

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

Cuadernos de Derecho y Comercio 62

Consejo General
del Notariado

Diciembre
2014



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio
62

Diciembre 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. Diríjase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

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

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

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

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

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Prías Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COLABORADORES PERMANENTES

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

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

Los grupos de sociedades / Groups of companies, por <i>Luis L. Bustillo Tejedor</i>	15
La responsabilidad social corporativa o la parte simpática del capital social / Corporate social responsibility or the friendly face of share capital, por <i>Juan E. Ballester Colomer y Leticia Ballester Azpitarte</i>	61
La necesaria revisión del régimen jurídico del nombramiento de los miembros del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional en la SL / The necessary revision of the legal regime of appointing members of the board by the system of proportional representation in the Spanish limited liability company (SL), por <i>José Javier Rojas Martínez del Mármol</i>	77
Acerca del mercado del arte y las fundaciones culturales en España / About the art market and cultural foundations in Spain, por <i>Ángela Baldellou Plaza</i>	91

PRÁCTICA JURÍDICA

Estudio de la intervención notarial en materia de derecho marítimo según la Ley de Navegación Marítima / Study of the role of notaries public in matters of maritime law pursuant to the Marine Navigation Act, por <i>Tomás Feliu Álvarez de Sotomayor</i>	117
---	-----

SUMARIO

La tasación de bien hipotecado / The appraisal of mortgaged items, por <i>Amanay Rivas Ruiz</i>	127
---	-----

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

Sobre el requisito de la simultaneidad cuando la hipoteca se constituye por un sujeto pasivo de IVA con posterioridad al otorgamiento de un préstamo concedido por un particular / On the requirement for simultaneity when a mortgage is established by a taxpayer liable for VAT following the execution of loan granted by a private individual, por <i>Joaquín Zejalbo Martín</i>	161
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho Contractual

El control de abusividad y transparencia: caracterización y alcance / Unfair terms and transparency control: characterisation and scope, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	173
--	-----

Derecho Societario

La simplificación de requisitos en el artículo 42 de la ley de modificaciones estructurales: mínimos establecidos para garantizar la protección de socios y terceros (a propósito de la Resolución de 10 de abril de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado) / The simplification of requirements under article 42 of the Structural Modifications Act: minimums established to ensure the protection of partners and third parties (à propos of the Resolution dated April 10th, 2014, by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public), por <i>Antonio Lopera Perales</i>	215
---	-----

Derecho Concursal

Anotación preventiva de demanda sobre finca perteneciente a sociedad en concurso de acreedores (a propósito de la Resolución de 1 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado) / Preventive annotation of lawsuits regarding properties belonging to insolvent companies making arrangements with creditors (à propos of the Resolution dated July 1st, 2014, by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public), por <i>José Francisco Velasco Peche</i>	231
---	-----

RECENSIONES

- «Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.», de Giuseppe GUIZZI, Giuseppe, por *José Miguel Embid Irujo* 239
- «*Las garantías personales en el concurso con especial referencia a la fianza*», de Manuel José ALONSO NÚÑEZ, por *Rafael Morales Gordillo* 245

ESTUDIOS DOCTRINALES

LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

LUIS L. BUSTILLO TEJEDOR

Notario

RESUMEN

Los grupos de sociedades son una realidad no atendida sistemática y unitariamente en nuestro Ordenamiento, que se ocupa de ellos sólo parcialmente y sin un criterio definido en cuanto a qué deba considerarse por tales. En este trabajo se pretende exponer las orientaciones doctrinales dominantes en la materia, con alguna reseña a una posible futura regulación, cual es la contenida en el Proyecto de Código Mercantil.

La idea básica para poder hablar de grupo es la dirección unitaria a la que estén sometidas varias sociedades, con independencia de si esa unidad está basada en una estructura de propiedad o en acuerdos más o menos igualitarios. Se examinarán los distintos modos de constituir el grupo o los criterios para calificar su existencia, así como las relaciones entre las sociedades del grupo y de éste con terceros, sobre todo en el plano de la responsabilidad.

Palabras clave: grupo de sociedades, unidad de dirección, grupos horizontales, grupos jerárquicos, contrato de constitución, autocontratación, levantamiento del velo, concurso de acreedores.

GROUPS OF COMPANIES

ABSTRACT

Corporate groups are a reality not systematically and uniformly dealt with in our legal system, which handles them only in part and without any defined criterion with regard to how the term should be understood. This paper aims to set out the dominant guidelines in the legal thinking on this subject, with some references to a possible future regulation, such as that contained in the Draft Business Code.

The basic idea to be able to speak about a group is the unified management to which several companies are subject, regardless of whether the business unit is based on an ownership structure or on more or less egalitarian agreements. The different ways of setting up the group or the criteria for confirming its existence will be examined, together with the relationships between companies in the group and between the group and third parties, especially with respect to liability.

Keywords: corporate group, management unity, horizontal groups, hierarchic groups, incorporation contract, self-contracting, piercing the veil, arrangements with creditors.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES.—II. LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES. LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL LEGISLADOR AL CONTEMPLAR EL FENÓMENO.—III. LA UNIDAD DE DIRECCIÓN COMO ESENCIA DEL GRUPO DE SOCIEDADES.—IV. CLASES DE GRUPOS DE SOCIEDADES.—V. GRUPOS JERÁRQUICOS O POR SUBORDINACIÓN Y GRUPOS HORIZONTALES O POR COORDINACIÓN. 1. Los grupos jerárquicos o por subordinación. 1.1. Grupos jerárquicos de origen contractual: el contrato de constitución. A) Concepto. B) Naturaleza jurídica. C) Admisibilidad en el derecho español. D) Elementos del contrato de constitución de grupo jerárquico. E) Extinción del contrato de grupo jerárquico. 2. Los grupos horizontales, paritarios o por coordinación de origen contractual.—VI. GRUPOS FÁCTICOS.—VII. LA PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. 1. La autocontratación en los grupos de sociedades. 2. La doctrina del levantamiento del velo en el ámbito de los grupos de sociedades. 3. Grupos de sociedades y concurso de acreedores. 3.1. La acumulación de concursos de las sociedades integradas en el grupo. 3.2. Las acciones de reintegración concursal. 3.3. La subordinación de los créditos. 3.4. La calificación del concurso.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GRUPO DE SOCIEDADES

