación de los documentos a inscripción fuere imputable a la sociedad, podrán exigir también el interés legal»*.

*(Trabajo recibido el 6/5/2014
y aceptado para su publicación el 24/6/2014)*

USUCAPIÓN DE ACCIONES Y NEGOCIOS FIDUCIARIOS. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE OCTUBRE DE 2013

JOSÉ GASCUÑANA VILLASEÑOR
Notario

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo estudia determinados aspectos relativos a la usucapión de acciones de una sociedad anónima que tiene su origen en un negocio fiduciario. También se analiza cómo juega la posesión compartida de las acciones, necesaria para que se puedan usucapir. Por otro lado, en nuestro comentario se analizan otros aspectos, como son: si la prescripción adquisitiva es de carácter ordinario o extraordinario; cómo afecta el negocio fiduciario a las adquisiciones y, por último, si sería posible usucapir participaciones sociales de sociedades de responsabilidad limitada.

Palabras clave: Fiducia, *cum creditore*, usucapión acciones, usucapión participaciones, negocio fiduciario, prescripción adquisitiva.

USUCAPTION OF SHARES AND FIDUCIARY BUSINESS. À PROPOS OF THE SUPREME COURT JUDGEMENT DATED OCTOBER 30TH, 2013

ABSTRACT

The Supreme Court Judgement studies certain aspects relating to the usucaption of shares in a limited liability company arising out of a fiduciary business. It also analyses the effect of joint possession of the shares, a necessary circumstance for their usucaption. On the other hand, our comment analyses other aspects, such as: whether acquisitive prescription is ordinary or extraordinary in nature; how fiduciary business affects acquisi-

JOSÉ GASCUÑANA VILLASEÑOR

tions; and, finally, whether it would be possible to apply usucaption to stock certificates in limited liability partnerships.

Keywords: *Fiducia cum creditore*, usucaption of shares, usucaption of stock certificates, fiduciary business, acquisitive prescription

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO.—II. RELACIÓN ENTRE EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA USUCAPIÓN.—III. POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES.

I. SUPUESTO DE HECHO

Para el adecuado estudio de las distintas materias que se plantean en la presente sentencia consideramos pertinente hacer un breve resumen de las circunstancias que motivan la misma.

Don Carlos Daniel está casado con doña Nieves bajo el régimen legal de sociedad de gananciales y en el patrimonio ganancial existen unas acciones de la sociedad Casino de Juego Gran Madrid, SA.

En 1982 se procede al cambio de dicho régimen por el de separación de bienes, para lo cual se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales. En el año 1983 se presentó por don Carlos Daniel demanda de divorcio toda vez que la convivencia entre ambos esposos había cesado desde 1979, consintiendo dicho divorcio la esposa y dándose validez a la escritura de capitulaciones matrimoniales como medio de liquidación del régimen económico conyugal.

En dicha escritura de capitulaciones matrimoniales se adjudicaron a doña Nieves determinados bienes y derechos, pero en el activo de la sociedad de gananciales no se hizo constar la existencia de las acciones del Casino de Juego Gran Madrid, SA y, por tanto, ninguna disposición se hizo en capitulaciones sobre tales títulos.

Posteriormente, don Carlos Daniel contrae matrimonio con doña Flora y fallece en 2008 sin testar. Tras la muerte de éste, doña Nieves reclama a doña Flora y los herederos de don Carlos Daniel la mitad de la acciones.

En 1982, antes del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, don Carlos Daniel transmitió a don Amadeo (a la sazón, su cuñado) las acciones arriba mencionadas en garantía de la devolución de un préstamo, pactándose

que al término del contrato y después de la devolución del importe del préstamo, don Amadeo se comprometía a la transmisión de las citadas acciones, ello en virtud de operación formalizada en 1987 ante agente de Cambio y Bolsa una vez divorciados doña Nieves y don Carlos Daniel. Dicha operación se desvela en un acta de manifestaciones de fecha anterior al fallecimiento de don Carlos Daniel, en la que ambos así lo declaran.

El Supremo entiende que quedó consumada la usucapión por el transcurso de seis años, contados desde la fecha de la transmisión de las acciones a don Carlos Daniel, casado ya con doña Flora bajo el régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, por lo que se produjo la prescripción adquisitiva a favor de ésta respecto de tales acciones. Es por ello que tales títulos no pueden ser reclamados por doña Nieves.

Entendemos que deben estudiarse una serie de aspectos: algunos analizados en la propia sentencia del Tribunal Supremo y otros que resultan interesantes desde un punto de vista práctico.

II. RELACIÓN ENTRE EL NEGOCIO FIDUCIARIO Y LA USUCAPIÓN

Nuestro estudio debe comenzar con un breve resumen sobre las tres teorías tradicionalmente defendidas sobre los negocios fiduciarios y sus efectos, sobre todo en cuanto a las relaciones con los terceros adquirentes de fiduciario.

- La teoría del *doble efecto*, según la cual se entiende que en todo negocio fiduciario existen dos negocios: uno de carácter real que transmite la propiedad de una cosa y en virtud del cual el fiduciario se convierte en dueño de la misma y otro de carácter obligacional mediante el que el fiduciario se obliga a devolver el bien al fiduciante cuando se cumpla la finalidad perseguida por ambos.

La consecuencia es que el fiduciario es considerado como propietario pleno, con una serie de consecuencias importantes que más tarde se analizarán.

- La teoría de la *propiedad bifronte*, que atribuye la propiedad material al fiduciante mientras que la formal en el tráfico corresponde al fiduciario.
- La teoría de la *titularidad fiduciaria*, que defiende que la titularidad del fiduciario no descansa en un negocio de carácter real, sino en el pacto fiduciario subyacente.

El fiduciario no tendrá entonces más que un mero derecho de retención sin poseer la cosa en concepto de dueño, no obstante lo cual la protección de la apariencia jurídica frente a terceros puede dar lugar a efectos de trascendencia real.

Una vez expuesto lo anterior, debemos estudiar las tesis sobre la figura de la fiducia sostenida por el Alto Tribunal, órgano que, en sentencia de 26 de abril de 2001, señalaba que las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica podían resumirse así:

- Primero: la transmisión en garantía es un negocio fiduciario del tipo de la fiducia «cum creditore» mediante el cual el fiduciante transmite la propiedad formal. Y ello con el riesgo de que, al adquirirla el fiduciario, figurando como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez. Por ello, los adquirentes del fiduciario se encuentran protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.
- Segundo: el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y asegurando así al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.
- Tercero: el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia, así por tanto el pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.
- Cuarto: la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.
- Quinto: el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, con la ventaja de contar ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.
- Sexto: la transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía», es un negocio jurídico en el cual, por modo indirecto y generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Expuestas las distintas teorías, analicemos distintos aspectos de la sentencia.

En primer lugar, el Tribunal Supremo entiende que, desde la transmisión que se produce en 1987, es decir, la que realiza don Amadeo a favor de don Carlos Daniel, comienza la prescripción adquisitiva de las acciones, consumándose ésta una vez transcurrido el plazo de seis años.

Resulta llamativo que el Alto Tribunal resuelva sin distinguir si se trata de una prescripción ordinaria o extraordinaria, sino de la manera más sencilla, es decir, entendiendo que se trata de una prescripción extraordinaria que implica, como sabemos, un menor número de requisitos.

Ahora bien, podríamos preguntarnos qué sucedería si, en vez de haber transcurrido seis años, hubieran sido sólo cuatro: ¿cabría entender que ha existido usucapión ordinaria?

Para responder a esta pregunta debe ponerse en relación la usucapión con las distintas teorías de la fiducia antes analizadas.

Para que se produzca la prescripción adquisitiva son necesarios dos requisitos fundamentales: posesión y transcurso del tiempo. Sin embargo, para que esta prescripción sea ordinaria y, por tanto, pueda beneficiarse de unos plazos más breves deben concurrir además otros dos: la buena fe y el justo título.

Dependiendo de que seamos partidarios de una u otra tesis en relación con la fiducia, se producen unos resultados completamente distintos.

Así, basándonos en la *teoría del doble efecto*, se produciría una verdadera adquisición por parte del fiduciario, que se convertiría por tanto en dueño.

Esto sería de suma importancia en materia de prescripción, ya que una vez que se transmite el bien (las acciones en el presente caso), doña Flora, que no era el fiduciante, adquiere de un verdadero dueño y, por tanto, no tendría obligación de prescribir, sino que tendría una titularidad en principio plena desde el momento de la transmisión. Todo ello si entendemos que ella es un tercero en la relación fiduciaria.

Si consideramos, como parece entender el propio Tribunal Supremo, que en realidad la fiducia no atribuye al fiduciario más que una *titularidad formal*, en realidad éste no es el verdadero dueño, sino que el dueño real sería el fiduciante.

En materia de prescripción, tradicionalmente se entiende que el justo título es el hecho que sirve de causa a la posesión y, por tanto, a la adquisición de la pro-

piedad. Por tanto, puede ser, por ejemplo, una *traditio* acompañada de una *iusta causa traditionis*, pero que no ha llegado a transferir el dominio porque el tradente no era verdadero dueño de la cosa.

Una vez hechas estas consideraciones podríamos entender que doña Flora, al adquirir de un no dueño real, sino únicamente formal, tiene justo título.

Ahora bien, respecto a la existencia de buena fe, el artículo 1950 del Código Civil exige que para que el poseedor pueda ser de esta condición es necesario que *«tenga la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitirla»*.

Debemos plantearnos, por tanto, si es sostenible que doña Flora no tuviera conocimiento de que la transmisión de las acciones efectuada en 1987 se producía en realidad como consecuencia de un negocio fiduciario. No parece razonable que no tuviera conocimiento de ello, toda vez que son acciones que previamente pertenecían a su esposo y fueron adquiridas durante su primer matrimonio.

La buena fe exige un cierto comportamiento diligente que implica al menos buscar el motivo de la transmisión a su favor realizada. Como se dice en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2011 y que es objeto de recurso ante el Supremo, *«no parece que en modo alguno se produce un desplazamiento patrimonial en ninguna de las compraventas y palmariamente no se produce el desplazamiento patrimonial en la retroventa de las acciones del Casino producidas supuestamente en el año 1987»*.

No podemos, por tanto, entender que exista buena fe y, en consecuencia, debemos entender aplicables al presente caso los plazos de la prescripción adquisitiva extraordinaria, si bien echamos de menos un adecuado estudio por el Alto Tribunal de las circunstancias de la misma sin limitarse a darla por supuesto.

Resulta llamativo en la sentencia de la precitada Audiencia Provincial que, como señala el Supremo acertadamente, se obvie la realidad de la posesión compartida, negándose en consecuencia la prescripción. Así, la Audiencia Provincial de Madrid señala que, puesto que la transmisión efectuada en 1987 no es una verdadera compraventa, en realidad, la posesión de don Carlos Daniel sigue siendo la misma que la que ostentaba al inicio de negocio, ya que don Amadeo nunca llegó a ser verdadero dueño.

No se analiza, por tanto, la posesión de doña Flora, quien, previo a la transmisión efectuada en 1987, no gozaba de ningún tipo de posesión. Sin embargo, una vez producida, como quiera que ésta comienza, ¿sería una posesión en concepto de dueño que serviría entonces para la prescripción adquisitiva?

No parece razonable entender que, tanto si tenía conocimiento de que se trataba de una transmisión basada en un negocio fiduciario, como en caso contrario, la voluntad posesoria fuera la de una mera detentación, sino que más bien iba revestida de un verdadero *animus dominii*.

Quizá podríamos plantear, aunque excede del estudio de la presente sentencia, los efectos del acta de manifestaciones, en el que se desvela todo el negocio fiduciario, ya que tradicionalmente se ha discutido si la escritura de reconocimiento de dominio era título hábil para transmitir. Señalar simplemente que la propia Dirección de Registros y del Notariado y precisamente en Resolución relativa a una transmisión fiduciaria, reconoce eficacia a esta última, si bien con ciertas cautelas (RDG de 6 de julio de 2006).

III. POSIBILIDAD DE USUCAPIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES

La sentencia del Tribunal Supremo analiza la usucapión de las acciones, siendo éstas documentadas y, por tanto, incorporadas a un título. Se plantea, por tanto, otra cuestión interesante: la posibilidad de usucapión de participaciones sociales.

Tradicionalmente se consideraba que no son susceptibles de usucapión todos aquellos derechos de naturaleza inmaterial, ya que respecto de éstos no es posible la posesión puesto que carecen de un sustento físico que permita la misma. Ahora bien, este principio no puede entenderse en términos absolutos.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de los derechos de propiedad industrial. Si bien es cierto que, en el caso de patentes, éstas se adquieren originariamente por medio de un expediente administrativo, tal y como se regula en los artículos 21 y siguientes de la ley 11/1986, de 20 de marzo, el artículo 12 de la misma ley regula la extinción de la acción reivindicatoria (en este caso, dos años, a contar desde la publicación de la patente), por lo que parece razonable entender que, una vez expirado dicho plazo, se consolida por medio de la prescripción la adquisición de aquella persona que no está legitimada para adquirirla.

Otra razón de peso sería el propio artículo 1936 del Código Civil, que señala que: «*Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*».

En una interpretación lógica del mismo, puesto que las participaciones sociales son susceptibles de tráfico jurídico, serán susceptibles de prescripción.

Quizá los mayores problemas se plantearían en cuanto a cómo se exterioriza dicha posesión en concepto de dueño.

El artículo 1941 del Código Civil nos dice que *«la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida»*. Nos planteamos por ello si una adquisición de participaciones sociales a quien no es dueño, realizada por una persona con buena fe e inscrita en el libro-registro de socios, podría implicar una adquisición por usucapión de dichas participaciones.

Parece razonable que se pueda defender, ya que si bien es cierto que la inscripción de las participaciones sociales en el libro-registro de socios no tiene carácter constitutivo, no es menos cierto que parece que se cumplen en el supuesto teórico que planteamos los requisitos ordinarios relativos a la posesión y que precisamente a través de esa inscripción en el libro-registro se exterioriza la misma, al menos en cuanto a los socios y la propia sociedad.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos defender que sería posible la usucapión de participaciones sociales. Ahora bien, ¿sería posible la aplicación de los plazos de la posesión de los bienes muebles para que se produzca dicha adquisición?

No contienen el Código Civil y la Ley de Sociedades de Capital mención alguna en cuanto a su consideración como bienes muebles. Tan sólo el artículo 92 de la Ley de Sociedades de Capital señala que *«las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones y en ningún caso tendrán el carácter de valores»*. Ahora bien, tampoco se hace referencia a las acciones en cuanto a que se traten de bienes muebles, limitándose el artículo 92 a decir que *«las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios»*. Es importante tener en cuenta que el concepto de valores mobiliarios no es el de bienes muebles.

Podríamos señalar, en cuanto al derecho comparado, que en el derecho venezolano, en el artículo 533 de su Código Civil, se señala que: *«Son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley los derechos, las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles; y las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles. En este último caso, dichas acciones o cuotas de participación se reputarán muebles hasta que termine la liquidación de la sociedad»*.

En la sentencia analizada, el Tribunal Supremo admite la usucapión de acciones, aplicando el régimen relativo a los bienes muebles, puesto que se establece el plazo máximo de seis años para que ésta se produzca. Por tanto, si el Tribunal Supremo aplica este régimen a las acciones, que no se definen en la ley como bienes muebles, entendemos que no existe impedimento para que también se pueda aplicar el mismo a las participaciones sociales.

En conclusión, admitida por el Tribunal Supremo la posibilidad de prescribir acciones de una sociedad anónima, parece razonable defender la de participaciones sociales.

Para terminar nuestro comentario, simplemente señalar que se echa de menos en esta interesante sentencia un estudio más profundo, por parte del Alto Tribunal, de todos los aspectos relativos a los requisitos de la prescripción adquisitiva de las acciones, fundamentalmente lo que se refiere a la posesión compartida y el juego de las adquisiciones que tienen su origen en el negocio fiduciario.

*(Trabajo recibido el 6/5/2014
y aceptado para su publicación el 31/5/2014)*

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 534/2013,
DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013.
ACCIÓN PARA RECLAMAR INDEMNIZACIONES
AL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN
DE SEGUROS: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD
DE ACCIONES EN EL LIBRO PRIMERO
DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA**

MIGUEL LLORENTE GONZALVO
Notario de Cervera de Pisuerga (Palencia)

RESUMEN

En el presente comentario el autor analizará una sentencia del Tribunal Supremo que resuelve sobre la aplicación del plazo de un año previsto en la legislación estatal para la prescripción extintiva de las acciones de terceros para reclamar indemnizaciones debidas por responsabilidad extracontractual causada de daños ocurridos en territorio de Cataluña contra las compañías aseguradoras y contra el Consorcio de Compensación de Seguros, frente al criterio de la Audiencia de Barcelona que es proclive a aplicar a dichas acciones el plazo general de tres años previsto en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña que aprueba el Libro primero del Código Civil Catalán. Seguidamente se plantea la naturaleza jurídica de la acción procesal, su diferenciación con el derecho subjetivo y la competencia para regular sobre la misma y termina planteando qué posibilidad hay de considerar inconstitucional los artículos del Libro Primero del Código Civil de Cataluña.