La primera dificultad que plantea el estudio de los grupos de sociedades es precisamente determinar lo que éstos sean. No es cuestión sencilla, habida cuenta de la inexistencia en nuestro derecho de un «Derecho de los grupos de sociedades», ordenado y sistematizado, que acote debidamente qué realidades jurídicas han de quedar incluidas bajo dicha denominación y cuáles no. Ciertamente, el artículo 42 del CCom contiene una relación de situaciones entre sociedades que permiten aseverar la existencia de un grupo. Pero lo hace a unos efectos específicos, los contables, para determinar los supuestos en que procede la formulación de cuentas consolidadas; aunque luego ese concepto ve ampliada su potencia por la remisión que otros preceptos del Ordenamiento hacen al mismo como fuente primaria de la determinación de la existencia de grupo a los fines y efectos de que los mismos se ocupan. Ahora bien, el Ordenamiento contiene otro precepto definitorio-descriptivo del grupo de sociedades, referido a las cooperativas (art. 78 de la Ley estatal de Cooperativas) que, como se verá, difiere del anterior en el criterio que ha de servir de base para afirmar la presencia de un grupo de sociedades. De modo que ni siquiera en este punto básico el Ordenamiento es constante o coherente.

Sea como fuere, el fenómeno del grupo de sociedades puede observarse con ópticas de distintos aumentos. Desde la más amplia de las perspectivas, comprenderá todos aquellos supuestos en los que entre varias sociedades existe una vinculación de tipo económico que implica una cierta unidad de actuación o por lo menos una coordinación en el desarrollo de todo o parte de sus actividades. Se identificaría el concepto de grupo de sociedades con el de grupo de empresas (que puede ser más amplio todavía, porque no toda empresa tiene por qué ser societaria). Utilizando esta óptica aumentada entrarían dentro del concepto de grupo de sociedades las Uniones Temporales de Empresas o las Agrupaciones

de Interés Económico. Sin embargo, esta perspectiva es demasiado amplia y no se corresponde con lo que, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha venido entendiendo por grupo de sociedades.

Utilizo, pues, una lente de menor aumento. Y con ella observo que el fenómeno de los grupos de sociedades alude a sociedades que están entre sí vinculadas por nexos de carácter estructural, que hacen que las diversas sociedades vengán a conformar un cuerpo único. De otro modo, habrá grupo cuando pueda predicarse entre varias sociedades la existencia de lazos internos determinantes de la influencia de una sobre otra, si bien es preciso dilucidar qué tipo de relaciones son las determinantes de la existencia de un grupo.

Como primera premisa y punto de partida hay que tomar la siguiente afirmación: el grupo de sociedades se establece entre **sujetos jurídicamente independientes**, sociedades dotadas de su propia individualidad, de su personalidad jurídica, que no se diluye ni se sublima en la de otro ente mayor. Por ello, en los supuestos de fusión y absorción, o por las resultas de los mismos, no surge un grupo de sociedades, puesto que en el final del camino de estos procesos lo que habrá será una o varias sociedades independientes entre sí, carentes de vinculación.

En segundo lugar, se trata de determinar qué tipo de relaciones han de mediar entre dos o más sociedades para poder predicar su integración en un grupo de sociedades. Y en este sentido hay dos modelos. Uno, que se ha venido en denominar *germánico*, pues es el adoptado por el Derecho alemán (que es, por otra parte, el primero que abordó una regulación sistemática e independiente del fenómeno de los grupos de sociedades, aunque luego otros Ordenamientos han seguido su camino), en el que el dato que permite afirmar la existencia de un grupo es la existencia de una dirección unitaria atribuida a una de las sociedades agrupadas, sea *de facto*, sea como consecuencia de un negocio jurídico específico y tipificado normativamente. Por otro lado, el modelo que se ha denominado *inglés*, que se basa en la existencia de control o posibilidad de control ejercido por una sociedad respecto de la otra u otras pertenecientes al grupo.

¿Cuál es el modelo por el que ha optado el legislador español? La cuestión dista mucho de ser clara. Y en la doctrina tampoco hay unanimidad al respecto.

Como preceptos clave en esta materia hay que citar:

1. Por un lado, el artículo 42 del CCom, que dispone en su apartado primero:

Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. Parece entonces que el CCom está dando el papel protagonista a la dimensión de control, al poder efectivo que una sociedad ejerce sobre otra u otras, derivado de la ostentación de derechos político-societarios sobre las mismas de forma directa o indirecta. Nótese que este precepto asume *de facto* la función de definir, a los efectos legales, lo que el grupo de sociedades sea. Dispone así el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital que, *a los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del CCom y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.* E implícitamente la Ley Concursal, en su artículo 6.3.4.º, vincula la existencia de grupo a la obligación de consolidar cuentas, es decir, a los supuestos del artículo 42 del CCom.

3. Por su parte, el artículo 78 de la Ley estatal de Cooperativas (Ley 27/1999, de 16 de julio) dice en su primer apartado que *se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades*. Opta aquí el legislador por un concepto más amplio, del tipo germánico antes apuntado, en el que la existencia del grupo se predica por razón de la concurrencia de una dirección unitaria, atribuida a una «entidad cabeza de grupo», sin prejuzgar cuál sea el origen o causa de la ostentación de dicho poder de decisión.

La doctrina es mayoritariamente proclive a considerar **que hay grupo siempre que pueda apreciarse una situación de dirección única o unitaria**, lo que va más allá de la existencia de relaciones de dominación político-económica derivadas de porcentajes de participación en el capital de las sociedades dirigidas. Dicen que, realmente, el artículo 42 del CCom está aludiendo a una modalidad de una especie o supuesto de grupo de sociedades, el llamado **grupo por subordinación**; término que alude al origen de la dirección unitaria que es la que da su esencia al grupo, que hace que el conglomerado de sociedades independientes sea o constituya un grupo (que en este caso es una relación de control-dependencia, pero que no es la única que puede dar lugar a un grupo de esta índole). Y junto a esos grupos por subordinación existirían los llamados **grupos por coordinación** o grupos paritarios, en los que la unidad de dirección que da vida al grupo proviene de un acuerdo de naturaleza contractual entre las sociedades agrupadas y se materializa en un sistema consensual de toma de decisiones. De esta concepción se sigue una conclusión en parte negatoria de la subyacente ideológica del artículo 42 del CCom: no toda relación de subordinación o control existente entre dos o más sociedades dará lugar, en términos generales, a un grupo de sociedades (sin perjuicio, desde luego, de que cuando concurren los supuestos del precepto haya lugar a la preceptiva consolidación contable, o a los otros efectos, que por virtud de la remisión a este artículo se prevén en dispersas normas del Ordenamiento). Y a la inversa, no en todo grupo de sociedades concurrirán los requisitos del artículo 42 del CCom. Claramente, la doctrina se posiciona a favor del artículo 78 de la Ley de Cooperativas como continente de la definición legislativa del grupo de sociedades.

La jurisprudencia también ha acogido la tesis de la dirección unitaria como esencia del grupo de sociedades, como idea fuerza que permite predicar la existencia del mismo. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2006 (ADC núm. 12, p. 460) dice: *«No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades, éste puede extraerse sin embargo acudiendo a la regulación contenida en las*

normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en los artículos 42 del CCom, 4 de la Ley del Mercado de Valores¹ y 78 de la ley de Cooperativas, de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea de grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria), pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo...».

Partiendo de la consideración anterior, puede definirse el grupo de sociedades del siguiente modo: *Conjunto de sociedades que, conservando su personalidad jurídica independiente, se encuentran sometidas a una dirección única, cualquiera que sea la causa determinante de esa unidad en la dirección.*

Por lo tanto, para que una determinada realidad observada pueda nominarse «grupo de sociedades» se requiere:

- a) La existencia de dos sociedades distintas, independientes y autónomas, dotadas de su propia personalidad jurídica y, por tanto, centros de imputación de relaciones jurídicas, titulares de sus propios derechos y obligaciones.
- b) Que esas sociedades estén sometidas a una dirección unitaria en su actuación en el tráfico. Este concepto, el de dirección unitaria, es, por tanto, el fundamental y se analizará más adelante en profundidad.

II. LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE GRUPOS DE SOCIEDADES. LOS INTERESES PROTEGIDOS POR EL LEGISLADOR AL CONTEMPLAR EL FENÓMENO

Como ya se ha comentado, el legislador ha optado (es una verdadera opción de política legislativa, no desidia o negligencia), como ocurre en buena parte de los Ordenamientos de nuestro entorno, por no afrontar una regulación cerrada y

¹ Con anterioridad a la reforma operada por la ley 16/2007, el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores decía: *a los efectos de esta ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente o en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el núm. 1 del artículo 42 del CCom, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.*

sistemática de los grupos de sociedades, procediendo, en cambio, al dictado de normas sectoriales que tratan de proteger determinados intereses dignos de tutela, sean de los socios de las sociedades agrupadas, de sus trabajadores o de los terceros que con las sociedades integradas en el grupo se relacionan. No obstante, parece que existe el propósito de cambiar esta orientación, y así lo declara el propio legislador en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, cuando dice que *no es aventurado afirmar que, en el inmediato futuro, el legislador debe afrontar importantes reformas de la materia, (...) y con la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades, confinados hasta ahora en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado.*

Así, en primer lugar, el Derecho español presta atención al fenómeno de la agrupación societaria desde la perspectiva del Derecho de la Contabilidad. Precisamente, la que parece configurarse como norma nuclear en la materia, el ya citado artículo 42 del CCom, refiere la situaciones en las que puede hablarse de grupo para establecer la obligación de formular cuentas consolidadas por parte de la sociedad que resulte ser la dominante del grupo conforme a los criterios que el mismo recoge. Con esa obligación se pretende proporcionar a quienes puedan tener interés en ello (socios, acreedores, terceros que con la sociedad se relaciona, en general) información suficiente acerca de la situación financiera y patrimonial del grupo.

Otro de los aspectos que preocupan al legislador es el mantenimiento de la integridad del capital de las sociedades integradas en el grupo, de ahí que las normas sobre autocartera (que sumariamente tratan de evitar la descapitalización de la sociedad por la vía de formación de capitales ficticios, aparte de proteger a los socios frente a la artificial acumulación de poder en manos de los administradores que de estas operaciones puede resultar). Así, las limitaciones a la adquisición derivativa u originaria de acciones o participaciones propias, o la aceptación de las mismas en garantía, se aplican también a la adquisición o aceptación en garantía de acciones o participaciones de la «sociedad dominante».

También se contempla el grupo de sociedades desde el punto de vista de la evitación de conflictos de intereses en el ámbito societario, al considerar el artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital como personas vinculadas al administrador (sea éste persona física o jurídica) a las sociedades respecto de las cuáles aquél se halle en alguna de las situaciones contempladas en el artículo 42 del CCom.