Palabras clave: contrato de seguro, indemnización, responsabilidad contractual y extracontractual, prescripción, caducidad, acciones, Tribunal Constitucional, inconstitucionalidad, conflicto de competencias, codificación, Cataluña, Código Civil.

**SUPREME COURT SENTENCE 534/2014, DATED 6
SEPTEMBER 2013. ACTION TO CLAIM INDEMNITIES
FROM THE INSURANCE COMPENSATION
CONSORTIUM: PRESCRIPTION AND EXPIRATION OF
ACTIONS IN THE FIRST BOOK OF THE CATALONIAN
CIVIL CODE**

ABSTRACT

In this work, the author reviews a ruling of the Supreme Court which decides on the implementation of the period of one year designed in national legislation for prescription of actions of third parties to the claim of compensation for damages occurred in Catalonia as a consequence of non-contractual liability against insurance companies and the Insurance Compensation Consortium, against the criteria of the Barcelona Audiencia (Regional Court) which is inclined to apply to these kind of action the general term of three years regulated in Law 29/2002, of 30 December, passed by the Parliament of Catalonia. The article also discusses the legal nature of the procedural action, its differences with the subjective right and the competence to regulate it, and finishes by considering if the articles of the first book of the Civil Code of Catalonia could be considered unconstitutional.

Keywords: insurance contract, compensation, contractual and non-contractual liability, prescription, expiry, actions, Constitutional Court, unconstitutionality, conflict of competences, codification, Catalonia, Civil Code.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR COMO ESPECIALIDAD DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA.—III. SOBRE EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS Y SU OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS AJENOS. IV. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE LA ACCIÓN: NATURALEZA Y DIFERENCIACIÓN RESPECTO DE FIGURAS PRÓXIMAS. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LA ACCIÓN.—V. CUESTIÓN COMPETENCIAL SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ACCIONES: CHOQUE ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. 1. Sobre el recurso de inconstitucionalidad número 2099/2003, promovido por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre. 2. Distintas posturas doctrinales acerca de si la prescripción y la caducidad deben regirse en Cataluña por las normas del Libro primero del Código Civil de Cataluña o por el Código Civil común de 1889.—VI. VISIÓN DEL AUTOR RESPECTO DE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL SUBYACENTE EN EL CASO PROPUESTO Y SU COMBINACIÓN CON LAS TEORÍAS ESTUDIADAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. EL PROBLEMA DEL DESFASE HISTÓRICO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL RESPECTO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO. 1. Causas

de la dificultad de separar conceptual y normativamente la acción y el derecho subjetivo. 2. Competencia estatal exclusiva en base al artículo 149.1.8.º CE, «reglas relativas sobre la aplicación y eficacia sobre las normas jurídicas». 3. Alternativa posible: competencia estatal exclusiva ex artículo 149.1.6.ª CE: «Legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». 4. Tesis de cierre: artículo 149.1.8.ª CE: «Bases de las obligaciones contractuales».—VII. APLICACIÓN CRÍTICA DE LAS TEORÍAS EXPUESTAS AL CASO REGULADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013. REFLEXIÓN FINAL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

El análisis del que escribe estas líneas, movido por el espíritu netamente mercantilista de esta publicación que tan gentilmente le acoge, presenta, al socaire de un supuesto perteneciente al Derecho del Contrato de Seguro, una cuestión de posible conflicto constitucional de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña que pudiese estar generando innecesarios costes jurídicos no sólo en el ámbito civil, sino también en el mercantil y con ello cuestionables efectos en el comercio interior y exterior. Hago la advertencia al lector de que el presente texto contiene una opinión muy personal sobre la materia, fruto de un razonamiento jurídico que me atrevo a decir no es en modo alguno imperante en el resto de operadores jurídicos. Por ello, le aconsejo sea cauto a la hora de reproducirlo en otros foros. Ahora bien, si le convence, le ruego sea pues entonces pródigo en su reproducción.

I. INTRODUCCIÓN

Vista en líneas generales la temática de la sentencia que voy a comentar, procedo a analizar resumidamente las posturas de los distintos operadores jurídicos ante el supuesto de hecho planteado:

- Una Sociedad Cooperativa presenta en primera instancia demanda contra un particular y contra el Consorcio de Compensación de Seguros reclamando condena conjunta y solidaria para ambos a pagar al demandante una suma de dinero, los intereses legales y las costas, con los moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro respecto de la Aseguradora. La indemnización que solicita es debida por los daños sufridos por el camión de propiedad de la Sociedad Cooperativa que fue colisionado por otro camión y un remolque, careciendo estos dos últimos del preceptivo seguro de responsabilidad civil.

- El Abogado del Estado, en representación del Consorcio de Compensación de Seguros, pide la desestimación total de la demanda, puesto que alega la prescripción de la acción por haber transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. El particular es declarado en rebeldía.
- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena al particular y al Consorcio de Compensación de Seguros a pagar solidariamente la cantidad reclamada y los intereses y costas más los intereses moratorios.
- El Consorcio de Compensación de Seguros interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, organismo que dictó sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende la Audiencia Provincial que el plazo aplicable es el de tres años, que para las reclamaciones fundadas en culpa extracontractual establece con carácter general el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña.
- El Consorcio de Compensación de Seguros recurre en casación ante el Tribunal Supremo alegando vulneración del artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y alegando la concurrencia de interés casacional por existir sentencias contradictorias dictadas por distintas Audiencias provinciales en la materia.
- El TS estima el recurso y casa la sentencia de la Audiencia Provincial, pues entiende que ha de aplicarse el plazo de prescripción de un año establecido en el antes citado artículo 7.1. porque no se trata de una simple acción derivada de culpa extracontractual, sino que la acción contra el Consorcio de Compensación de Seguros nace de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana, sino el artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, normas que obligan a dicho Consorcio a indemnizar cuando el daño ha sido causado por vehículo no asegurado. Estima el Alto Tribunal que esta materia es competencia Estatal y la adscribe a la rama del Derecho Mercantil al amparo del artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española.
- Con esta sentencia y con la sentencia 533/2013, de 6 de septiembre, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha fijado y unificado

jurisprudencia en interés casacional sobre la cuestión del plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones dirigidas contra el Consorcio de Compensación de Seguros por siniestros de circulación ocurridos en Cataluña.

Planteadas en esquema las posturas y los argumentos de derecho propuestos por todos los operadores jurídicos, considero que debe hacerse un análisis más profundo del caso planteado, ya que entiendo que, bajo la apariencia de un conflicto menor en materia de seguros, subyacen indicios suficientes para plantearse si quizá existiese un caso de invasión de competencias por parte de la Generalitat de Cataluña a la hora de regular las instituciones de la prescripción y la caducidad de acciones en el Libro Primero del Código Civil de Cataluña (CCCat), aprobado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Ahora bien, empleando uno de los criterios de interpretación de las leyes, cual es el de la interpretación sistemática de las normas (artículo 3 del Código Civil), antes de entrar a comentar esa posible invasión de competencias, entiendo que, ineludiblemente, deben ser analizadas previamente tanto la naturaleza de la responsabilidad por daños causados en accidentes con vehículos a motor como la naturaleza del Consorcio de Compensación de Seguros.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR COMO ESPECIALIDAD DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Dado el espíritu de la presente publicación, no es aquí lugar para hacer un análisis exhaustivo de la responsabilidad civil derivada de daños causados en accidentes en la conducción de vehículos de motor. Entiendo, empero, conveniente dar unas pinceladas sobre la materia que, amén de ilustrar al lector, sirvan de base para el análisis de la cuestión principal objeto del presente comentario.

Someramente, y sin entrar en este punto en disputas doctrinales, señalo que la responsabilidad por conducción de vehículos a motor comparte una característica común con el resto de responsabilidades tanto contractuales como extracontractuales: es, como toda responsabilidad, el reverso de una concreta obligación. La responsabilidad que genera una obligación es aquello que exige al sujeto pasivo vinculado por la obligación misma el cumplimiento de la prestación que constituye su objeto, bien sea de forma voluntaria, bien sea forzosamente.

Empero, entiendo que es posible una obligación sin responsabilidad, si bien ella generaría una deuda que, pese a ser exigible, no lo sería coactivamente, puesto es la responsabilidad derivada de la obligación lo que persigue el incumpli-

miento del sujeto pasivo. La responsabilidad es aquello que hace al deudor sufrir las consecuencias de su incumplimiento y, por tanto, es el motor que en su fuero interno le coacciona al cumplimiento diligente. Ahora bien si se cumple voluntariamente la prestación de esta obligación sin responsabilidad, ello no sería pago de lo indebido, sino de lo debido, pues nace del vínculo de una obligación válidamente constituida. Así, en nuestro Derecho, el fenómeno de una obligación sin responsabilidad puede producirse porque así lo pactan las partes (como es en el caso de la renuncia de acción, que es diferente a la renuncia de derechos) o porque lo dicen la ley, la costumbre o los principios generales del derecho (no sólo en las obligaciones naturales no exigibles coactivamente, sino también en el caso resultante de la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad derivada de la obligación, en el que la responsabilidad queda mitigada por efecto del paso del tiempo). En todos estos casos, si se satisface voluntariamente la obligación, ello construirá sin duda alguna pago de lo debido.

Deseo con lo expuesto en el párrafo anterior llevar al ánimo del lector que en la importancia de los matices conceptuales y que aprecie que deben ser tratados de manera distinta los conceptos de derecho, pretensión, obligación, responsabilidad y acción, pese a la ligereza con la que alguno de nuestros le gisladores los emplean. Pese al carácter elástico del lenguaje jurídico, estos conceptos no significan lo mismo para el jurista y su mal uso por el le gislador puede dar lugar a consecuencias indeseadas.

En lo que se refiere al caso que comentamos, podemos partir de cómo el origen conceptual de dicha responsabilidad por conducción de vehículos a motor se encuentra en la obligación genérica de indemnizar el daño causado que preconiza el artículo 1.902 del Código Civil común, que dice: «*El que por acción u omisión causare daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*». Este artículo se enraíza en la más pura tradición romana, puesto que en él se encierra ni más ni menos que el principio general romano de «*naemi-nem laedere*» (no dañar a nadie) y su consecuente tipificación en el derecho clásico, la «*Actio Legis Aquiliae*». De ahí nace el que en la jerga culteranista del Derecho se le llame culpa aquiliana a la responsabilidad por la que el que daña a un tercero a causa de un acto por el que no le une vínculo alguno con el perjudicado, se ve obligado a resarcirle del menoscabo causado.

De esta manera, la responsabilidad extracontractual nace del reproche jurídico derivado de la injusticia del mal causado y por el que el ordenamiento jurídico reacciona imponiendo una obligación al causante del daño. Esta obligación es un «*vinculum*» que le sujeta al perjudicado, dándole a la víctima acción para reclamar el cumplimiento de la prestación objeto de dicha obligación. Esta prestación consiste en la reparación total del daño causado, tanto en la modalidad de daño emergente como de lucro cesante. Esta construcción jurídica aquiliana descrita es el que rige para el común de los supuestos en los que entre el perjudicado y el

causante del daño no les une relación previa alguna, tanto en responsabilidad extracontractual simple como en la derivada de delito. Dicho régimen constituye una parte básica y sustancial de lo que llamamos el Derecho General de Obligaciones. Cabe añadir que dicho régimen básico tiene como principio un concepto que denominamos culpa subjetiva, según el cual la obligación de indemnizar el perjuicio causado sólo nace si el causante del daño es culpable del mismo, es decir, si actuó con dolo o culpa negligente, pero si no es así, quedaría exonerado, pues su conducta, pese a ser dañosa, no es reprochable.

Ahora bien, en el ámbito de la conducción de vehículos a motor, si bien la obligación de resarcir los daños causados por accidente participa también la naturaleza de ser una obligación por responsabilidad extracontractual simple nacida del daño y comparte también el esquema causalista de causa-daño-resarcimiento; sin embargo, difiere en cuanto a la valoración de la actitud del causante del daño, ya que en ella el fundamento de la obligación de resarcir los daños descansa en la peligrosidad inherente a la conducción. Rige en este sector lo que se denomina culpa objetiva, esto es, la objetivización de la responsabilidad por daños. Esto significa que el conductor responde del daño causado con su coche tanto si lo causó culpablemente como si no, por el mero hecho de conducir, ya que conducir es, en sí mismo, una actividad peligrosa. Además, si se trata de daños físicos o psíquicos causados a las personas, la culpa objetiva se cualifica y la responsabilidad derivada de ella se hace casi ineludible.

El carácter objetivo cualificado de este tipo de responsabilidad se encuentra tipificado en los dos primeros párrafos del apartado primero del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil en la circulación y seguro de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que dice literalmente así: *«1.- El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.*

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos».

Combinado esto con los apartados siguientes del mismo artículo, resulta que, si conduciendo un vehículo se daña la integridad física o psíquica de un no culpable, se le debe indemnizar en todo caso por el mero hecho de conducir, salvo fuerza mayor cualificada y del todo irresistible y ajena al estado del vehículo.

Quiero hacer especial hincapié aquí, que además de la cualificación de la objetivización de la culpa, la prestación de la obligación aquiliana del conductor

por daños causados a las personas es diferente que la que nace de los daños causados en las cosas, y que incluso respecto de estas últimas el mismo artículo 1 antes dicho, en su apartado uno, párrafo tercero, remite, en lo que se refiere al régimen de su resarcimiento, al artículo 1.902 del Código Civil común cuando se trate de responsabilidad extracontractual simple, o a los artículos 109 y siguientes del Código Penal, cuando se trate de responsabilidad extracontractual derivada de delito, sin perjuicio de aquellas particularidades que imponga el Texto Refundido por ser ley especial.

Esta diferencia en el tratamiento legal de los daños a ambos tipos de bienes jurídicos es importante, ya que, si bien por mor del artículo 1.902 del Código Civil (y los correspondientes del Código Penal), los daños a bienes deberían ser *a priori* indemnizados absolutamente y sin límite, sin embargo, el apartado segundo del antes citado artículo 1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, comienza diciendo que: «*Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley*».

Esta diferencia tan sustancial conlleva que no se indemniza la totalidad del daño físico o moral causado, sino que se establecen una serie de tablas o baremos con topes indemnizatorios fijos según la magnitud y el tipo del daño. Esto significa que no se indemniza absolutamente según el valor real de la lesión al interés asegurado, sino sólo en la cuantía que determina previamente el Estado.

La estandarización de las indemnizaciones pudiera parecer injusta por no tener en cuenta la valoración detallada de las circunstancias personales del perjudicado (no perjudica igual a un oficinista que a un cartero el romperse un pie en un accidente de tráfico, pues éste lo utiliza más que aquél *a priori*). Sin embargo, lo que busca el legislador es un medio para homogeneizar el montante a indemnizar por cada interés lesionado a fin de que las Compañías aseguradoras puedan calcular los riesgos y sus costes asociados de manera fiable y predecible y con ello calcular correctamente los importes de las primas que van a exigir para cubrir el riesgo. Si no se limitase la valoración del daño, se discutiría por las partes la apreciación del mismo, circunstancia que eternizaría los procesos y daría lugar inmediatamente a un incremento de los costes asociados para las aseguradoras, quienes consecuentemente los repercutirían a los conductores presentes y futuros mediante el encarecimiento de la prima. Ello conllevaría no sólo la restricción del acceso a la conducción de vehículos por parte de importantes sectores de la población carentes de recursos, que verían restringido su derecho a la movilidad, sino también un cierto incremento en los costes finales de los demás productos y servicios en los que el transporte y la conducción está de alguna manera inserto en su cadena productiva una o varias veces.

Es cierto que puede ser insuficiente la indemnización fijada por ley de los daños sufridos por la persona teniendo en cuenta el valor real del perjuicio, por ser éste muy superior a lo tasado, pero entiendo que, a cambio de la limitación de la cuantía de la responsabilidad, la ciudadanía se beneficia de la protección jurídica que conllevan la objetivización de la culpa del conductor, un sistema de seguros obligatorios y en última instancia la intervención subsidiaria del Consorcio de Compensación de Seguros.

Sea injusto o no lo sea, y en eso no entro a pronunciar me, pues es cuestión de política legislativa, éste es, en líneas muy generales, el sistema que impera en España.

III. SOBRE EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS Y SU OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR DAÑOS CAUSADOS POR TERCEROS AJENOS

Analizada naturaleza de la obligación de indemnizar daños causados por la conducción de vehículos a motor, es momento de aproximarlos a uno de los intervinientes en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo sobre la que versa este comentario: el Consorcio de Compensación de Seguros. Procedo a hacer una breve semblanza de dicha Institución.

El Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad de Derecho público, en concreto una Entidad Pública Empresarial, dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y cuyo estatuto jurídico viene regulado en el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre. Como Entidad Pública Empresarial participa en el mercado de seguros prestando servicios junto con las entidades privadas, pero en este caso lo hace en cumplimiento de su mandato legal y con carácter subsidiario, esto es, concertando seguros en sectores en los que ninguna compañía privada los ofrece, así como también se comporta como un fondo de garantía en favor de terceros afectados cuando una aseguradora no tiene solvencia suficiente o cuando el causante del daño carece de seguro. Dentro de sus funciones y en lo que al caso analizado le concierne, resaltamos el artículo 11.3.b) de dicho Texto Refundido, que encomienda al Consorcio de Compensación de Seguros aquellas que resultan del artículo 11 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil en la circulación y seguro de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y hasta los límites del aseguramiento obligatorio.

Este último artículo citado establece una serie de supuestos en los que se concreta esta obligación de indemnizar por parte del Consorcio de Compensación de Seguros y de la que resulta la obligación de pagar indemnizaciones derivadas

de daños causado por vehículos a motor en supuestos específicos tales como los causados por vehículos desconocidos, vehículos causantes robados, y en concreto y aplicable a nuestro caso, como dice el artículo 11.1. d) «[...]b) *indemnizar los daños en las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, así como los ocasionados dentro del territorio español a personas con residencia habitual en España o a bienes de su propiedad situados en España con un vehículo con estacionamiento habitual en un tercer país no firmante del Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados asociados, en ambos casos cuando dicho vehículo no esté asegurado*».

En este último caso, el de la falta de seguro por parte del titular o del conductor del vehículo causante del daño, se protege a la persona dañada, quien será indemnizada por el Consorcio de Compensación, quedándole a éste acción de repetición de lo pagado contra los causantes del daño, ya que, según el artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, «el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, [...]». En cuanto a la acción de repetición, ésta prescribe al año, a contar desde que se hizo el pago al perjudicado, conforme al último inciso del artículo 10 por remisión del artículo 11.4, ambos del mismo cuerpo legal.

Así, para evitar el desamparo que le supondría a la víctima que el causante del daño no asegurado careciese de patrimonio, propio o ajeno, suficiente para indemnizar el daño, entonces el Estado suple la falta de seguro con la garantía pública de indemnizar al perjudicado inocente pagando la Administración misma la cantidad debida por el causante del daño, según las tablas indemnizatorias previstas por la Ley. Se trata de una función social del Estado de Derecho basada en los principios de justicia y en la protección del bienestar social. Es propio de una concepción conocida modernamente como socialización del daño.

Nace, por tanto, y como reconoce la sentencia del Tribunal Supremo que estamos comentando, un derecho del perjudicado a reclamar al Estado que pague una deuda de un tercero. Esto supone que el Estado, a través del Consorcio de Compensación de Seguros, está obligado por ley a efectuar un pago por tercero a favor del acreedor de la obligación de tipo extracontractual que vincula y obliga a ese tercero para con el perjudicado. Está claro que la función del Consorcio en este tipo de casos es actuar a modo de compañía aseguradora, prestando una caución de origen legal de último recurso en favor de la ciudadanía, respondiendo en última instancia por los daños a sus propiedades o de personas según sea el interés perjudicado.

Dicho esto, es necesario analizar cuál es la obligación de pago que nace en la persona del Consorcio de Compensación de Seguros cuando se produce el supuesto de hecho, el daño causado por vehículo no asegurado, o más bien por vehículo cuyo titular no lo tiene asegurado contra daños a terceros. Se trata de una obligación «ex lege» o nacida de la ley, ya que obviamente no hay, no puede haberlo, previo contrato entre el Consorcio de Compensación de Seguros y todos los potenciales perjudicados por vehículos no asegurados. Por ello, como toda obligación nacida de la Ley, como dice el artículo 1090 del Código Civil, se rige por los preceptos de la ley que las hubiera establecido y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del libro IV del Código Civil.

Esta obligación nacida «ex lege» participa, sin embargo, y de alguna manera de la regulación de la obligación nacida de culpa extracontractual simple con las especificidades previstas en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil en la circulación y seguro de vehículos a motor, esto es, la limitación cuantitativa de la responsabilidad cuando se trata de daños morales y físicos a personas y el artículo 1902 del CC cuando se trata de daños a cosas. Esta obligación «ex lege» no es totalmente diferente a la otra obligación de origen legal, que es la obligación aquiliana. Muestra de ello es la remisión de las normas de derecho público que regulan su contenido a conceptos como la indemnización, el daño y, singularmente, los plazos de prescripción singularmente breves de un año. Consecuencia, la raíz común de ambas obligaciones legales es que en ningún caso los daños físicos o psicológicos a personas pueden recibir indemnización mayor por parte del Consorcio de Compensación de Seguros que los fijados en los baremos: no sería lógico tratar peor a las víctimas de los que cumplen sus obligaciones legales que a las víctimas de los que las incumplen. Las víctimas son siempre iguales y, conforme al artículo 14 de la Constitución Española, no pueden recibir un trato discriminatorio por algo que queda totalmente fuera de su control, como es quién sea el que les provoque el daño indeseado.

Pero esta semejanza entre ambas obligaciones legales vienen de una consecuencia fáctica en la configuración del régimen: las disposiciones reguladoras del Consorcio de Compensación de Seguros en esta materia adaptan al ámbito del Derecho público las normas del Derecho privado del pago por tercero y de prohibición del enriquecimiento injusto, singularmente los artículos 1158 y siguientes y 1895 y siguientes del Código Civil, pero eliminando el carácter voluntario de la intervención del tercero pagador, ya que es el Estado el que viene obligado por ley al pago y a la repetición posterior contra el causante o el propietario del vehículo no asegurado. Véase este mecanismo en el artículo 11.3 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. De alguna manera, la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros funciona como accesorio a la obligación aquiliana del causante del daño, a modo de una fianza o aval de origen legal sin beneficio de excusión y sin necesidad de consentimiento constitutivo, pero de naturaleza diferente.

Así, el Consorcio de Compensación de Seguros tiene una obligación propia por culpa lesiva ajena, y no responde por ley de una responsabilidad extracontractual propia, sino del impago del conductor o del propietario del vehículo no asegurado, o incluso de la falta misma de seguro, sin necesidad de perseguir siquiera el patrimonio de estos segundos. Dejo caer cómo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona fundamentaba el plazo trienal de prescripción de la acción del perjudicado contra el Consorcio en el artículo 121-21 d) del Código Civil de Cataluña, pero en dicho artículo se refiere literalmente «a las pretensiones derivadas de la responsabilidad extracontractual». ¿A todas y frente a todos? Volveremos a ello más adelante. Recuerden lo de la precisión en la terminología.

Dicho esto, en este punto del comentario en el que quiero que el lector se detenga en el análisis de la posición tanto del perjudicado como del Consorcio de Compensación, utilizando para ello las herramientas que la dogmática jurídica proporciona al jurista. Usaré categorías abstractas que me permitirán después analizar y, llegado el caso cuestionar, la aplicación de la legislación catalana al proceso comentado.

Así, si bien hasta ahora nos hemos referido a la obligación genérica del Consorcio frente a la ciudadanía de estar siempre dispuesto a responder por los daños mencionados y poder someter sus fondos a ello, dicha obligación se concreta en una prestación de pago específico a un concreto perjudicado. Para ello es necesario, primero que el perjudicado tenga derecho a la indemnización de su daño conforme al Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil en la circulación y seguro de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, esto es, haber sido perjudicado material o personalmente por un tercero que iba conduciendo un vehículo a motor sin que hubiese intervenido fuerza mayor ajena al estado del vehículo o de la conducción. Toda obligación de pago de una prestación a alguien tiene como contrapunto el derecho de otro alguien a percibir dicho pago.

Pero una cosa es tener derecho a percibir una prestación y otra cosa es tener derecho a exigir dicha prestación.

Es entonces cuando traemos a nuestro análisis el concepto de la acción.

IV. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE LA ACCIÓN: NATURALEZA Y DIFERENCIACIÓN RESPECTO DE FIGURAS PRÓXIMAS. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN SOBRE LA ACCIÓN

El concepto de acción jurídica, entendida ésta, obviamente, no como cuota de capital social de una sociedad anónima, sino en el sentido de instrumento jurídico para exigir el cumplimiento de una obligación en defensa de su correlativo dere-

cho, ha sido uno de los conceptos jurídicos más controvertidos de la Ciencia del Derecho. Parto de la base de que no hay ni ha habido consenso en la Doctrina sobre el concepto de acción y su relación con el derecho subjetivo subyacente, por lo que, como entiendo que no es lugar éste para exponer todo un estudio sobre la materia, apuntaré la oscilación que sobre el concepto de acción se ha dado en la Historia con el fin de enlazarlo con el comentario de la sentencia que estoy analizando.

Muy brevemente. En origen, en la antigua Roma, no existían derechos subjetivos, sino que todo eran acciones («actio») como facultad reconocida por el derecho civil o creada por el derecho pretorio de exigirle al juez que actúe otorgándole al actor aquello que pide. Se trataba de una concepción monista de la acción, ya que en el derecho romano clásico no se conocía el concepto de derecho subjetivo o al menos no estaba desarrollado suficientemente. El derecho reconocía un catálogo de acciones que definían lo que se podía pedir («petitum»), fuera de lo cual no había derecho, pues no había acción reconocida por ley para exigirlo. Este planteamiento perdura durante los siglos hasta las teorías iusnaturalistas de la Ilustración, la Revolución Francesa y su epígono positivista del *Code Napoléonico*, donde prima el concepto del ciudadano como protagonista central del Derecho y en la que aparece el concepto de derecho subjetivo del que la acción es un mero apéndice.

Inicialmente formulado por SAVIGNY, éste concibe el derecho subjetivo como un poder o señorío de la voluntad que se desenvuelve dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico. Así, SAVIGNY entiende que sólo existen derechos subjetivos y lo que llamamos acción no es más que una manifestación más del derecho subjetivo cuando se ejerce ante los Tribunales contra aquel que lo perjudica de algún modo. Se trata de una visión monista del derecho subjetivo, pero de sentido opuesto a la construcción romana clásica. El estadio siguiente en la doctrina son las teorías dualistas principiadas por autores como MÜLLER, que para el cual la acción sería un derecho distinto del derecho subjetivo consistente en dirigirse contra los Tribunales cuando el derecho subjetivo es perjudicado por un tercero. Esta distinción entre derecho subjetivo y acción quedará consagrada para el futuro en la doctrina. Pero no sólo esto, sino que además se produce una escisión del campo del Derecho al que pertenecen cada uno de ellos: el derecho subjetivo pertenecerá al Derecho privado por ser inherente a la persona, y la acción pertenecerá al Derecho público porque su razón de ser se encuentra en dirigirse contra el Estado reclamando defensa del derecho subjetivo perjudicado, que por ley debe ser amparado. A partir de esta teoría, el resto ha derivado en si la acción es o no independiente del derecho subjetivo del que nace, o si tiene carácter privado o público.

Una muestra del hondo calado de la diferenciación entre ambas figuras es la definición de derecho subjetivo propuesta por DE CASTRO, quien formuló la defi-

nición clásica de derecho subjetivo como la situación jurídica de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se encomienda su ejercicio y defensa.

Vista la evolución de la concepción de la acción y del derecho subjetivo, y como decantación de la misma, no me resisto a traer al análisis el concepto de acción que DE LA OLIVA SANTOS¹ defiende, pues entiende que la acción es «un derecho subjetivo público a una tutela judicial concreta». Entiende este insigne catedrático que «es un derecho frente al Estado, porque es el Estado quien a través de los órganos jurisdiccionales debe realizar la prestación (tutela concreta) con la que ese derecho (acción) se satisface». Añade una cosa que a mi juicio es clave en el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo que en este texto comento, cual es que la acción está ligada «a una situación jurídica determinada, a unos determinados presupuestos (distintos para cada acción) de orden innegablemente jurídico-material. Cuando esos presupuestos se dan, se tiene acción, se tiene derecho a una tutela jurisdiccional concreta, con absoluta independencia de que ese derecho quiera hacerse valer por su titular».

Reflejo de esta dicotomía entre acción y derecho es la posibilidad de disponer de la acción sin disponer del derecho y que diferencia al desistimiento de acciones del allanamiento y de la renuncia de derechos; o que distingue a la venta o el usufructo de acciones de la venta o el usufructo de derechos; y por supuesto también separa la pérdida de derechos de la prescripción extintiva de acciones.

Llegados a este punto de la reflexión volvamos otra vez al análisis del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil en la circulación y seguro de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, pero quisiera que el lector los combinase con los conceptos hasta ahora repasados. En ese Texto Refundido se relacionan y se diferencian, en el sentido en el que he relatado en estos dos primeros expositivos, los conceptos de responsabilidad (omnipresente en el artículo 1) y obligación (referida en el mismo artículo a través de su remisión al artículo 1902 del Código Civil, que se refiere a la obligación de reparar el daño causado). En cuanto al concepto de derecho subjetivo que pertenece a la víctima del daño, este concepto queda más difuminado probablemente debido al origen contractualista que subyace en el Texto Refundido, pues no olvidemos que el propio Texto Refundido está configurado sobre la base del sector al que va dirigido, del seguro privado, por lo que es normal que lo tenga en mente, que hable su idioma.

Es por ello que entiendo que el Texto Refundido, aunque tenga escrúpulo en mencionar al tercero perjudicado, le reconoce clarísimamente derechos subjetivos

¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., y otros: *Derecho Procesal, Introducción*, segunda reimpresión de la segunda edición, enero 2003, página 85, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.

tanto si el vehículo estaba asegurado como si no lo estuviese, puesto que al referirse en el artículo 1 del Texto Refundido al concepto de pago de una indemnización, se está reconociendo que se debe una prestación a alguien y que por tanto que ese alguien tiene derecho a ella, ya que si no tuviera derecho a percibirla sería un supuesto de pago de lo indebido y daría derecho a recuperar lo pagado.

Por último, también el texto refundido se refiere al concepto de acción, tanto la acción directa del perjudicado y sus herederos para exigir la indemnización (artículo 7) como la acción del asegurador para repetir lo pagado contra el causante del daño.

Comprendido que el Texto Refundido lleva en su seno estos conceptos, más importante aún, quisiera hacer notar al lector no sólo que el texto refundido los diferencia, sino que también que dicha diferencia se incardina en el régimen general de obligaciones y contratos regulado en el Código Civil, pues utiliza sus mismos conceptos y participa de sus mismos principios. Esto se evidencia al tratar el tema de la prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños, tanto frente al causante del daño como frente al asegurador privado, como en último término frente al Consorcio de Compensación de Seguros. Respecto de los tres obligados, cualquiera que sea el origen de su obligación (legal por actos propios, contractual en favor de tercero o legal por actos ajenos), la respectiva acción para hacerla efectiva prescribe en el plazo de un año, dejando a salvo lo antes dicho sobre responsabilidad extracontractual derivada de delito. Ello unifica el régimen de las acciones derivadas de la responsabilidad derivada de la conducción de vehículos a motor y lo incardina con el régimen general de prescripción de las acciones para la exigencia de responsabilidad extracontractual que refleja el artículo 1968, apartado 2, del Código Civil, que dice: «Prescriben por el transcurso de un año: [...] 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado».

Nótese, y esto es esencial, que lo que dice el artículo que prescribe es la acción para exigir la responsabilidad civil por aquellas obligaciones, pero que no prescribe ni la obligación ni la responsabilidad inherente a ella ni por supuesto el derecho a la indemnización de los daños que tiene el agraviado. De ello resulta que, en el caso de que transcurra el plazo de un año, el perjudicado tiene derecho subjetivo a recibir la indemnización, pero carecería de acción para reclamarlo (derecho subjetivo público a una tutela judicial concreta) pese a que el causante del daño siguiese estando obligado por haberle causado un daño. Esto es común para todos los casos previstos en el Capítulo III del Título XVIII del Libro IV del Código Civil, cuyo encabezado reza: «de la prescripción de las acciones».