La Ley Concursal, por su parte, contempla la posibilidad de que se declare el concurso conjunto de varios de sus deudores cuando (...) *siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial en sus miem-*

bros y unidad en la toma de decisiones. Y en el artículo 93.2.3.º considera personas especialmente relacionadas con el concursado (lo que tiene relevancia, por ejemplo, a los efectos de la reintegración concursal) *a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.*

También la Ley del Mercado de Valores alude al grupo de sociedades, remitiéndose en cuanto a su definición a lo dispuesto en el artículo 42 del CCom. Sin embargo, en otros preceptos parece incongruente con esta parca incorporación por referencia de la norma del Código. Concretamente, en el artículo 86 establece el deber de consolidación contable de las empresas de servicios de inversión con aquéllas otras entidades de la misma índole o entidades financieras que constituyan con ellas *una unidad de decisión.* Y luego, al establecer una serie de presunciones de existencia de grupo consolidable alude a la *actuación sistemática en concierto.* Y en términos parecidos se expresa la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado al acotar los supuestos en los que hay un grupo consolidable de empresas de seguros.

La Ley de Defensa de la Competencia, en su ámbito propio, contempla alguno de los supuestos que son típicamente indicativos de la existencia de un grupo como operaciones de concentración económica y, por tanto, sujetos a autorización por la Comisión Nacional de Competencia.

Esta relación (no exhaustiva en todo caso) de los ámbitos normativos en los que se contempla el fenómeno del grupo de sociedades se ciñe al ámbito jurídico mercantil. El grupo de sociedades tiene especial relevancia también en el ámbito del Derecho Laboral, del Derecho Fiscal y aún del Derecho Procesal. Sin embargo, dado el propósito y naturaleza de esta obra, el estudio de los grupos de sociedades que ha de hacerse en ella será forzosamente limitado, circunscribiéndose a algunos aspectos tales como:

- El concepto de grupo, profundizando en lo que se ha dicho ya, particularmente en la idea de dirección unitaria.
- Los modos de constitución del grupo y el «grupo de hecho».
- Las relaciones de poder en el seno del grupo y el ejercicio de la dirección unitaria.
- Las relaciones entre las sociedades. Particularmente cuestiones tales como el conflicto de intereses y la autocontratación.
- Las relaciones con terceros de las sociedades que forman el grupo y la eventual comunicación de responsabilidades entre ellas.

III. LA UNIDAD DE DIRECCIÓN COMO ESENCIA DEL GRUPO DE SOCIEDADES

Como se apuntó con anterioridad, el elemento decisivo para distinguir un grupo de sociedades de otras formas de colaboración empresarial es la existencia de una dirección única, cualquiera que sea la causa originadora de esa unidad.

¿A qué alude la dirección unitaria? Cuando se habla de dirección unitaria no se está haciendo alusión a una administración societaria común, a la existencia de un único órgano de administración para todas las sociedades, que carecerían del suyo propio. No se trata de eso. Como se dijo, las sociedades integradas en el grupo conservan su individualidad y, por tanto, la estructura orgánica que les es propia e inherente según el tipo al que pertenezcan. El concepto de dirección unitaria hace referencia a la actuación externa de las sociedades integradas en el grupo en el desarrollo de la actividad económica a la que se dedican, de suerte que el grupo constituye una unidad económica, una empresa unitaria. Y esa dirección unitaria se concreta en la impartición de instrucciones por parte de la sociedad directora a las demás sociedades, que ajustarán a ellas su comportamiento y actividad en aras de la consecución del interés del mismo grupo, o al establecimiento de un marco de consenso para el desarrollo de las actividades de las empresas del grupo. De ahí que se haya hablado del grupo de sociedades como una **empresa plurisubjetiva**².

La intensidad de ese control o dirección y los ámbitos a los que la misma se extiende son variables y, por tanto, de diversa configuración en cada supuesto concreto. La doctrina no es unánime en cuanto a qué sectores de la actividad deben, como mínimo, quedar sujetos a la dirección unitaria para que pueda estimarse que la misma es reflectora de la existencia de un grupo societario. Y puede distinguirse (DE ARRIBA FERNÁNDEZ³) entre los autores.

Una tesis estricta, que estima que han de quedar sujetos a la dirección unitaria los aspectos centrales de la política empresarial (compras, ventas, producción, financiación y política de personal). Incluso los hay que van más allá, en el sentido de considerar que el grupo existirá si y sólo existe coordinación en la política financiera.

Una tesis amplia, que pone el acento en la existencia de una planificación centralizada, que determine la pérdida por las sociedades dirigidas de su autonomía económica, sin entrar a calificar a priori los sectores de la actividad

² El proyecto de Código Mercantil viene a sancionar esta idea, pues la existencia de grupo se anuda a la idea de la existencia de una dirección unitaria, sea derivada de una relación jerárquica, sea de una relación coordinada de la que se derive esa dirección unitaria. Cfr. artículo 291-1 del Proyecto.

³ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *Derecho de los grupos de sociedades*, Civitas, 2009.

de gestión sobre los que ha de recaer. Esto es lo que parece acoger el artículo 78 de la Ley de Cooperativas cuando dice que *la emisión de instrucciones podrá afectar a distintos ámbitos de gestión, administración o gobierno*⁴.

Un concepto clave en esta materia es el del **interés del grupo**. Asumida que sea la afirmación de que el grupo, por razón de la dirección unificada, deviene una empresa única y, por tanto, una ordenación de factores productivos para intervenir en el mercado con ánimo de lucro u obtención de beneficio y asumido que se tratará de una empresa plurisubjetiva, en la que diversos sujetos independientes se coordinan para el alcance o consecución de ese objetivo, el interés del grupo se identificará con el interés de la empresa grupal, con la maximización de su beneficio⁵. De esta suerte, el interés del grupo puede en ocasiones exigir el sacrificio del interés particular de una de las sociedades agrupadas, en la medida en que con ello se responda al interés colectivo.