Ahora bien, debemos de entender, dado el carácter dispositivo que el ejercicio procesal de los derechos privados tiene por lo general en nuestro ordenamiento

jurídico, que la prescripción extintiva no es el fin del derecho subjetivo ni de la correlativa obligación, como ya hemos apuntado antes, pero que además tampoco produce la extinción de la acción para defender aquél y exigir ésta ante los Tribunales. La prescripción extintiva participa de la misma raíz común que la usucapión o prescripción adquisitiva, y tanto aquélla como ésta no extinguen la acción o el derecho prescrito, sino que generan una excepción en favor de un tercero, el beneficiado por la prescripción, que si quiere puede oponer frente a la acción del actor que pretende la tutela de la Administración de Justicia. Esto significa que queda al arbitrio del obligado oponer la excepción a la acción que la prescripción de ésta genera. Puede decirse que el efecto de la prescripción extintiva no es extinguir la acción, sino generar una excepción a la acción opuesta.

Si bien es cierto que sobre esta idea que apunto puede no haber consenso total, sin embargo, a mí me parece la más correcta y la entiendo además derivada del núcleo esencial de la regulación de la prescripción misma en el Código Civil. Así, el artículo 1937 del Código Civil, referido no sólo a la usucapión, sino también a la prescripción extintiva, cuando dice literalmente que «los acreedores, y cualquier otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario», no sólo contiene una acción subrogatoria, sino también una acción pauliana tendente a rescindir actos jurídicos en fraude de sus legítimos intereses legales, actos jurídicos como son una eventual renuncia expresa o tácita del deudor de sus derechos. En el caso entonces de que el deudor no oponga la excepción de prescripción a la acción prescrita de su acreedor, entonces el deudor, que como he dicho lo sigue siendo, puede ser obligado a cumplir porque responde. Por eso se le concede por el artículo 1.937 del Código Civil al acreedor del deudor acción para rescindir esa renuncia expresa o tácita, ese allanamiento frente a la acción prescrita. Por ello, si cabe rescisión a la renuncia de la excepción de prescripción extintiva, entonces es necesario concluir que la acción prescrita existe en el mundo jurídico y puede llevar al tribunal a dictar sentencia favorable al actor aún después de haber prescrito, porque si no, no se comprendería que el deudor pudiese con su renuncia hacer renacer algo que estaba extinto, ni que se concediese a terceros acción pauliana o subrogatoria alguna.

Vemos aquí que subyace en todo el planteamiento la diferencia entre la prescripción, que ya está analizada, y la caducidad, siendo esta última la institución por la que se extingue debido al paso del tiempo no sólo la acción para reclamar ante los tribunales, sino también el derecho subjetivo mismo. Muestra de esta especificidad es que la caducidad puede ser apreciada de oficio por el Tribunal, porque por haberse extinguido el derecho material que generaba el derecho procesal mismo, no queda la oponibilidad a su ejercicio al arbitrio del que puede exceptuar, ya que, al no haber subsistido entonces la acción, entonces no ha y excepción que oponer ni a la que renunciar expresa o tácitamente. Esto en sede de caducidad.

Recapitulando para que quede claro en el análisis de la sentencia propuesta: la acción, y en concreto la acción derivada de derecho privado, es un derecho subjetivo público a una tutela judicial concreta que nace de un derecho subjetivo de Derecho sustantivo privado. Y además, por ser un derecho subjetivo público, la acción está dirigida hacia el Tribunal para que éste ampare el derecho subjetivo sustantivo que genera la acción. El Tribunal, si el demandado no opone excepción de prescripción, reconocerá el derecho subjetivo y lo amparará, dejando a salvo que aprecie de oficio la caducidad del derecho subjetivo mismo.

Fundamental entonces es que la acción, pese a nacer del derecho subjetivo, no participa de su naturaleza sustantiva o privada, sino que es de carácter procesal o público.

Es con esta naturaleza pública o procesal de la acción con la que conecto todo el discurso hasta ahora escrito con la cuestión fundamental que titula el presente trabajo, que es la posible invasión de competencias de la Generalidad de Cataluña al regular en el Libro Primero del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, tanto la prescripción como la caducidad de acciones, así como también con el hecho de que la Audiencia Provincial de Barcelona haya entendido que esta norma es aplicable a un caso como el que nos ocupa, y por último, con que el propio Tribunal Supremo haya acudido como amparo para casar la sentencia de la Audiencia Provincial al artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española.

V. CUESTIÓN COMPETENCIAL SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS ACCIONES: CHOQUE ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

En primer lugar manifiesto mi sorpresa por cómo el Alto Tribunal, en materia de prescripción de acciones, ha entendido que la norma competente para regir el caso que nos ocupa sobre el Consorcio de Compensación de Seguros sea la dictada por el Estado y no por la Generalitat de Cataluña, empleando como principal argumento el que la acción discutida no surge de la culpa extracontractual, sino de que nace de un derecho de carácter extraordinario que no confiere al perjudicado la legislación civil catalana, sino el artículo 11.1.b) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y seguro en la Circulación de vehículos a Motor y el 11.3 del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre. Entiende que, por ser ésta legislación estatal, debe regir el Derecho del Estado en lo que se refiere al plazo de prescripción de las acciones que en ella se regulan.

Si bien es cierto que, como no podía ser de otra manera, el Tribunal Supremo emplea en sus fundamentos de derecho las categorías diferenciadas que vengo analizando de derecho subjetivo, responsabilidad, obligación y acción; sin embargo, introduce otra variable más en un plano totalmente distinto al derecho privado, que es el de la competencia legislativa. Esto es razonable, dado el carácter plurilegislativo de nuestro Ordenamiento Jurídico. En su sentencia deja entender que si el derecho subjetivo del que surge la acción es creado por la legislación catalana, entonces la regulación de la acción misma debe estar sometida a la legislación catalana, y viceversa respecto a la legislación del Estado. Y entonces parece desprenderse que el plazo de prescripción de unas u otras acciones deben estar sometidas a aquella legislación de la que procede el derecho subjetivo del que nacen.

Es aquí donde veo yo mi primera objeción: si la acción es un derecho subjetivo público a una pretensión específica que es la tutela judicial concreta, entonces es que es algo diferente al derecho material de que nace y por tanto está sometido a principios distintos y es fruto de competencias legislativas diferentes. Sin embargo, como el Alto Tribunal justifica su decisión en el ámbito de la competencia legislativa territorial, entonces parece que admite de algún modo la posibilidad de que el legislador autonómico pueda, de alguna forma, regular a fondo los distintos tipos de acciones que protejan cada uno de los derechos subjetivos que tipifica, por lo que nos impone entrar a analizar la acción desde un punto de vista de competencia legislativa, de Derecho público y sobre sus fuentes formales.

Y como el Derecho de acciones es el Derecho procesal, ello puede llevar a preguntarnos en última instancia quién tiene la competencia para legislar en materia de Derecho procesal.

Entra en juego entonces la Constitución Española de 1978 y en particular su artículo 149.1. reglas 5.^a y 6.^a, que dicen: «El Estado tiene la competencia legislativa sobre las siguientes materias: [...] 5.º Administración de Justicia; 6.º Legislación mercantil, penal y penitenciaria. Legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»; así como también su regla 8.^a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas sobre la conservación de modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, pero en todo caso le compete al Estado la regulación sobre bases de las obligaciones contractuales.

Pero esta formulación aparentemente sencilla oculta profundos conflictos de política legislativa. Focalizo mi análisis en aquellos que derivan del Libro Primero del Código Civil de Cataluña cuando regula en su Título Segundo las instituciones de la prescripción y la caducidad. Ello no obstante me lleva inevitablemente a cuestionar, siquiera de forma tangencial y en cuanto sea procedente respecto

de la sentencia que estoy comentando, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del uso de la fórmula codificadora por parte de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y con la evolución en el desarrollo de las competencias legislativas por las Comunidades Autónomas con competencia en materia de derecho foral o especial. Comienzo el análisis:

1. Sobre el recurso de inconstitucionalidad número 2099/2003, promovido por el presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre

Mediante escrito de 10 de abril de 2003, el presidente del Gobierno de España interpuso ante el Tribunal Constitucional recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que aprueba el Libro Primero del Código Civil de Cataluña, solicitando y obteniendo además la suspensión de su vigencia y aplicación hasta tanto no se resolviese el recurso conforme al artículo 161.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Posteriormente, durante la fase del proceso en la que el Tribunal Constitucional decide sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión de la norma impugnada mientras se tramita el recurso. El abogado del Estado fundamenta el sostenimiento de la suspensión en una serie de argumentos que comparte con el fondo del recurso y de los que merecen ser resaltados los siguientes:

- Que el texto impugnado afecta a la estructura misma del ordenamiento jurídico en su conjunto, sobre todo al sistema de fuentes jurídicas y a los mecanismos de preferencia y supletoriedad, por lo que todas las relaciones jurídicas constituidas en el territorio catalán y no sólo las civiles quedarían afectadas por la ley catalana, impidiendo que se aplique el Código Civil común español;
- que el texto impugnado produce, con su carácter cerrado y autointegrativo, que se sustituyan con unas normas propias de signo general las del Código Civil común, siendo, sin embargo, éstas y sólo éstas las que la Constitución quiso que fuesen un mínimo normativo idéntico para toda España. Esta sustracción al Código Civil común supondría que las relaciones jurídicas, en caso de laguna o antinomia, se autointegrasen en último término no con el Código Civil común, sino con las normas del Libro Primero Catalán, lo que pudiere generar que los particulares incurriesen en nulidad radical por no haber efectuado correctamente la integración legal;
- que la atribución al Código Civil catalán del carácter de «Derecho común» y dotarle de «preferencia» (artículos 111.4 y 111.5 del mismo) conlleva la concepción del Derecho catalán como un Derecho autónomo y sin conexión con el Derecho Privado de todo el Estado.

- que contiene preceptos que regulan instituciones y principios que se invaden el ámbito competencial estatal previsto por el artículo 149.1.8.º CE y el 13.1 del Código Civil en cuanto a las «reglas relativas sobre la aplicación o eficacia de las normas jurídicas», pues regula nuevas normas de aplicación general como la libertad civil (artículo 111.6 CCcat.) o la honradez en los tratos (artículo 111.7 CCcat.), lo que supone introducir novedades esenciales e ir más allá de que los tradicionales principios de la libertad contractual (artículo 1255 CC) o el de la buena fe en el ejercicio de los derechos (artículo 7 CC), que rigen para todos los españoles;
- y que, respecto de la regulación de la prescripción y la caducidad (artículos 121.20 y siguientes del CC catalán), los recurre por carecer el Derecho Civil Catalán de los necesarios antecedentes que justifiquen tanto el ilimitado desarrollo de la regulación de la prescripción como la novedosa normativa dictada para la caducidad.

En respuesta a este escrito, el letrado de la Generalitat de Cataluña se opone frontalmente a la suspensión de la Ley catalana y defiende su constitucionalidad, en síntesis, porque no ve confusión ni inseguridad jurídica en un ordenamiento jurídico, el catalán, que es complejo y completo a la vez, máxime cuando reproduce muchos de los conceptos jurídicos del Derecho común y porque su suspensión obstaculizaría el desarrollo del resto de leyes que van a configurar los demás Libros del Código Civil catalán e impediría el desarrollo de la voluntad popular catalana a través de su órgano representativo, que es el Parlament de Cataluña. En lo que atañe a la regulación de la prescripción y la caducidad (capítulos I y II) entiende que el desarrollo legislativo que hace la Ley catalana aporta certeza y claridad legales al tráfico jurídico en Cataluña, puesto que vienen a plasmar con más amplitud lo que por vía jurisprudencial ya había sido configurado respecto de ambas instituciones.

El Tribunal Constitucional acordó en levantar la suspensión de la Ley recurrida mediante Auto de fecha 29 de octubre de 2003 y, en lo que a nuestro análisis sobre la prescripción y la caducidad interesa, fundamentándolo en que la normativa en que no se hace un análisis de los perjuicios que la aplicación de las normas reguladores de ambos institutos pudieren ocasionar, sino que lo basan sólo en la presunta inseguridad jurídica respecto de cualquier relación jurídica que pudiera constituirse en base a la expansividad del derecho básico, cuando realmente la mera existencia de una regulación material propia en Cataluña no se puede por sí sola entender atentatoria contra la seguridad jurídica.

A dicho acuerdo se le añadió el voto particular contrario al alzamiento de la suspensión de los magistrados don Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ y don Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, quienes entienden que la extensión y alcance del texto impugnado hace conveniente la suspensión entre tanto se estudia su consti-

tucionalidad, pues no les parece desdeñables los argumentos del abogado del Estado de que pudiera afectar a la estructura misma del ordenamiento jurídico en su conjunto y pudiera ser que el conjunto de relaciones jurídicas y no sólo las civiles pueden quedar afectadas por la nueva ordenación con sus reglas y principios absolutamente sustraídos del Derecho común. También el magistrado don Vicente CONDE MARTÍN HIJAS evacua su voto particular en contra de levantar la suspensión de la Ley impugnada, poniendo énfasis en que «la índole de la norma es tal que es el Ordenamiento Jurídico en su conjunto y en su globalidad es el que resulta afectado por ella», y que «la generalidad difusa de los intereses concernidos por la norma y la amplitud indefinida del círculo de afectación hacen difícilmente reversibles las situaciones derivadas de su aplicación en la hipótesis de que la norma pudiera declararse inconstitucional». Pone acento en la seguridad jurídica que contempla el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Tras el levantamiento de la suspensión de la Ley impugnada, el presidente del Gobierno retiró el recurso antes de que el Tribunal Constitucional pudiese pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que aprueba el Libro Primero del Código Civil de Cataluña. Por ello, la situación actual es que no hay pronunciamiento oficial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del Código Civil de Cataluña sobre prescripción y caducidad de acciones y, por tanto, los distintos operadores jurídicos no tienen la certeza absoluta de si aciertan o no al aplicar en Cataluña las normas del Código Civil catalán o las del Código Civil común.

2. Distintas posturas doctrinales acerca de si la prescripción y la caducidad deben regirse en Cataluña por las normas del Libro primero del Código Civil de Cataluña o por el Código Civil común de 1889

Estas opiniones se encuadran dentro de la cuestión general sobre si la Comunidad Autónoma de Cataluña puede o no tener un Código Civil propio que funcione como derecho común dentro de Cataluña. Las expongo sucintamente:

a) Un primera tesis es la defendida por el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra don Albert LAMARCA MARQUÉS, expuesta en su conferencia «*El futur del Dret patrimonial de Catalunya: la prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació*», en las décimas jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar el 17 al 19 de septiembre de 1998, pronunciada en catalán y de cuya traducción al castellano glosó yo para utilizarla en sana crítica, en la que se ven los antecedentes doctrinales del conflicto que sobre derecho aplicable en materia de prescripción y caducidad refleja la sentencia que comento en este trabajo. El catedrático citado hacía ver cómo en el pasado Cataluña tenía un régimen propio

regulador de la prescripción y la caducidad y cita el artículo 344.2 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña aprobada por Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de junio, artículo hoy sin efecto, que estableció un plazo de prescripción de treinta años para el ejercicio de las acciones personales que no tengan señalado un plazo especial. Así, el artículo 344 de la Compilación catalana decía: *«Para la prescripción extintiva regirán los plazos especiales establecidos en esta Compilación, y en lo no previsto en ella, los especiales que determina el Código Civil. Las acciones y derechos, sean personales o reales, que no tengan señalado un plazo especial, y las servidumbres, prescribirán a los treinta años, salvo las acciones y derechos reales sobre bienes muebles, que prescribirán a los seis años»*. Entendía dicho autor que, sin embargo, los Tribunales inaplicaban este artículo, incumpliendo con ello el sistema de fuentes en materia de derecho privado que recogía la antigua Compilación en su artículo 1 y Disposición Adicional cuarta, además de los artículos 1 y 13 del Código Civil común.

Hace ver el autor cómo ese artículo 344.2 CDCC procedía del Derecho histórico catalán, en concreto del llamado *«Utsage Omnes Causae»*, que fijaba un plazo de prescripción tanto adquisitiva como extintiva de treinta años para todo tipo de acciones, tanto reales como personales. Sin embargo, apunta, que los Tribunales vinieron aplicando la prescripción de quince años del artículo 1.964 de Código Civil común para las acciones que no tuvieran señalado un plazo especial de prescripción, sin tener en cuenta dicho artículo 344.2 de la antigua Compilación. Así, citaba numerosas sentencias del Tribunal Supremo que lo reflejaban (por todas la de 22 de noviembre de 1982) y de las Audiencias Provinciales (por todas la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de diciembre de 1996). Achacaba esta conducta al desconocimiento del derecho catalán por parte de los jueces, a pesar de su deber de conocer el derecho vigente, y a que los abogados tampoco lo sabían hacer valer, por lo que como la prescripción debía ser alegada de oficio y éstos no alegaban en contra, se inaplicaba *de facto* el precepto. Curiosamente, el autor resalta cómo, sin embargo, sí era de aplicación el artículo 342 de la antigua Compilación catalana, en el que se establecía un plazo para la usucapión de bienes inmuebles distinto del recogido en el Código Civil de 1889.

Entendía don Albert LAMARCA MARQUÉS que no es que el plazo de prescripción de treinta años sólo se refiriese a las acciones personales derivadas de instituciones reguladas por el derecho civil catalán por considerar este derecho como un mero apéndice del Código Civil, sino que lo correcto era entender que un ordenamiento jurídico debe considerar en su totalidad las relaciones entre ordenamientos que se basan en los criterios de supletoriedad y no de especialidad. Por ello, entiende que para cualquier acción personal debía ser aplicado el plazo de prescripción del artículo 344.2 de la antigua compilación catalana, de forma que el Derecho Civil catalán ha de ser tenido como derecho privado general o derecho común en los términos del artículo 4.3 del Código Civil de 1889, tanto en relación con las leyes civiles especiales como la Ley hipotecaria, o la de arrendamiento

rústicos o urbanos, como incluso la de otros sectores del ordenamiento jurídico, «especialmente referido al derecho mercantil (pero también a cualquier otra situación de llamada al «derecho común») donde el artículo 943 del Código de Comercio dispone que *«las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común»*. Este derecho común es, en primer lugar, si el derecho aplicable es el catalán, el art. 344.2 CDCC».

Apela también el autor a la aplicación del antiguo artículo 344.2 de la antigua Compilación Catalana, en virtud del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y su artículo 19.1, que dice: «Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la ley aplicable según el presente Convenio». Además, su artículo 10.1 d) añade que la ley aplicable a las obligaciones contractuales también será la que regulará los plazos de prescripción y caducidad». Entiende que la Comunidad Autónoma catalana, por tener competencias en derecho civil, debe considerarse como un Ordenamiento autónomo y que en caso de conflicto internacional de leyes debe aplicarse la Ley Catalana aunque ésta tuviese poco derecho sustantivo en materia patrimonial. Pone el autor el ejemplo de en caso de una relación contractual entre un sujeto con vecindad civil catalana y un extranjero, si los artículos 3 y 4 del Convenio de Roma de 1980 determinan que el derecho aplicable sea el español, será necesario que lo sea el catalán en virtud del artículo 19 del citado Convenio, aunque supletoriamente y por falta de regulación sustantiva del derecho catalán deba aplicarse el Código Civil español.

b) Otra tesis de signo contrario es la defendida por el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid don Mariano YZQUIERDO TOLSADA, y expuesta en un artículo publicado en la revista *El Notario del siglo XXI*, número 7, 12 de junio de 2006, quien se refiere al tema dentro de la crítica más amplia sobre la extralimitación en que a su juicio ha incurrido la Comunidad Autónoma de Cataluña en el ejercicio de las competencias constitucionales en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial en Cataluña que le reconoce la Constitución Española y que ha asumido en su Estatuto de Autonomía.

Así, YZQUIERDO TOLSADA alertó en su artículo que numerosas de las leyes de Derecho Civil emanadas del Parlamento catalán contradecían abiertamente la Constitución, sin que los sucesivos Gobiernos del Estado hayan interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra ellas. Entiende que una cosa es que la Constitución, en su artículo 149.1.8.º, reconozca y proteja las especialidades vigentes en puntuales territorios y otra es que se cree un cuerpo de derecho civil completamente autónomo y distinto, pleno y autointegrado, y *de facto* desconectado del

Derecho del Estado. En esta línea entiende YZQUIERDO TOLSADA que en el ejercicio de las competencias legislativas de Cataluña, como las de otras comunidades autónomas con derecho foral, existen dos barreras: una explícita, la de las materias reservadas exclusivamente al Estado en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, y otra implícita, según la cual las Comunidades Autónomas no pueden decir que ellas están facultadas para legislar en todo lo que no esté incluido en esa lista de materias reservadas exclusivamente al Estado, sino que se deben limitar a aquello que constituye su peculiaridad normativa. Evidentemente, la interpretación que de un concepto tan etéreo como el de esta barrera implícita ha sido muy variada tanto por la jurisprudencia constitucional como por la doctrina y ha oscilado entre considerar que el legislador autonómico ha de ceñirse estrictamente a las materias que fueron objeto de la antigua Compilación catalana, pues sólo ellas conformaban las peculiaridades forales que la Constitución deseaba proteger, pasando por la tesis intermedia defendida por el tribunal constitucional en sentencias como la STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre que el legislador autonómico puede apoyarse en no sólo en preceptos de la Compilación vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, sino también en preceptos y también principios derivados del derecho histórico o las leyes pasadas, regulando «instituciones conexas siempre dentro de los principios informadores de su derecho histórico». Finalmente y, sin embargo, añade el citado autor, ha terminado triunfando una tesis absolutamente extrema, que fue la que venía contenida en el voto particular que el magistrado VIVER PI-SUNYER introdujo en la sentencia que acabamos de citar, que es la STC 88/1993, de 12 de marzo. Según esto, el concepto de derecho foral debe ser sustituido por el de derecho autonómico y que a la Comunidad autónoma no le corresponde solamente actualizarlo, sino también «desarrollar plenamente cualquier institución que no se halle reservada expresamente para el Estado en la lista de materias contenidas en el artículo 149.1.8.º de la Constitución».

En resumidas cuentas, entiende el autor que se ha pasado de promulgar leyes que conservan, modifican y desarrollan el derecho histórico a después aprovechar la regulación de instituciones históricas para regular sobre instituciones que nunca han tenido ningún precedente en dicho territorio, para finalmente hacer un texto jurídico independiente o por lo menos casi autónomo del Derecho del Estado. Esto se ha consagrado, dice, en el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, a cuyo apartado primero ha subsistido íntegro tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio y que dice literalmente: «*Artículo 129. Derecho civil. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.º de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña*».

Así, entiende el autor que este artículo 129 del Estatuto de Cataluña, pese a la sentencia del Tribunal Constitucional, choca con el artículo 149.1.8.º de la CE, ya

que aquél no establece la competencia exclusiva de la Generalitat en el Derecho civil foral o especial de Cataluña, y de sus especialidades, sino del Derecho Civil a secas o en general, por tanto, sin sujeción alguna a la doctrina del Tribunal Constitucional por la que la Comunidad Autónoma sólo puede desarrollar el Derecho foral en la línea de los precedentes históricos y de los principios que lo informan, sino que podría desarrollar plenamente y en exclusiva el derecho civil, con la única excepción de las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal». Entiende que este artículo choca frontalmente con el artículo 149.1.8.º CE.

VI. VISIÓN DEL AUTOR RESPECTO DE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL SUBYACENTE EN EL CASO PROPUESTO Y SU COMBINACIÓN CON LAS TEORÍAS ESTUDIADAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. EL PROBLEMA DEL DESFASE HISTÓRICO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL RESPECTO DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

En esta parte del comentario pretendo enlazar la teoría de la acción por mí defendida en el apartado I del presente con la discusión sobre a quién le corresponde la competencia de legislar sobre prescripción de las acciones. Del análisis que he hecho hasta ahora, adelanto que entiendo que le corresponde al Estado. Así analizaré dos títulos competenciales que estimo son complementarios, aunque también pueden ser tomados alternativamente.

Pero creo conveniente recordar que, en base a lo hasta aquí expuesto, a mi entender, si partimos de la definición clásica de acción como derecho subjetivo público a una tutela judicial concreta, y si una de las consecuencias de defender esta definición es aceptar la escisión entre el derecho subjetivo que la acción defiende y la acción misma porque cada uno de ellos solicita objetos distintos, uno la prestación y otra la tutela judicial concreta, y tienen obligado distinto, uno el deudor y otra el Tribunal que por mandato constitucional está obligado a dictar derecho al que accionando se lo exigen (principio *non liquere*); y si por razón del sujeto y del objeto de la acción ésta tiene adjudicado el carácter de Derecho público habida cuenta que su finalidad última es su ejercicio en los Tribunales, entonces soy del parecer que yerran los que basan la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la regulación de la prescripción de acciones por la Comunidad Autónoma de Cataluña en la competencia legislativa de ésta en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución.

Por los argumentos expuestos durante este trabajo soy de la opinión de que debe prevalecer la idea de que derecho subjetivo y acción son dos naturalezas jurídicas diferentes, como ya he dicho, por tener objetos y ámbitos diferentes, y una consecuencia de esta diferencia es que aquello que es diferente puede tener encaje diferente en la Constitución y, por tanto, que ésta atribuya competencia para regular uno y otra a distintas Entidades territoriales. Nada impide esta separación en las competencias, e incluso es una técnica habitual que en la propia Constitución permita la concurrencia en competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en una sola materia mediante la técnica de legislación y ejecución; entonces, cuando las realidades a regular son de distinta naturaleza jurídica aunque íntimamente conectadas, cuánto más es razonable pensar en esta separación competencial. Pero a las pruebas me remito, que no es tan sencillo diferenciarlas.

1. Causas de la dificultad de separar conceptual y normativamente la acción y el derecho subjetivo

La antedicha tesis de la separación conceptual y jurídica entre la acción y el derecho subjetivo, si bien, es bien entendida y defendida en el ámbito de los procesalistas; sin embargo, cuenta con más dificultades de comprensión práctica por parte de la doctrina civilista. Las dificultades de comprensión vienen del origen mismo de la Codificación Civil, allá por principios del siglo XIX en la Francia Napoleónica y a finales del mismo en España. Así, en esta Europa Ilustrada corren de la mano, pero en paralelo, dos fenómenos: el constitucionalismo y la codificación civil.

Las Constituciones europeas de aquella época, fuertemente influenciadas por los ideales de la Revolución Francesa y la Carta Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, son un compendio de normas destinadas a la protección de las libertades públicas (libertad de reunión, prensa, manifestación, circulación, propiedad privada, etc.), así como las estructuras del Poder público, pero no se dedican a la regulación del sistema de fuentes ni de las normas sobre vigencia, interpretación y aplicación de las leyes, ni tampoco sobre el ejercicio de las mismas en los Tribunales. Estas cuestiones quedaron confinadas en las leyes de Derecho privado, que por su origen e influencia del Derecho romano contenían la regulación de las acciones que son antecedente mismo de los derechos subjetivos, tal y como he expuesto anteriormente. Es por ello que, cuando en Francia Napoleón inicia el movimiento codificador, incluye estas materias en el *Code*, y realmente al referirse y ser aplicables a todo tipo de normas jurídicas, tanto públicas como privadas, por determinar la eficacia y aplicación de todas ellas y no sólo de las civiles, deberían haber sido reguladas fuera de un Código Civil y dentro de la norma suprema que sería la Constitución.

Cierto es que durante el siglo XIX se practica en Europa lo que se denomina el constitucionalismo débil o blando, según el cual las constituciones no dejaban de ser una declaración programática de derechos y libertades del ciudadano frente al Estado, pero en las que no había ese concepto de jerarquía normativa que luego proclamaría Hans Kelsen, sino que podían ser modificadas u obviado su contenido por leyes o reglamentos. Ante estos modelos constitucionales y teniendo en cuenta la inestabilidad política que hacía sucederse unas tras otras las Constituciones (véase España), no era de extrañar que el legislador viese con mejores ojos al fenómeno codificador civil para incluir en él las normas sobre aplicación, eficacia, jerarquía e interpretación de las normas jurídicas en general y no sólo las de Derecho privado. Los Códigos Civiles eran mucho más estables y perdurables que las Constituciones y gozaban de mejor fama, se pensaba que iban a durar más (fijémonos que, cuando el Código Civil español se promulgó, el *Code Napoléonico* llevaba casi un siglo de vigencia).

Esa perdurabilidad y esa solidez se deben principalmente al carácter completo y autointegrado de los códigos civiles, quienes, recogiendo el testigo del iusnaturalismo, inician el camino apasionante del positivismo jurídico. Eso se debe a que fueron diseñados para contar en ellos con todas las normas que permitiesen al jurista obtener todas las soluciones que necesitare para el caso concreto en un solo texto legal y sin acudir a otros, con los mecanismos necesarios para la integración de lagunas. Por ello era contenido imprescindible la normativa sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas y el sistema de fuentes que permitiera obtener las soluciones, aunque no estuviesen expresamente tipificadas.

Son todos estos motivos los que hicieron contener en los Códigos Civiles normas que realmente deberían o bien figurar en las Constituciones nacionales, por ser la base de todo el ordenamiento jurídico (véanse las normas sobre fuentes del derecho, publicidad de las normas, jerarquía normativa), o bien en normas de derecho político con mero rango de ley (las de nacionalidad, por ser el pueblo y sus ciudadanos el sustrato sobre el que junto con el territorio descansa el Estado), e incluso dentro del Derecho procesal, en materias hasta hace muy poco tiempo reguladas dentro del mismo, como la prueba en el proceso, las presunciones, o las subsistentes, como el valor de los documentos públicos y privados y, tal y como definiendo yo, las acciones.

En combinación con esta última idea, no debemos olvidar que lo que conocemos como Derecho Civil es la decantación a lo largo de la historia de una serie de contenidos tras la desmembración, por evolución teórica o política, de determinadas materias que van a formar ramas independientes del Derecho. Pero tampoco obviemos que toda rama, e incluso todo esqueje desgajado del árbol matriz, siempre se lleva algo de la planta primigenia de la que procede: así el Derecho mercantil que se integra en sus lagunas con el Derecho Civil, el derecho laboral otro tanto de lo mismo, el derecho administrativo por su remisión al Código Civil, etc.

Ello se debe a esa decantación histórica, al origen romano tanto del derecho privado como público, a la naturaleza iusprivatística de muchas de estas ramas especiales, y sobre todo por el carácter cuasiconstitucional de Código Civil en determinadas materias que definen y afectan al resto del Ordenamiento Jurídico.

Es entonces cuando decimos que ese contenido de carácter cuasiconstitucional del Código Civil común recae principalmente sobre su Título Preliminar, pues encierra las reglas básicas del funcionamiento del total del ordenamiento jurídico, no sólo del Derecho Privado, y porque por la importancia estructural de ésta materia debería haber sido contenida en la Constitución como norma suprema que es.

Ahora bien, todo exégeta del Código Civil sabe que una de sus muchas imperfecciones se encuentra en la distribución de las distintas materias dentro de su seno. Ejemplos de ello se encuentran en regular los derechos de prenda, hipoteca y anticresis en el Libro cuarto, que versa sobre las obligaciones y contratos; el de las distintas formas de tradición en el contrato de compraventa en vez de en el Libro segundo; las donaciones en el Libro tercero en vez de en el de contratos; y a lo que a nosotros nos interesa, la institución de la prescripción situada en el Libro cuarto de las obligaciones y contratos. Prueba de ello es que, si realmente la prescripción adquisitiva, la usucapión, no es un contrato, sino más bien un modo de adquirir el dominio encuadrable en el Libro tercero, entonces, ¿cuánto menos la prescripción extintiva de acciones participará de la naturaleza de los contratos? Debemos preguntarnos si no son solamente normas sobre obligaciones y contratos, ¿quién debe regular sobre las acciones y su prescripción?

Siguiendo el razonamiento hasta ahora, digo que, como se refiere a la prescripción todo tipos de acciones derivadas de obligaciones, ya sean de Derecho público como privado, entiendo que no sería lógico pensar que el título competencial habilitante sea el Derecho civil, ni el común ni el foral o especial, ya que excluirían a las acciones de derecho público, sino uno más amplio, dado la generalidad de la materia. Caben dos posibilidades que, como ya he dicho, son complementarias, aunque también pueden tomarse alternativamente.

2. Competencia estatal exclusiva en base al artículo 149.1.8.º CE, «reglas relativas sobre la aplicación y eficacia sobre las normas jurídicas»

Al estar la prescripción extintiva de acciones incorrectamente incluida en el Libro cuarto del Código Civil, ya que no sólo se refiere a las obligaciones y contratos, sino a la prescripción de todo tipo de acciones, no sólo las contractuales (por ejemplo, las reales, las de derecho de familia, etc.), sino también las mercantiles y las de derecho público (por remisión o por aplicación supletoria o extensiva). Así entonces, si por la prescripción extintiva queda afectada la defensa de los

derechos subjetivos de cualquier tipo, perjudicándose con las excepciones interpuestas la eficacia pacífica de los mismos, entonces ello significa que la prescripción extintiva participa de la misma naturaleza cuasiconstitucional del título preeliminar, pese a que por defecto sistemático de Código Civil común quede fuera.

Ello me lleva a pensar lo siguiente: que si la prescripción de acciones, y su pariente cercano, la caducidad de derechos, regulan entre otras cosas la eficacia de distintos objetos (sean acciones o derechos) resultantes de aplicar al caso concreto las normas jurídicas específicas, es que entonces rigen la aplicación y eficacia de las normas jurídicas mismas. Consecuencia necesaria de dicho razonamiento es que si las normas sobre prescripción y caducidad son normas sobre aplicación y eficacia de otras normas, la competencia para legislar sobre normas relativas a la aplicación y eficacia de otras normas jurídicas corresponde al Estado, en virtud del artículo 149.1.8.º de la Constitución.