Sin embargo, por cierto sector de la doctrina se objeta que el interés del grupo sea algo distinto del interés de las empresas agrupadas, como algo distinto de la simple suma de los intereses individuales. Se dice que, no teniendo el grupo personalidad jurídica, no siendo un sujeto de derecho, no hay a quién imputar ese interés. Y como sólo hay unos sujetos implicados en el fenómeno, las sociedades que lo conforman, el interés del grupo se identificará con el interés de la sociedad matriz o de alguna de las sociedades filiales; de este modo, los sacrificios o perjuicios impuestos a una de las sociedades serán lícitos (por conformes al interés grupal) cuando sirvan a los intereses de la sociedad directora o a otras del mismo grupo (solución adoptada por el derecho alemán).

Creo no obstante que puede impugnarse la anterior consideración o, por lo menos, su punto de partida. Se ha dicho que, no resultando de la agrupación un nuevo sujeto de derecho, no hay a quién imputar el pretendido interés supraindivi-

⁴ Sin embargo, llama la atención la tesis extremadamente restrictiva que sostiene el Proyecto del Código Mercantil, al considerar ineficaces, sin excepción, las garantías personales o reales que las sociedades dominantes y dominadas puedan prestarse recíprocamente, salvo dos excepciones. Esto hace inviable una política financiera coordinada y resta eficacia a la coordinación buscada. Quizá hubiera sido preferible establecer controles más estrictos en cuanto a este tipo de actos, encarnados, por ejemplo, en la necesaria autorización de las Juntas de las sociedades prestadoras de la garantía en cuestión. En último término, se está restringiendo la capacidad y autonomía de las sociedades integradas en el grupo, prohibiendo lo que sería perfectamente posible entre sociedades no agrupadas.

⁵ No es este el lugar para analizar el contenido material y axiológico del interés social o empresarial. Sólo plantear que es cuando menos discutible que la maximización del beneficio, simple y desnuda, pueda identificarse sin más con dicho interés. ¿Ha de ser un beneficio «sostenible»? ¿Es de interés de la sociedad o empresa la obtención del máximo lucro con total desconsideración de las consecuencias que para el entorno (la economía en general, la sociedad) puedan generar las operaciones que encarnen ese beneficio máximo? ¿Se identifica el interés social con la nuda maximización del beneficio en empresas que se dotan a sí mismas de un sustrato ético en cuanto a fines y actividades —piénsese en la llamada «banca ética»?

dual que constituiría el interés del grupo. Sin embargo, la noción de interés no exige la ostentación de personalidad jurídica. En términos estrictos, la personalidad jurídica se identifica con la habilidad para ser titular de derechos y obligaciones, ser parte en relaciones jurídicas de las que los anteriores deriven. Pero el interés no es un derecho ni la resulta derivada primera de una relación jurídica; más bien alude, tomando las acepciones del diccionario de la RAE, a provecho u utilidad. Y ese provecho o utilidad, si se está predicando del grupo, ha de imputarse a algo distinto de sus miembros. Porque si no, no tiene sentido hablar de «interés de grupo» cuando se está negando la misma existencia del sujeto interesado. Hay una realidad a la que denominamos grupo de sociedades, sea jurídica, económica, pero existente. La ley recoge en muchas ocasiones referencias al interés común de agrupaciones o colectividades no personificadas, como algo distinto del de los sujetos agrupados. Por ejemplo, en el marco de las comunidades de bienes, el CC, en su artículo 398, prevé la posibilidad de acudir al juez cuando el acuerdo de la mayoría fuere gravemente perjudicial para los interesados en la cosa común. Determinadas agrupaciones sin personalidad jurídica tienen capacidad procesal, y ello es para la defensa de algún interés. Por otra parte, identificar el interés del grupo con el interés de la sociedad matriz o directora del grupo conlleva importantes problemas derivados del mantenimiento de la individualidad y órganos de las sociedades agrupadas, sobre todo en el ámbito de los grupos jerárquicos en los que la dirección unitaria proviene de la ostentación por la matriz del control de las sociedades filiales a causa de su porcentaje de participación en el capital social. El artículo 204 de la LSC declara impugnables los acuerdos de la Junta que (...) *lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*. Cabe perfectamente imaginar que una sociedad matriz imponga su mayoría para adoptar acuerdos que, beneficiándola, perjudiquen el interés de la sociedad filial, y la minoría de ésta podrá impugnarlos. Sin embargo, si se identifica el interés del grupo como un interés supraindividual del que participan los sujetos agrupados (en el interés el conjunto está también mi propio interés), la cuestión no estará tan clara, porque ese interés colectivo presupone reciprocidad, comunidad, *feedback*, flujos bidireccionales, etc. Por ello, creo que puede concluirse que la acomodación de un acto o decisión de dirección o gestión al interés del grupo no puede ni debe juzgarse aisladamente, sino en el marco del conjunto de relaciones del grupo, de modo que desde una perspectiva amplia y que tome en consideración el funcionamiento prolongado del conjunto concluya si de la dirección unitaria están resultando beneficios para todos, o por lo menos no resultan perjuicios exorbitantes para las sociedades sacrificadas, que ven frustrado o anulado su propio interés^{6, 7}.

⁶ Dice EMBID IRUJO en «Ante la regulación del grupo de sociedades en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, 2012, que «en los grupos jerárquicos se manifiesta un interés colectivo que trasciende al de la sociedad dominante, con el que, tal vez apresuradamente, se suele identificar».

⁷ El artículo 291-11 del Proyecto de Código Mercantil acoge esta idea cuando dice *que la existencia de perjuicio a la sociedad dependiente, por ejecución de instrucciones de los administradores de la sociedad dominante deberá determinarse teniendo en cuenta el conjunto de las ventajas y desventajas que tenga para la sociedad dependiente la pertenencia al grupo*.

Todo lo anterior, sin embargo, admite matizaciones y ha de ser visto más adelante desde el punto de vista de los conflictos que pueden plantearse en la práctica. Además, no cabe duda que, en el ámbito de los grupos de coordinación, una sociedad puede aceptar libremente una posición absolutamente subordinada (lo que hará en cualquier caso a la vista de los beneficios que ello le puede reportar); o que en determinados grupos jerárquicos (filiales íntegramente participadas por la matriz) el interés del grupo se identificará con el de la misma matriz, siendo las filiales meros instrumentos de actuación.