Dicho esto, si partimos del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.1 de la Constitución, la competencia exclusiva del Estado en materia de aplicación y eficacia de las normas jurídicas es indelegable e irrevocable por actos positivos o por omisión de los Organismos tanto estatales como autonómicos. Ello supone que las normas autonómicas que regulasen aspectos relativos a la aplicación y eficacia de normas jurídicas después de la entrada en vigor de la Constitución es inconstitucional, así como también lo deberían ser las normas jurídicas que regulasen la prescripción y la caducidad antes de la Constitución en cuerpos legislativos que no sean emanados del Estado por inconstitucionalidad sobrevenida.

Entonces, en lo que se refiere al menos a la prescripción y caducidad reguladas en los Derechos de los territorios forales, cabe hacer las siguientes precisiones:

- Cabe entender que si alguna de las compilaciones forales vigentes a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 contenía alguna norma sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas y singularmente sobre la prescripción y caducidad, entonces, como las compilaciones forales eran normas dictadas por las Cortes Generales, que, pese a pertenecer al Régimen preconstitucional, eran inequívocamente el Estado, entonces debieran subsistir dichas particularidades por ser estas normas forales estatales y adecuadas al nuevo reparto competencial designado por el artículo 149.1.8.º CE. Éstas subsistirán sin modificación ninguna, salvo que el propio Estado lo quiera o lo permita.
- Consecuencia de ello cabe entender que, pese a que las Leyes estatales que regulaban las Compilaciones han sufrido una «autonomización» en favor de las Comunidades Autónomas que hayan aceptado las competencias en materia civil, y pese a que en base a dicha competencia de conser-

vacación, modificación y desarrollo, la Comunidad Autónoma foral puede modificar el contenido de la Compilación foral, quedarían, sin embargo, fuera las normas incluidas en ésta relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas forales, por muy especialidad histórica que fueren. No olvidemos que la jerarquía normativa tiene ese efecto: el reparto competencial que diseña debe ser respetado y los foralistas, porque defienden las ventajas que la Constitución concede a sus territorios permitiendo los Derechos forales, deben acatar pacíficamente las restricciones contenidas en la misma. De hecho, esta configuración no supone que en materia de prescripción y caducidad rijan el Código Civil de manera directa, sino sólo supletoriamente, a las normas que sobre la materia recoja la Compilación.

- Finalmente, el mismo reparto competencial supone que las normas contenidas en la Compilación sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas deban ser actualizadas por el Estado, que es el competente, y no por la comunidad autónoma foral, que no es competente.

Es posible que, llegados a este punto, el lector no apruebe la conclusión de que las normas sobre la prescripción de acciones deban recaer en el ámbito competencial relativo a la aplicación y eficacia sobre las normas jurídicas. Por ello, entiendo que también cabría encuadrar la competencia sobre prescripción de acciones en el artículo 149.1.6.^a CE.

3. Alternativa posible: competencia estatal exclusiva ex artículo 149.1.6.^a CE: «Legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»

Si seguimos la tesis dualista de que las acciones son diferentes a los derechos subjetivos y que además pertenecen al Derecho procesal, la regulación sobre la prescripción de las mismas también estaría incardinada en dicha rama del Derecho público. Por ello cabría decir que es competencia exclusiva del Estado su regulación por mor del artículo 149.1.6.^a CE.

Ahora bien, ¿qué significa entonces la frase «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»?

Desde la manera que el legislador catalán lo interpreta, este inciso permitiría que la Generalitat legisle en materia de acciones y su prescripción. Así, el artículo 130 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, bajo el epígrafe «Derecho procesal», dice que: «*Corresponde a la Generalitat dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña*».

Sin embargo, y pese a lo que diga o no diga al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional, el inciso del artículo 149.1.6.ª CE, no atribuye competencia alguna en materia de Derecho procesal a las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial. No lo dice a diferencia del artículo 149.1.8.º CE en el que sí específicamente se les atribuye a dichas comunidades autónomas competencia en materia civil o sea en materia de derecho sustantivo.

Es por este razonamiento que me lleva a pensar que el espíritu del artículo 149.1.6.ª in fine CE va más encaminado a que el competente para proteger las especialidades procesales en materia de derecho foral o especial no sea la Comunidad Autónoma sino el Estado mediante la adaptación de las leyes procesales a las necesidades de ejercicio de los derechos subjetivos creados en las legislaciones forales.

Esta adaptación comparte además la idea antes expuesta que de las Compilaciones forales, pese a haber sufrido un proceso de autonomización, subsisten en su regulación materias que pertenecen por competencia constitucional al Estado y que no pueden ser reguladas por la Comunidad Autónoma correspondiente, pero ya no por la regla octava del artículo 149.1 CE sino por qué no por su regla sexta. Sería por lo tanto el Estado el que debiere regular los plazos de prescripción de las acciones de derechos subjetivos de naturaleza foral y la forma de computar el plazo.

Siguiendo esta última tesis, incluso cabe entender, desde un punto de vista quizás más extremo, que una cosa es que el Estado habilite las normas procesales que adapten las normas procesales al derecho material foral o especial y otra cosa es que se puedan crear cuerpos enteros que diferencien los procesos y su contenido de los que se desarrollen en otras Comunidades Autónomas. No existe en este caso una competencia parecida a la de modificación y desarrollo prevista para las Comunidades Autónomas en el artículo 149.1.8.º CE. Ello se ve en que en el inciso analizado se dice las «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo» de las Comunidades Autónomas. La palabra «necesarias» respecto a las especialidades procesales entiendo que debe entenderse de manera restrictiva, esto es, no más de las especialidades imprescindibles para que pueda alegarse y ejercitarse en juicio las normas sustantivas forales, o bien, respecto de la prescripción de acciones, si el derecho sustantivo foral somete a un derecho subjetivo a la extinción por el mero plazo del tiempo, regular el cómputo de ejercicio de la caducidad de los derechos y las acciones derivadas de los mismos.

Añado que la concepción de que el Estado sea el que adapte el Derecho Procesal al Derecho sustantivo foral debe hacerse siempre asegurando la igualdad de los españoles ante la ley, conforme al artículo 14 de la Constitución, combinado con la tutela judicial efectiva del artículo del mismo cuerpo legal. Ello supone que

cuando se regulen especialidades procesales para los Derechos Forales deben éstas manejar la misma terminología procesal y conceptos que tengan valor jurídico equivalente, ya que el artículo 149.1.6.º se refiere a particularidades del derecho sustantivo, no del derecho procesal, en donde debe regir la igualdad entre los españoles para evitar discriminaciones.

Este último inciso lo traigo a colación para llamar la atención del lector sobre que el Libro primero del Código Civil de Cataluña, en sus artículos 121.1 y siguientes, al intentar renovar la normativa de la Compilación catalana en materia de prescripción y caducidad, además de regular un ámbito para él, entiendo yo es discutible que tenga la Comunidad Autónoma catalana competencia para legislar, lo hace además de modo que introduce una modificación terminológica, ya que habla de prescripción y caducidad de «pretensiones» y no de acciones, ni siquiera de derechos subjetivos.

La Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, que aprueba el Libro primero del CC de Cataluña dice en su artículo 121-1, titulado «Objeto» lo siguiente: «*La prescripción extingue las pretensiones relativas a derechos disponibles, tanto si se ejercen en forma de acción como si se ejercen en forma de excepción. Se entiende por pretensión el derecho a reclamar de otra persona una acción o una omisión*». En los apartados siguientes vuelve a repetir que lo que se extinguen por prescripción son las pretensiones y no las acciones, y que lo que se ejercitan son las pretensiones y no las acciones. Incluso, al hilo de lo que he expuesto yo en el apartado I de la presente, tipifica, eso sí, usando el concepto de pretensión, la irrepetibilidad de lo pagado por derecho subjetivo exigible, pero susceptible de oponerle excepción de prescripción (*artículo 121-9. «Irrepetibilidad. No puede repetirse el pago efectuado en cumplimiento de una pretensión prescrita, aunque se haya hecho con desconocimiento de la prescripción.*»).

Sin embargo, y pese al esfuerzo encomiable del legislador catalán al mejorar la institución de la prescripción y de la caducidad, además del problema competencial antes referido, entiendo que al utilizar sistemáticamente y como eje central de ambas instituciones el concepto de «Pretensión», incurre a mi juicio no sólo en un error conceptual, sino que también y con ello altera no sólo lo dicho en el precedente inmediato, que en la Compilación de Cataluña regulaba la especialidad en materia de prescripción el citado artículo 344.2, en el que se refiere a las acciones, sino que claramente adopta una teoría de la acción meramente monista confundiendo la acción y el derecho subjetivo, mediante un concepto, la pretensión, intermedio entre ambos y vinculado al derecho al proceso.

De hecho, la pretensión es algo distinto a la acción y no necesariamente vinculado a un concreto derecho subjetivo. Uno puede tener una pretensión que no esté basada en un derecho subjetivo y pida amparo a los Tribunales para que éstos decidan, aunque éstos decidan denegarle el amparo correspondiente a la preten-

sión del demandante. Otro caso que evidencia la diferencia: uno puede tener derecho que fundamente su pretensión de satisfacerlo obteniendo el amparo solicitado, pero carecer de acción para defenderlo, bien porque ha prescrito, bien porque ha renunciado a la acción para defenderlo. La pretensión existe porque existe en el pensamiento volitivo del sujeto activo del derecho subjetivo, pero no puede resarcirla por los motivos indicados, pero la pretensión de ejecutar el derecho subjetivo subsiste, no puede prescribir, y de hecho, si se ejercita ante los tribunales y el sujeto pasivo de la relación jurídica, el obligado a satisfacer el derecho subjetivo no opone la excepción a la acción prescrita, el tribunal, dado el carácter rogado del proceso privado, estará obligado a proporcionar la tutela judicial concreta solicitada.

Esta concepción viene brillantísimamente formulada por el catedrático de Derecho Procesal don Andrés DE LA OLIVA SANTOS², quien define la pretensión como «el acto de pretender una tutela jurisdiccional concreta, que cabría entenderse como manifestación del derecho fundamental, abstracto, de acceder a los tribunales» y que tiene como contenido la «afirmación de la acción, esto es, de derecho a obtener la tutela jurisdiccional que se pretende (...) y ejercicio del derecho a una sentencia sobre el fondo, el derecho al proceso». También añade brillantemente que: «La pretensión es un acto dotado de importante eficacia jurídica: integra y concentra el ejercicio de la acción y el ejercicio del derecho al proceso y pone en marcha a la Jurisdicción». La cuestión es importante: se puede tener acción, pero no tener derecho al proceso por no haber iniciado el proceso adecuadamente, y se puede tener derecho al proceso por cumplir los requisitos para ello, pero no tener acción, esperando que en virtud del derecho al proceso se evacue una sentencia aunque sea desestimatoria.

Estas diferencias entre pretensión y acción, que parecen ser evidentes, no sé si son realmente apreciadas por el legislador catalán o simplemente confunde pretensión con acción. Esto no debe ser exactamente así, puesto que incluso en el artículo 121.2 del Libro Primero del CCCat enumera una serie de pretensiones que no prescriben y que se ejercen mediante acciones meramente declarativas. Por ello, parece que ve alguna diferencia entre acción y pretensión, y con ello se separa del régimen común del Código Civil, que en todos los artículos 1961 y siguientes se rotulan de la prescripción de las acciones, y en ningún caso de las pretensiones. Es cierto que el artículo 344 de la Compilación de derecho civil catalán que ya hemos analizado habla de prescripción de acciones y de derechos, pero en ningún caso se refiere a pretensiones; además se remite al Código Civil, por lo que debe entenderse que existe una unidad sistemática y conceptual entre los dos cuerpos legales, pues lo contrario dificultaría su aplicación; y por último,

² DE LA OLIVA SANTOS, A., y otros: *Derecho Procesal, Introducción* (Andrés DE LA OLIVA SANTOS y otros autores), segunda reimpresión de la segunda edición, enero 2003, pp. 85, 93 y 94, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.

la referencia del artículo 344 de la Compilación Catalana, tanto a derechos como a acciones, puede servir para adaptar a ese régimen la extinción de derechos subjetivos privados (que no sus acciones) por el mero lapso de tiempo, aproximándose al régimen de la prescripción. Entiendo que aunque el nuevo legislador catalán quiera con la nueva regulación separarse de los conceptos manejados por el Código Civil común, sin embargo, se demuestra que conserva una raíz común con él, ya que redacta sus artículos de forma parecida en tono, sintaxis y gramática con el Código Civil común, por lo que no se entiende el uso del concepto de pretensión, como no sea para evitar conflictos de constitucionalidad con el Estado. También hago constar cómo en ocasiones el legislador catalán utiliza la palabra pretensión como sinónimo de prestación o actividad que se presta por la obligación jurídica que vincula al deudor con el acreedor, cuando como ya hemos dicho son conceptos diferentes.

Frente a esta última tesis formulada cabe oponer las siguientes objeciones argumentadas, a las que yo a su vez contraargumento:

- Objeción: que el derecho foral catalán tiene derecho a desarrollarse íntegramente formando un cuerpo jurídico autointegrado, tanto en sus fuentes materiales como formales y, por tanto, no puede quedar al arbitrio de Entidad ajena al Parlamento Autonómico normas importantes, como por ejemplo las relativas a la prescripción y caducidad de derechos y acciones. Contraargumento: al ser competencia del Estado, sólo a él, a través de la voluntad popular representada en las Cortes Generales, le corresponde decidir si desea mantener la especialidad foral en materia de duración de acciones o de derechos, o si por el contrario uniformiza el régimen de prescripción o la caducidad para todos los españoles.
- Objeción: que si se defiende la tesis dualista del derecho subjetivo y la acción, como distintos objetos de derecho, y si consideramos la acción como un derecho subjetivo público de naturaleza procesal, entonces cabría otorgar su regulación a la comunidad autónoma foral al amparo del artículo 149.1.6.^a CE, ya que éste atribuye competencia exclusiva sobre Legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Así, si el derecho foral es competente para normar derechos subjetivos, también lo será para regular su caducidad, las acciones necesarias para defender dichos derechos, así como la prescripción de dichas acciones. Contraargumento: primero, lo dicho sobre el artículo 149.1.8.^o CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, sino también el tenor literal del artículo 149.1.5.^o CE, que no sólo atribuye en exclusiva al Estado la legislación procesal, sino que específicamente no le atribuye ninguna competencia a las Comunidades Autónomas forales. Así del inciso

resulta la interpretación de que el Estado, al desarrollar el derecho procesal, debe respetar las especialidades forales de manera que puedan llevarse a cabo, realizarse y ejercitarse en y ante los tribunales.

Este último contraargumento es de gran importancia, ya que permite interpretar la Constitución al modo de que el Estado, por la vía del derecho procesal, no cercene la aplicación práctica de los derechos forales. Es un mandato al Estado para que ponga los medios necesarios para que el Derecho foral no quede anulado por el Derecho procesal. Y el artículo 149.1.5.º no habla de conservación, modificación ni desarrollo por las comunidades autónomas del derecho procesal, sino que es el Estado el que fabrique las necesarias especialidades para encuadrar el ejercicio y protección de los derechos subjetivos de origen foral dentro de la legislación procesal.

Consecuencia práctica de ello será que no sólo se aplica, en la ley de enjuiciamiento civil, norma procesal por excelencia, sino en otras de naturaleza procesal más disimulada, como por ejemplo la Ley Hipotecaria, que regula el procedimiento registral, y que, siendo de competencia del Estado, no sólo sirve para inscripción de derechos subjetivos nacidos de la legislación estatal, sino también los nacidos de la legislación foral. Se ve más claramente en los supuestos previstos en la Ley y Reglamentos hipotecarios, en los que se adaptan fórmulas para inscribir actos jurídicos inmobiliarios con elementos forales (heredamientos, legítimas, regímenes económicos especiales, etc.).

4. Tesis de cierre: artículo 149.1.8.º CE: «Bases de las obligaciones contractuales»

En el caso de que se desechen las dos tesis anteriormente descritas, entiendo que también podríamos considerar, para su aplicación al caso concreto propuesto por la sentencia que comentamos, que la acción generada de la obligación de indemnizar del Consorcio de Compensación de Seguros pueda acogerse a la prescripción del Código Civil común y no al Libro Primero del CCCat apelando a la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales del artículo 149.1.8.º CE.

Puede parecer extraño, no sólo por lo etéreo de la formulación competencial (no se sabe con exactitud qué comprenden las bases de las obligaciones contractuales), sino que también porque hemos repetido que la obligación del Consorcio de Compensación de Seguros no es una obligación contractual, sino de origen legal.