IV. CLASES DE GRUPOS DE SOCIEDADES

Al definir el grupo de sociedades se hizo una caracterización abierta, que ubicaba como elemento central del concepto la existencia de una dirección unificada de la actividad económica de las sociedades integrantes del grupo, sin pre-juzgar cuál fuera la causa u origen de dicha unificación en la dirección.

Lo que ahora procede es precisamente examinar los distintos caminos por los que puede llegarse a este destino o resultado final: la existencia de una dirección unificada y, por ende, la afirmación de que entre varias sociedades se ha formado un grupo.

Así, pueden hacerse las siguientes distinciones:

- a) **Grupos de derecho y grupos de hecho.** Hay grupo de derecho cuando la atribución del poder de dirección a una de las sociedades agrupadas proviene de un instrumento jurídico previsto por la norma al efecto; los grupos de hecho serán todos aquéllos que no están reconocidos como tales por el Ordenamiento, en tanto que la situación en la que entre sí se hallan las sociedades agrupadas no ha sido tipificada como tal grupo por el ordenamiento. Ello con independencia de que exista o no un negocio o contrato entre las sociedades que legitime y regule la dirección unitaria.
- b) **Grupos de base societaria y grupos de base contractual.** Son grupos de base societaria (también llamados dominicales) los que derivan del hecho de que la sociedad directora ostente una participación en el capital de las sociedades dirigidas de tal magnitud que le permita el ejercicio de dicha dirección. En los grupos de base contractual, el ejercicio del poder de dirección proviene de la celebración de un contrato entre las sociedades integradas en el grupo que legitima el ejercicio del poder de dirección por una de ellas.
- c) **Grupos jerárquicos o por subordinación y grupos horizontales o por coordinación.** En los primeros, el poder de dirección corresponde a la

sociedad matriz (la directora) sobre las filiales (las dirigidas) por causa o razón del control que aquélla ejerce sobre éstas. En los grupos por coordinación, la dirección no se impone por una entidad superior, sino que se acuerda por todas las entidades agrupadas, en pie de igualdad, articulándose a través de instrumentos y mecanismos diversos⁸.

V. GRUPOS JERÁRQUICOS O POR SUBORDINACIÓN Y GRUPOS HORIZONTALES O POR COORDINACIÓN

Siendo la anterior distinción la que más predicamento tiene en la doctrina se estudia a continuación con mayor detenimiento.

1. Los grupos jerárquicos o por subordinación

Son, como digo, aquellos en los que la dirección unitaria se ejerce por una de las sociedades agrupadas por razón del control que ejerce sobre las demás. La sociedad que ejerce el control se denomina sociedad matriz, y las controladas, filiales.

Debe notarse, en primer lugar, que la sola existencia de una relación de dominación-dependencia entre sociedades no determina la existencia de un grupo de sociedades, sino que **es preciso que esa dominación se objetive en un control ejercido de manera efectiva por la sociedad matriz**. Puede así suceder que una sociedad tome en otra u otras una participación de control con un ánimo exclusivamente financiero, pero sin el propósito de intervenir en su gestión ordinaria, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los fondos de inversión o los fondos de pensiones.

Dado que para poder hablar de grupo es necesaria la presencia de una dirección económica unificada, y que, por tanto, la sociedad directora pueda controlar la gestión de la sociedad dirigida, y dado que la gestión se ejerce por el órgano de administración, habrá control cuando la sociedad matriz domine la actuación del órgano de administración de la sociedad filial.

La idea de control conduce necesariamente a los supuestos aludidos en el artículo 42 del CCom. Sin embargo, de acuerdo con el concepto de grupo que aquí se sostiene, el artículo 42 del CCom no puede tomarse como una norma que contenga en nuestro Ordenamiento una definición del grupo ni un listado de las condiciones bajo las cuales se entenderá formado un grupo de sociedades. El

⁸ Esta es la distinción más utilizada doctrinalmente y la que acoge el Proyecto de Código Mercantil, que distingue entre grupos por subordinación y grupos por coordinación.

artículo 42 del CCom está estableciendo una serie de presunciones *iuris et de iure* de existencia de una relación de dominación-dependencia, a los efectos de exigir la consolidación contable (y otros que resultan de la remisión que a esta norma hacen otros preceptos). Recapitulando, los grupos por coordinación son aquellos en los que una sociedad dirige la actuación empresarial de otra u otras como consecuencia del control que ejerce sobre éstas.

La relación de control-dependencia, según lo que resulta del CCom, puede adoptar distintas variantes:

1.º *La sociedad matriz ostenta, directa o indirectamente, la mayoría de los derechos de voto* [apartados a) y c) del número 1 del artículo 42].

- a) La ostentación de dichos derechos de voto puede provenir de la titularidad de acciones o participaciones que encarnen tal mayoría o de otras situaciones que determinen la atribución a la sociedad del derecho de voto: por ejemplo, la representación que le han atribuido otros socios por razón de su condición de depositario, de su condición de usufructuario cuando a éste correspondan, según los estatutos de la filial, los derechos de voto.
- b) Asimismo, la ostentación de la mayoría de los derechos de voto puede resultar de una vía indirecta. Así, el artículo 42 del CCom contempla algunos supuestos de esta índole (derechos de voto correspondientes a otras sociedades controladas a su vez por la matriz, en forma directa o indirecta; votos correspondientes a personas interpuestas, es decir, que actúen en su propio nombre o por cuenta de la matriz; o aquéllos de los que la matriz disponga en virtud de acuerdos o conciertos con otras personas —sindicatos de voto, por ejemplo).

2.º *La sociedad matriz tiene la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración* [art. 42.1.b) del CCom], que en realidad se subsume en los supuestos anteriores, pues esa facultad o posibilidad resultará del hecho de ostentar la matriz la mayoría de los derechos de voto o de disponer de ellos en virtud de acuerdos con otros socios o del control que ejerce sobre ellos.

3.º *La sociedad matriz ha nombrado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración* [art. 42.1 b) del CCom]. Debe entenderse que alude tanto a los votos que directamente corresponden a la matriz como a aquéllos que controla o de los que puede disponer conforme a lo dicho antes. Este supuesto no presupone necesariamente que la matriz disponga de la mayoría del capital y/o de los derechos de voto,

pues el resultado descrito puede haberse conseguido con una participación o porcentaje menor, merced al absentismo de los demás socios⁹.

En todo caso, debe recordarse que los supuestos descritos permiten afirmar la existencia de una relación de control-dependencia entre sociedades, pero no necesariamente la existencia de un grupo, pues éste requiere la concurrencia de una dirección unitaria. En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 2, de 15 de junio de 2005 (ADC número 8, p. 355), entiende que la falta de unidad de decisión implica la inexistencia de grupo aun cuando puedan existir participaciones significativas de capital¹⁰. Y que, por otra parte, el control que una sociedad pueda ejercer sobre otra no procederá sólo del dominio de su estructura político-corporativa, sino que cabe también que los grupos jerárquicos o por subordinación tengan un origen contractual.

Por tanto, la dirección unificada en los grupos jerárquicos puede provenir del hecho de que una sociedad, la matriz, ostente la dirección «política» de las demás sociedades, derivada del control directo o indirecto de su capital, o bien de un acuerdo específico entre las sociedades involucradas, pudiendo por ello clasificarse los grupos jerárquicos en grupos contractuales y grupos fácticos.

1.1. Grupos jerárquicos de origen contractual: el contrato de constitución

Efectivamente, es posible que un grupo jerárquico, es decir, un conglomerado de entidades independientes sometidas a la dirección ejercida por un solo sujeto, situado en una posición jerárquicamente superior, resulte de un contrato *ad hoc*, el **contrato de constitución de grupo jerárquico**¹¹.

A) CONCEPTO

Puede definirse el contrato de constitución de grupo jerárquico¹² como un negocio jurídico bilateral en virtud del cual una sociedad (filial/dependiente) se obliga a supeditar la gestión de su actividad a la dirección de otra sociedad (matriz/dominante), quien gozará de un derecho de impartir instrucciones de obligado cumplimiento para la sociedad filial, instrucciones que en ocasiones pueden ser perjudiciales

⁹ Los supuestos sindicados también son recogidos en el Proyecto de Código Mercantil (art. 291-4), que en el artículo 291-3 establece la presunción de ejercicio del poder de dirección por parte de quien ejerza el control, para en el citado precepto afirmar la existencia de control por concurrencia de esos tres supuestos. Es decir, el control, por sí solo, no determina la existencia de poder de dirección (o puede ser desvirtuada la presunción) y, por tanto, de grupo de sociedades.

¹⁰ Cfr. la nota anterior.

¹¹ Sin que nada obste a la posibilidad de que se celebre un contrato de este tipo entre sociedades vinculadas por relaciones de control y dependencia.

¹² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, *op. cit.*

para ésta, que, en contrapartida, podrá exigir de la matriz el cumplimiento de ciertas obligaciones, fundamentalmente relativas a imputación de responsabilidad en el seno del grupo. En resumidas cuentas, el contrato por el que se acuerda el sometimiento de la filial a la dirección unitaria que se atribuye a la matriz.

B) NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de constitución de grupo es un negocio jurídico-bilateral, generador de obligaciones recíprocas, consensual y no formal, de carácter normativo, en la medida en que establece un marco de actuación, un conjunto de reglas que han de presidir las relaciones futuras entre las sociedades contratantes.

Como consecuencia de la celebración de este contrato, se produce, sobre todo en las sociedades filiales o que se subordinan, una tremenda conmoción en su organización y funcionamiento, tal que ha llevado a algunos autores a calificarla de «modificación estructural»¹³. Lo sea o no, lo cierto es que, como consecuencia de la subordinación aceptada, la sociedad filial ve cómo su órgano de administración, aunque formalmente sigue existiendo y ejerce sus competencias de representación y las atribuidas en el plano interno, se vacía en la práctica de todo o parte de las competencias de gestión, pues en la dirección de los negocios está sujeto a instrucción o mandato imperativo de la sociedad matriz. Asimismo, por mor de la subordinación de la sociedad filial al interés del grupo, se produce una mutación del fin social, pues la sociedad ya no persigue el propio interés o lucro, sino el lucro o interés del grupo.

C) ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

La generalidad de la doctrina española afirma la licitud de tal tipo de contratos (sean de grupo jerárquico, sean de grupo paritario), sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del CC) y con respeto a los límites institucionales de dicha autonomía privada. EMBID IRUJO¹⁴ señala empero que la autonomía de la voluntad no es suficiente para legitimar el contrato de constitución de grupo, sino que su licitud proviene del reconocimiento que el ordenamiento hace de los grupos de sociedades. Y la propia ley hace un reconocimiento expreso de la posibilidad de constituir un grupo por vía contractual en el artículo 78.4 de la Ley de Cooperativas¹⁵.

¹³ A otras partes de esta obra corresponde el estudio del concepto de «modificación estructural», no acotado por la norma que se ocupa de la cuestión, lo que da pie al debate, que no se afrontará aquí, relativo a si con los supuestos tipificados se agota la idea o ésta tiene un alcance mayor.