Sin embargo, siendo eso verdad, no es menos cierto que también hemos comentado que las materias del Código Civil común, pese a tener un cierto orden,

sin embargo, su «sede materiae» no es del todo correcta. Así se entiende que la prescripción de acciones y de derechos puede formar parte de otros títulos del Código Civil. Pues bien, aunque consideremos que la normativa sobre prescripción de acciones regulada en el título XVIII, capítulo III, no fuere general para todo tipo de obligaciones, por extensión a los demás negocios jurídicos el concepto clásico de contrato que figura en el código o de la obligación contractual (obligaciones de familia, personas, bienes, o las administrativas), sin embargo, al menos es indudable que sí rigen para acciones derivadas de las obligaciones y los contratos regulados en el Libro IV del Código Civil común, y dentro de él todas las obligaciones, no sólo las contractuales, sino también las extracontractuales y la que nos interesa, las que proceden de la ley, como es la del Consorcio de Compensación.

Visto esto debe resultar básico todo aquello que procure la igualdad de trato entre los españoles, aplicando el concepto del artículo 14 CE, de no discriminación por razón de nacimiento, etc. La regulación de la prescripción del Libro primero del Código Civil de Cataluña es más moderna, más completa y permite figuras novedosas, como la suspensión por fuerza mayor, por relaciones familiares y respecto de la herencia yacente; o la interrupción de la prescripción; o que, según el artículo 121-3 CCCat, «las normas sobre prescripción son de naturaleza imperativa. Sin embargo, las partes pueden pactar un acortamiento o un alargamiento del plazo no superiores, respectivamente, a la mitad o al doble del que está legalmente establecido, siempre y cuando el pacto no comporte indefensión de ninguna de las partes». Pero ahora bien, el que el legislador sea más moderno no quiere decir que pueda con su actuación legislativa crear diferencias entre españoles, porque ello necesariamente acabará en perjuicio para éstos y sobre todo es contrario al principio de igualdad y no discriminación procesal, ya sea en beneficio de unos frente a otros, o ya sea en perjuicio de uno contra otros. Y esto es, en derecho de obligaciones, y si el lector no se abona a las tesis procesalistas que he expuesto anteriormente, lo básico que debe protegerse con una regulación estatal que no ponga en materia tan sensible a unos españoles sobre otros a la hora de reclamar la defensa de sus derechos.

Fíjese el lector que el propio libro primero del CCCat perjudica al particular con su regulación respecto del resto de españoles, ya que establece en su artículo 121-24 un plazo de preclusión, de manera que «cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23 en materia de cómputo de plazos». Prescribiendo la pretensión por dicho plazo preclusivo, entonces, si voluntariamente el sujeto pasivo paga al activo, ¿se podría decir que el pago es indebido? Lo dejo simplemente apuntado.

VII. APLICACIÓN CRÍTICA DE LAS TEORÍAS EXPUESTAS AL CASO REGULADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2013. REFLEXIÓN FINAL

Teniendo en cuenta la exposición antes redactada, comprenderá el lector que el caso planteado, pese a que en extensión el Tribunal Supremo despacha el recurso en pocas páginas, tiene más enjundia del que a simple vista y por la materia enjuiciada pudiera parecer.

Cierto es que el TS despacha la cuestión tomando como base la Disposición Final Primera de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que se refiere a que el Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución Española, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil, por lo que dice en la sentencia que: «las normas de dicha ley rigen directamente en todo su territorio, sin que pueda operar en este caso el principio de territorialidad para reclamar la aplicación de la norma catalana». Sin embargo, esto es muy discutible, ya que la ley se refiere a todo tipo de conductores y no sólo a los empresarios y profesionales. El hecho de conducir mismamente no puede considerarse un acto de comercio, y dentro de dicho texto refundido se contienen definiciones y configuraciones de las obligaciones nacidas de responsabilidad civil pura que trascienden el mero ámbito de lo mercantil para incidir en el derecho privado básico que es el Derecho civil. Probablemente sea que, como se puede inferir de los conflictos competenciales que vislumbro en este comentario, es más fácil acogerse al título competencial exclusivo de la legislación mercantil para extender soluciones para todo el territorio nacional que ir luchando parlamentito foral a parlamento foral.

Añadido a esto, tanto si se piensa que la Comunidad Autónoma de Cataluña es competente para regular, como lo ha hecho en el Libro Primero del CCCat la materia de la prescripción y caducidad de acciones, como si le han convencido todos o algunos de los argumentos antes expuestos, no me negará que la cuestión es cuanto menos pantanosa, y que mucha de la confusión inherente al caso se debe a una utilización de la terminología jurídica cuanto menos discutible.

Es de desear que el legislador, del orden que sea, se acostumbre al uso más exacto de las categorías jurídicas, que por otro lado demuestra que conoce.

Para demostrar que la ligereza en el uso de la terminología jurídica no es inocua, sino verdaderamente inicu, no me resisto a desvelar un último pensamiento respecto del caso planteado, de donde quizá pueda colegirse la confusión sufrida por la Audiencia de Barcelona en el caso propuesto. Así, el artículo 121-21, titulado «prescripción trienal», dice: «Prescriben a los tres años: d) Las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual». Bien, pues eso no significa que a

los tres años prescriba sólo la acción para reclamar la obligación derivada de culpa extracontractual simple, sino también las derivadas de delito, que según la doctrina no prescriben al año, sino a los quince y que derivan de ley estatal (Código Penal) y sometido a éste; o también las del propio Consorcio de Compensación, como accesoria a la obligación extracontractual del conductor no asegurado; o incluso la prescripción de la acción contra la compañía aseguradora por daño propio, etc. Es decir, por mor de dicho concepto tan indeterminado como es la pretensión y relacionado con otro no mucho más claro, como es la responsabilidad, el espectro de casos que el artículo 121-21 del CCCat pasaría a regular se extiende más allá que la remisión que el artículo 1968.2 del CC hace, esto sí, a una obligación propiamente dicha, como es la enunciada en el artículo 1902 del Código Civil común.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DE LA OLIVA SANTOS, A., y otros: *Derecho Procesal, Introducción* (Andrés de la Oliva Santos y otros autores), segunda reimpresión de la segunda edición, enero 2003, paginas 85, 93 y 94, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.

LAMARCA MARQUÉS, A.: «*El futur del Dret patrimonial de Catalunya: la prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació*». X.^a Jornadas de Derecho catalán, Tossa de Mar, del 17 al 19 de septiembre de 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: «El Derecho civil ante la reforma de los estatutos de autonomía», revista *El Notario del siglo XXI*, número 7, 12 de junio de 2006, Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

(Trabajo recibido el 21/7/2014
y aceptado para su publicación el 31/7/2014)

LA CANCELACIÓN DE CARGAS ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

CRISTINA VALERO SANJUÁN
Notaria

RESUMEN

Este breve estudio alude a diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado recaídas recientemente que tienen por objeto la cancelación de los embargos administrativos anteriores a la declaración de concurso, en las que se interpreta el artículo 55 de la Ley Concursal tras la reforma operada por la Ley 22/2009 y posterior Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Palabras clave: concurso de acreedores, cancelación, embargo, declaración de concurso.

THE CANCELLATION OF CHARGES PREVIOUS TO BANKRUPTCY DECLARATION

ABSTRACT

This brief study refers to various resolutions of the General Direction of Registers and Public Notaries recently delivered in relation to the cancellation of administrative attachments previous to the opening of the insolvency proceedings, in which Article 55 of the Bankruptcy Law is interpreted.

Keywords: arrangement with creditors, cancellation, attachment, the opening of the insolvency proceeding.

CRISTINA VALERO SANJUÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES RECAÍDAS EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY CONCURSAL.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos han recaído diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan la interpretación de la redacción dada a los párrafos primero y tercero del artículo 55 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio (en adelante, LC), por la Ley 22/2009, de 9 de julio, y su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

De todas las resoluciones recaídas al respecto, vamos a destacar dos que inciden de una forma directa en esta materia, que son la resolución de **11 de julio de 2013** y la de **1 de abril de 2014**.

A priori, ambas resoluciones parten de un supuesto de hecho similar, a saber:

- Existe un embargo a favor de la Hacienda Pública anotado sobre un bien de una persona que posteriormente es declarada en concurso, por un crédito anterior a la declaración concursal.
- Mediante auto, el juez de lo mercantil encargado del concurso concede a la administración concursal autorización judicial para la venta del bien y ordena el levantamiento y cancelación del embargo a favor de la Hacienda Pública sobre dicha finca, librando el oportuno mandamiento de cancelación al Registro.
- El registrador de la propiedad, en ambos supuestos, suspende la cancelación de la anotación preventiva de embargo ordenada por el juez de lo mercantil, alegando, entre otros defectos, que no puede proceder a la cancelación de los mismos por tratarse de embargos administrativos, de conformidad con el artículo 55.3 LC.

II. COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES RECAÍDAS EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 55 DE LA LEY CONCURSAL

La primera cuestión que vamos a plantear es si el juez de lo mercantil encargado del concurso tiene competencia para cancelar la anotación de embargo anterior a la declaración.

En sendas resoluciones, el Centro Directivo se pronuncia en igual sentido: no se plantea problema alguno respecto de la autorización judicial para la venta del bien de la persona declarada en concurso. En este sentido, el artículo 43.2 LC determina que, una vez declarado el concurso, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez. Al mismo tiempo, el artículo 149.3 LC admite que el juez mercantil encargado del procedimiento concursal pueda autorizar la liquidación de bienes, en cuyo caso, en el auto de aprobación de la transmisión de los bienes o derechos realizados en forma separada, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos que no gocen de privilegio especial.

Por otro lado, si bien es cierto que del artículo 84 de la Ley Hipotecaria resulta que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el juez o tribunal que la hubiese ordenado, no es menos cierto que en esta materia debe partirse de la competencia del juez del concurso para conocer de todas las incidencias de la ejecución. Este principio general aparece recogido, en primer lugar, en la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal, que dice: *«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de todas las materias que se consideren de especial trascendencia para el patrimonio del deudor»*. También recoge este principio el artículo 8 de la LC, que dispone que el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales del concursado quedan sujetas al procedimiento de concurso.

De todo lo anterior se desprende, por tanto, que la competencia del juez del concurso es *vis atractiva*, no sólo para llevar a cabo las ejecuciones singulares, sino también para ordenar la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas.

Ahora bien, hay que tener presente que el juez de lo mercantil debe respetar la ejecución separada a la que se refiere el **artículo 55.1 LC** (también modificado por la Ley 38/2011 anteriormente citada), el cual dispone lo siguiente: *«Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»*.

Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado dili-

gencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.»

A este respecto, la Dirección General, concretamente en la citada **resolución de 11 de julio de 2013**, señala que la ejecución separada o aislada de las ejecuciones derivadas de la providencia de embargo anterior al concurso se traduce, en materia de cancelaciones, en que la posibilidad que tiene el juez del concurso para ordenar las cancelaciones en las ejecuciones que queden suspendidas, pero no la tiene cuando se trate de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada.

Así, el **artículo 55.3 LC** dispone: *«Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos».*

En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de octubre de 2013, en su Fundamento Jurídico Tercero, señala, a colación del nuevo apartado 3 del artículo 55 de la Ley Concursal, que *«... no puede equipararse la suspensión con el levantamiento y cancelación del embargo. Mientras que con la cancelación el bien embargado pasa a formar parte de la masa activa sin limitación, no ocurre lo mismo con la mera suspensión, puesto que sin el posterior levantamiento de la carga, el bien embargado no queda libremente disponible para el concursado. Y dicho levantamiento está sujeto a un requisito material: Que el mantenimiento del embargo dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado...».*

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 38/2011, la sola suspensión de la ejecución no determinaba *per se* el alzamiento de los embargos ya trabados antes de la declaración de concurso. Los tribunales sólo cancelaban los embargos con la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, el mantenimiento de esos embargos durante la fase común del concurso podía conllevar importantes problemas para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En esta línea, antes de la aparición de la Ley de reforma del 2011 citada, un auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 12 de marzo de 2008 señaló que la posibilidad de reinicio con subsistencia de embargos resulta incompatible con el carácter universal del procedimiento concursal y es natural consecuencia, tal y

como señala la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, con la finalidad de hacerles pago, total o parcialmente, de sus respectivos créditos por el orden previsto en los artículos 154 y siguientes de la Ley Concursal.

En términos coincidentes, puede citarse el auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 31 de marzo de 2008, también anterior a la reforma, que dispone que, en principio, el proceso de liquidación que regulan los artículos 148 y siguientes de la Ley Concursal obliga a la enajenación de los bienes para que con el producto obtenido se proceda al abono de los créditos en la forma señalada en la misma. Para la enajenación del bien podrá acordarse en el auto de adjudicación correspondiente la cancelación de las cargas anteriores que tengan las características antes expresadas. No es posible que tras su realización permanezcan los embargos inscritos, y corresponde al juez del concurso acordar su desaparición, para que el adquirente no los padezca y para no otorgar un privilegio que la sola anotación no concede, para perseguir el bien así transmitido a un tercero.

Tras la ley 38/2011, el levantamiento y cancelación de los embargos puede tener lugar en cualquier momento de la fase común, siempre que se cumpla el requisito señalado en el precepto, es decir, que el embargo sea anterior a la declaración de concurso y que se trate de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Otra de las cuestiones que nos podemos plantear en torno al artículo 55.3 LC es si el mismo resulta o no aplicable a la fase de liquidación del concurso. Esto también ha sido abordado por el citado auto de la Audiencia Provincial de Córdoba en su Fundamento Jurídico Quinto cuando señala que «... *el propio artículo 55.1 LC hace referencia expresa también al momento de aprobación del plan de liquidación, como límite temporal para la continuación de procedimientos administrativos de ejecución y ejecuciones laborales. Por tanto, puede considerarse pacífico que en la liquidación todos los bienes que formen parte de la masa activa se enajenan libres de cargas y su producto se destina a incrementar la masa activa a favor de todos los acreedores, en aras del principio de la par conditio creditorum.*

Y del mismo modo, parece razonable sostener que el artículo 55.3 LC no resulta aplicable a la fase de liquidación; básicamente porque en esta fase liquidatoria realmente no cabe hablar de suspensión de ejecuciones, puesto que éstas no se volverán a reanudar, y la realización de los bienes embargados será la prevista en el plan de liquidación aprobado, siendo sustituida la primitiva ejecución singular por la colectiva».

No obstante, el problema principal en la interpretación del artículo 55.3 LC y sobre el que tratan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

Notariado al principio reseñadas radica en su último párrafo: *«El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos»*.

Este párrafo ha sido objeto de diversas interpretaciones y, a simple vista parece que introduce una prohibición taxativa de levantar, dentro del concurso, embargos acordados por las administraciones públicas.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que no se trata de una prohibición absoluta, y en este sentido la Dirección General, en la **resolución de 1 de abril de 2014**, fija el ámbito de esta prohibición comprendida en el artículo 55.3 *in fine*: *«Habrá que entender que la imposibilidad de cancelación de los embargos administrativos está referida a los que gocen de ejecución aislada, que son los trabados antes de la declaración concursal y que recaen sobre bienes no necesarios»*.

Entre tales excepciones no se cuentan los embargos por créditos ordinarios, que quedan sometidos a la regla general de su cancelabilidad por mandato del juez del concurso, cancelación que en todo caso queda sometida a una triple condición:

1. Que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal.
2. Que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y
3. Que se dé audiencia previa de los afectados.

Y es precisamente este criterio el que determina que, en las dos resoluciones citadas al principio, el Centro Directivo resuelva en distinto sentido: así, en la **resolución de 11 de julio de 2013** se confirma la nota de calificación del registrador, suspendiendo la cancelación de la anotación preventiva de embargo ordenada por el juez de lo mercantil, por recaer en este caso concreto sobre bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor que justifique la competencia del juez de lo mercantil para ordenar la cancelación, aún siendo la anotación previa a la declaración de concurso; y en cambio, en la **resolución de 1 de abril de 2014**, la Dirección General estima el recurso interpuesto y revoca la nota de calificación del registrador, por tratarse de bienes necesarios para la continuación de la actividad del concursado, constar que se ha dado audiencia a la parte afectada, en este caso la administración Tributaria, y por concurrir también el requisito de ser el embargo anterior a la declaración de concurso.

*(Trabajo recibido el 15/9/2014
y aceptado para su publicación el 30/9/2014)*

RECENSIÓN

EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y CONCURSO DE ACREEDORES / EXEMPTION OF THE UNSATISFIED LIABILITIES AND ARRANGEMENT WITH CREDITORS

Autor: DON SANTIAGO SENENT MARTÍNEZ

Tesis doctoral dirigida por doña Juana PULGAR EZQUERRA
en la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho,
Departamento de Derecho Mercantil

JOSÉ FRANCISCO VELASCO PECHE

Notario

La presente tesis analiza, de modo completo y exhaustivo, los diversos supuestos en virtud de los cuales el deudor no sólo va a resultar exonerado del pasivo concursal a la conclusión del concurso de acreedores, sino que, aunque «*retorne a mejor fortuna*», la satisfacción de dicho pasivo no va a poder ser exigido, produciéndose así una exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

Su autor, don Santiago SENENT, la estructura en cuatro partes, precedidas de una introducción en español e inglés, y seguidas de sus conclusiones y bibliografía empleada en su elaboración.

En la **introducción** se ubica la problemática en torno a qué funciones puede desempeñar la institución concursal, siendo éstas esencialmente la función solutoria y la función conservativa de la actividad económica del concursado (e incluso la superación definitiva de la situación de insolvencia del deudor), sin olvidar, en el caso del concursado persona física, evitar su exclusión social mediante la atemperación del efecto que produce la responsabilidad patrimonial del deudor ex artículo 1911 del Código Civil respecto de las deudas pretéritas. La distinta con-

jugación de estos factores explica la diversidad jurídica legislativa existente en los países de nuestro entorno.

No obstante la antedicha función solutoria del concurso es frecuente que a la conclusión del proceso concursal no se hayan satisfecho la totalidad de las deudas del concursado, ni pueda ser exigido ese pasivo insatisfecho al deudor tras la conclusión del concurso. Este efecto se produce a través de diversos mecanismos jurídicos que conectan con algunas de las finalidades asignadas al proceso concursal y que pueden agruparse en dos grandes bloques que engloban lo que el autor denomina mecanismos impropios y propios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

La **parte primera**, bajo el título de «**consideraciones de política jurídica: fines del concurso de acreedores y prestaciones del estado social del bienestar**», realiza un estudio histórico y actual del derecho español y del derecho de otros países, de la teleología de esta figura jurídica.

El autor expone de forma didáctica los dos modelos clásicos de regulación de la crisis empresarial: el denominado método de mercado y el método gubemativo. El primero se caracteriza por ser general, judicial y esencialmente sancionador, mientras que el segundo se caracteriza por ser especial, administrativizado y, esencialmente, conservativo.

Tras ello destaca cómo partiendo de uno u otro modelos clásicos se llega a un modelo mixto que tiene en cuenta en distinto grado ambas finalidades, tal y como resulta del estudio de los derechos italiano, francés y alemán. También es así en el caso del ordenamiento jurídico español, donde, partiendo de un modelo inequívocamente solutorio seguido por el Código de Comercio de 1885, se ha llegado a la vigente Ley Concursal (en adelante, LC), que sin abandonar la finalidad solutoria como base del sistema, favorece la continuidad de la empresa.

Ello no obstante, resalta SENENT que la conservación de la empresa no es, en sí mismo, un fin del procedimiento concursal, sino antes bien un fin instrumental al que puede aspirarse cuando ello permita o, al menos, no perturbe los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus créditos, pese a que la EM de la Ley de 10 de octubre de 2011, de reforma de la LC, incida en dicha conservación.

Se concluye esta primera parte aludiendo a los motivos de política económica que han propiciado el auge del «discharge» o mecanismos directos de exoneración del pasivo insatisfecho, con independencia de que la consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley y es objeto de detallado estudio en la tercera parte de la tesis.

La **segunda parte** estudia «**los mecanismos impropios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso de acreedores**». A diferencia de lo que acontece con los mecanismos propios, los impropios, o bien no tienen un origen legal, o bien el efecto liberatorio no se produce de modo directo. Dentro de estos mecanismos impropios se encuentran el convenio concursal y la extinción de la persona jurídica:

a) Respecto al *convenio concursal*, comienza el autor por ofrecer una perspectiva histórica del mismo (desde los remotos antecedentes del derecho romano hasta la regulación moderna, tanto en derecho español como en el derecho comparado), definiéndolo como «un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de los acreedores, sancionado por la autoridad judicial (homologación), y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación».

En cuanto a la naturaleza jurídica del concurso, la concepción predominante entre nuestra doctrina y jurisprudencia es aquella que afirma la naturaleza mixta o *sui generis* del convenio, como consecuencia del doble carácter del mismo: por una parte, privado-contractual y por otra público-procesal (pero con preeminencia de la naturaleza contractual) y con eficacia novatoria condicionada al cumplimiento del convenio.

Tras estudiar la tramitación y requisitos formales, se centra SENENT en el contenido típico del convenio: la quita y/o la espera; aludiendo también al contenido potestativo, alternativo o prohibido del mismo. Después estudia la eficacia del convenio, residiendo en su aprobación el momento determinante para que aquél despliegue sus efectos, si bien algunos de los efectos del convenio se producen solamente con el cumplimiento del mismo y no con su aprobación y otros se produjeron antes y cesan precisamente con ésta.

Finalmente, tras apuntar las consecuencias en los supuestos de ineficacia del convenio judicialmente aprobado y de declaración de incumplimiento del convenio, se centra SENENT en la conclusión del concurso por resolución judicial que declara el cumplimiento del convenio, que supone la «exoneración impropia del pasivo», al quedar el deudor liberado del importe remitido aunque llegare a mejor fortuna, lo que le diferencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, supuesto en el que el artículo 178.2 LC contempla la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil.

b) Respecto a la *extinción de la persona jurídica*, comienza SENENT distinguiendo entre unas causas típicas de conclusión del concurso (cumplimiento del convenio o la finalización de la fase de liquidación, a las que acertadamente añade la inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso) y unas causas anómalas (la satisfacción extraconcursal de los acreedores y la conclusión por

insuficiencia de masa), haciendo especial hincapié en las novedades introducidas en esta materia por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El artículo 178 LC regula los efectos que produce la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, poniendo de manifiesto el autor que en este supuesto concluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor respecto de la persona jurídica, que se extingue con la conclusión, pero no respecto de la persona física. Conclusión que estima subsistente, pese a la nueva redacción del artículo 178.2 dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dado que esta forma de conclusión del concurso respecto de la persona física implica la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal, salvo que proceda la liberación de deudas en los términos de los artículos 178.2 y 242.2.5 LC. Ahora bien, en el caso de la persona jurídica, la extinción se convierte en una consecuencia necesaria de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo, si bien condicionada a la no aparición posterior de bienes de la concursada que determinarían la reapertura del concurso. Y para el caso de existir bienes inembargables de la sociedad, al carecer de norma al respecto la LC, el autor propone brillantemente la aplicación analógica del artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder a su reparto entre los socios.

A continuación realiza SENENT un estudio del proyectado procedimiento societario de liquidación de sociedades sin activo, contenido en la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Esta Propuesta incluye un mecanismo específico de cancelación registral de sociedades sin activos al margen del procedimiento concursal, lo que merece la crítica positiva del autor, sin perjuicio de su posible perfeccionamiento en lo que a su presupuesto objetivo concierne. Y concluye esta parte con un análisis de la reapertura del concurso como instrumento complementario de reintegración y liquidación de la masa activa.

La **tercera parte** estudia los **mecanismos propios de exoneración del pasivo concursal insatisfecho o, en terminología anglosajona, la «discharge»**, que es un instrumento jurídico, introducido en EEUU por la Bankruptcy Act de 1898, en virtud del cual, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, el deudor persona física se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal. La «discharge» se configura como un último recurso, limitándose a asumir una situación fáctica: esas deudas, como se constata en la realidad, en un elevado porcentaje de supuestos no se van a pagar nunca, evitando la referida liberación de deudas la «exclusión social» que la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal puede comportar para el deudor y permitiéndole un «*fresh start*», esto es, un nuevo comienzo con el fin de intentar recomponer su vida económica, lo cual a la postre redundará en beneficio de la sociedad.

El sistema de «discharge» se contrapone al modelo de la rehabilitación, que prevalece en algunos países europeos, y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana.

A continuación se analizan las iniciativas internacionales llevadas a cabo en relación a la «discharge», destacando la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL); el Draft del Banco Mundial de octubre de 2012 del grupo de trabajo sobre la insolvencia de las personas físicas, y las distintas iniciativas de la Unión Europea.

Seguidamente, estudia cómo se regula la «discharge» en los derechos norteamericano, italiano, francés, alemán, portugués y belga:

- El sistema norteamericano fue el introductor de la «discharge», basado en principios como los de «fresh start» y «second chance». Sin embargo, las nuevas normas concursales harán más difícil que los consumidores lleguen al juzgado de lo concursal y encontrarán un alivio menos efectivo una vez que lo hagan.
- En el Derecho francés aparece más bien como la constatación del fracaso de otros sistemas de reestructuración del pasivo del deudor. La liberación de deudas se produce de modo automático, como consecuencia de la constatación de una inexistencia de bienes para hacer frente al pago de las deudas preexistentes, sin necesidad de solicitud expresa por parte del deudor. No obstante, no contempla un procedimiento uniforme en todo caso, sino que la condición del sujeto determina el procedimiento a seguir.
- En derecho italiano se contempla la exoneración empresarial de responsabilidad y se da un tratamiento específico al consumidor. Esto es, sólo el empresario individual de no reducidas dimensiones se puede acoger a la «esdebitazione», para así evitar que se endurezcan las condiciones de crédito a los deudores débiles, en una decisión de política legislativa sobre la que incluso se han planteado dudas de constitucionalidad.
- El modelo alemán se puede definir como el de la exoneración progresiva y escalonada de deudas, exigiéndose un test de «discharge» y un período de buena conducta. Se distinguen tres mecanismos distintos: uno aplicable, por lo general, a las personas jurídicas; otro específico de los consumidores y un tercer mecanismo, de aplicación general, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio.

- En derecho portugués se reconoce desde el año 2004 la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho por la persona física en el proceso de insolvencia o dentro de los cinco años siguientes a la clausura de éste.
- En Bélgica, en fin, se contienen disposiciones relativas a la liberación de deudas para los particulares y también para los comerciantes individuales, conteniendo vías específicas para los consumidores. Su verdadera peculiaridad radica en que, de un lado, el procedimiento extrajudicial está mucho más vinculado que el de otros Estados a la intervención de los tribunales, y de otro, en el especial énfasis con que el legislador belga se empeña en garantizar un cierto nivel de vida para el deudor y su familia.

Se concluye esta parte con un estudio del modelo español y la problemática del concurso de la persona física. Pese a la unidad subjetiva del concurso, existen distintas situaciones dentro de las personas físicas que pueden ser declaradas en concursado, cuales son: el concurso del empresario individual o profesional; el del administrador societario, el del consumidor, el de personas casadas y el de los menores e incapaces.

Destaca también la diferencia entre los conceptos de sobreendeudamiento e insolvencia, pues, como es sabido, sólo ésta y no aquél es presupuesto objetivo del concurso de acreedores. En España, buena parte de los esfuerzos del legislador por hacer frente a los problemas del sobreendeudamiento de los particulares se han centrado en el aspecto preventivo, persiguiéndose evitar la concesión abusiva de crédito y promoviendo el crédito responsable.

Tras ello, el autor pone de manifiesto algunas carencias de la LC cuando el concurso es de persona física, muestra diversas propuestas legislativas en materia concursal que no llegaron a cristalizar, las soluciones jurisprudenciales ante la inexistencia de mecanismos exoneratorios de la persona física, la inembargabilidad de ciertos bienes y derechos como medida protectora del patrimonio y subsistencia del deudor, y con un especial análisis de los artículos 605 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la figura del empresario individual con limitación de la responsabilidad, que supone una excepción al artículo 1911 del Código Civil y se regula por primera vez en nuestro derecho en la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Asimismo, se estudia la posibilidad de dación en pago más allá del caso del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, cuestión de rabiosa actualidad y de la que se ha ocupado la jurisprudencia de los últimos años. Además se trata la «discharge» parcial que, en relación con la vivienda habitual, ha supuesto el artículo 579 LEC tras la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Y SENENT finaliza aludiendo a acuerdos extrajudiciales e instituciones preconcursales.

La **cuarta parte** se titula «**el modelo español de exoneración del pasivo insatisfecho**». El modelo presentaba el inconveniente de imponer la obligación de solicitar el concurso a la persona física y mantener, tras su conclusión con pasivo insatisfecho, supuesto más probable, la subsistencia de la deuda, frustrando la finalidad que debe atribuirse al concurso como herramienta hábil para depurar o superar la insolvencia del deudor.

Se apuntan los argumentos en contra de la introducción en España de la «discharge» o exoneración de deudas: el riesgo de crear la figura del deudor o concursado profesional que, consciente de la posibilidad de liberar sus deudas, asuma un endeudamiento desmesurado, sabiendo que no lo va a saldar; la incidencia negativa que una medida de este tipo produciría en el mercado crediticio; el efecto desincentivador en las soluciones convencionales al concurso y el riesgo evidente de un importante efecto llamada. Problemas todos ellos aparentes que, sin embargo, a juicio del autor, no son insalvables, puesto que: en los ordenamientos jurídicos en los que existe esta figura, la concesión del beneficio va vinculada a la condición subjetiva de deudor de buena fe o del deudor honesto, pero desafortunado; esta figura no debería incidir de modo negativo en el mercado del crédito, sino ejercer un influjo neutro, cuando no positivo, ya que en la mayoría de los casos, con o sin liberación, el deudor va a verse imposibilitado de pagar sus deudas; permitiría incentivar los convenios concursales, y si bien el riesgo de colapso de los juzgados de lo mercantil es posible, este riesgo puede ser minorado si se deja claro a los deudores que el procedimiento sólo está pensado para el deudor de buena fe, que no ha contribuido en modo alguno a la situación de insolvencia.

En el modelo español vigente, destaca SENENT, tras estudiar los presupuestos materiales de la exoneración de deudas, que no existe una regulación procedimental como tal, si bien de la Ley Concursal se extraen importantes pautas a tal fin. Además, conviene recordar que la nueva redacción del artículo 178.2 LC, dada por la Ley 14/2013, a cuyo tenor: «*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas...*» sólo será de aplicación a los concursos que se declaren con posterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Lo más destacable es que, a diferencia de otros sistemas, como el alemán o el portugués, el deudor, una vez liberado de sus deudas y concluido el concurso, no se ve sometido a ningún tipo de control, requisito de buena conducta u obligación alguna. Por otra parte, tampoco parece que sea posible revisar las circunstancias que condujeron al reconocimiento del beneficio por modificación de las mismas o por el hecho de que aparezcan nuevos elementos que pudieran permitir la calificación culpable y, en consecuencia, revocar el beneficio de la remisión de deudas. No obstante, podría entenderse que ex artículo 179.3 LC, introducido por Ley 38/2011, que permite la reapertura del concurso bajo determinadas circunstancias, se estaría contemplando un mecanismo «ex post» de control de la exoneración del pasivo.

Lo que es indudable es que nos encontramos ante un auténtico mecanismo legal de exoneración del pasivo insatisfecho («discharge» propia), ya que la remisión de las deudas insatisfechas en el concurso se produce *ex lege*, como consecuencia de la conclusión del concurso, sin que sea preciso para ello que muestren su conformidad los acreedores. En relación a los efectos de la exoneración de deudas, no se especifican en la Ley Concursal, entendiéndose, no obstante, que nos encontramos ante una derogación «ad hoc» del principio de responsabilidad patrimonial universal, ex artículo 1911 del Código Civil. Por tanto, el deudor concursado no responde de las deudas pasadas afectadas por el mecanismo exoneratorio con sus bienes futuros una vez liquidado su patrimonio. No obstante, debe considerarse la remisión de deudas del artículo 178.2 LC como una norma excepcional, de tal modo que, en caso de no ser procedente su aplicación, cobra plena vigencia la responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el citado artículo 1911.

Finaliza el autor analizando los efectos que la exoneración del pasivo insatisfecho produciría en relación a los deudores garantes o solidarios, cuestión sobre la que la Ley Concursal española nada dice, a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones, y realizando una valoración crítica de este mecanismo de liberación de deudas de reciente introducción, entendiendo que la regulación del mismo, aun siendo conveniente, es confusa e insuficiente y adolece de una serie de defectos.

En conclusión, la obra resulta sumamente interesante, no sólo por el análisis exhaustivo que realiza de los distintos supuestos de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, sino también porque pone de manifiesto diversas deficiencias existentes en el vigente modelo español, proponiendo algunas soluciones que de *lege ferenda* deberían ser tomadas en consideración.

*(Trabajo recibido el 10/9/2014
y aceptado para su publicación el 23/9/2014)*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a par tir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número *, fecha, pp. * a *.

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

3. Obligaciones del Consejo de Redacción

- El Consejo de Redacción se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Redacción asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Redacción se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.