¹⁴ EMBID IRUJO, José Manuel: «El contrato de constitución de grupo en el Derecho español», en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

¹⁵ El Proyecto de Código Mercantil no se refiere expresamente a este modo de establecer la relación de dependencia-dominación, pero creo que puede tener perfecta cabida en el mis-

D) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE GRUPO JERÁRQUICO

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Pueden constituir un grupo de sociedades cualesquiera mercantiles, aun cuando sean de distinto tipo. Asimismo pueden integrarse en un grupo sociedades civiles con otras que tengan naturaleza mercantil, y cualquiera de ellas puede ostentar la posición de matriz o de filial. Las sociedades cooperativas pueden integrarse en un grupo, siendo parte del contrato de constitución del mismo, si bien autores como EMBID IRUJO¹⁶ ponen en cuestión que este tipo de sociedades puedan ocupar otra posición que no sea la de matriz o directora del grupo. Por otra parte, cuando un grupo esté integrado exclusivamente por sociedades cooperativas, no podrá ser jerárquico, sino siempre paritario, por causa del principio democrático e igualitario que está en la esencia de tal tipo de sociedades, que les impide someterse a una dirección unitaria impuesta, no así a una coordinada o acordada. Con esta salvedad, y siguiendo al propio EMBID IRUJO¹⁷, puede afirmarse *la susceptibilidad de que toda la tipología societaria quede dentro de la noción «grupo de sociedades»*.

Más allá, se ha venido afirmando por la doctrina, a la vista de la amplitud con la que se concibe el grupo en ciertos ámbitos (sobre todo en el laboral, en el que prevalece la idea de «grupo de empresas») que en el grupo podrían incluirse todo tipo de entidades personificadas aun cuando no tengan naturaleza societaria, si bien reconociéndose ciertas dificultades a la hora de encajarlas en el funcionamiento unitario del grupo (por ejemplo, el caso de las fundaciones, cuya finalidad de interés general parece incompatible con el sometimiento a una dirección unitaria y la subordinación al interés del grupo). Se admite asimismo que una persona física sea parte de un contrato de constitución de grupo, siempre como cabecera o director del mismo, y siempre que (EMBID IRUJO¹⁸) tenga la condición de comerciante, lo que indirectamente contempla el artículo 42.6 del CCom a aludir a la presentación de cuentas consolidadas por una persona física¹⁹.

Más arriba se ha conceptuado el contrato de constitución de grupo jerárquico como un negocio bilateral. Sin embargo, parece perfectamente posible que se configure como un contrato plurilateral, lo que además reducirá los costes y hará más sencilla la fijación *ab initio* de las condiciones de dominación y coordina-

mo, pues lo esencial es que exista un poder de dirección, sin que se prejuzgue el origen de dicho poder.

¹⁶ EMBID IRUJO, José Manuel: misma *ob. cit.*

¹⁷ EMBID IRUJO, José Manuel: misma *ob. cit.*

¹⁸ EMBID IRUJO, José Manuel: *El contrato de constitución de grupo en el Derecho español*. En *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. McGraw-Hill, 2002.

¹⁹ El proyecto de Código Mercantil dice en su artículo 291-2.2 que *las normas contenidas en este Código relativas a la sociedad dominante se aplicarán a cualquier persona natural o jurídica que ejerza el poder de dirección sobre varias sociedades dependientes*.

ción. Esa plurilateralidad podrá admitir diversas variantes: una sociedad matriz y varias que asumen la condición de filiales o dominadas; varias matrices y varias filiales, con previsión de reglas de coordinación en el ejercicio de la dirección por las matrices, etc.

En cualquier caso, es preciso recordar que la constitución negocial de un grupo jerárquico no requiere la previa existencia de una relación de dominación-dependencia, derivada del control que la matriz ostente sobre las filiales. Puede suceder, y de hecho es lo frecuente, que la dirección unitaria proceda de una previa situación de control, pero no es requisito necesario.

Conviene ahora el examen de **proceso interno de formación de la voluntad negocial de las sociedades llamadas a integrarse en el grupo** (no obstante lo dicho con anterioridad, me centro en el caso de las sociedades mercantiles capitalistas, el más frecuente en la práctica).

Parece claro que, dadas las intensas consecuencias que en el funcionamiento y estructura de la sociedad, y aún en su independencia económica (que no jurídica, que permanece inalterada), es necesario el acuerdo de las Juntas generales de las sociedades afectadas. La Ley de Sociedades de Capital no prevé en ningún momento procedimientos ni mayorías al efecto²⁰. EMBID IRUJO²¹, que parte de la concepción de la constitución contractual del grupo como una modalidad de modificación estructural, propone a estos efectos la aplicación de algunas de las normas de la fusión de sociedades, sobre todo las que tienen que ver con la transparencia, con la información a los socios. Así, sería menester proporcionar a los socios de las sociedades que van a ser parte en el contrato, para su toma en consideración antes de decidir sobre la celebración del contrato, el proyecto de contrato, un informe sobre su justificación económica y jurídica y sobre las valoraciones patrimoniales, así como de las medidas de protección que se adoptarán respecto de las sociedades filiales y los derechos de sus socios. En relación con el grupo cooperativo, el artículo 78.3 de la Ley de Cooperativas se limita a decir que *la aprobación de la incorporación al grupo cooperativo precisará el acuerdo inicial de cada una de las entidades de base, conforme a sus propias reglas de competencia*

²⁰ El Proyecto de Código Mercantil, en la medida en que no regula los procedimientos contractuales de formalización del grupo y que legitimen sumisión a la dirección unitaria, tampoco se ocupa de esta cuestión. Sí que regula el derecho de separación que corresponde a los socios externos (los que no tienen, en las sociedades no cotizadas, participación en la sociedad dominante), así por la integración de la sociedad en el grupo como por la existencia de perjuicios derivados de las instrucciones de la dominante que no hayan sido debidamente compensados.

Por otra parte, se establece que la sociedad dominante pueda adquirir la totalidad de las participaciones de la dependiente, sin necesidad del consentimiento individual de los socios cuando tenga directa o indirectamente el noventa por ciento del capital de la dependiente, o al menos tres cuartas partes de los votos. Una suerte de «OPA forzosas». Cfr. los artículos 291-16 a 291-20.

²¹ EMBID IRUJO, José Manuel: *El contrato de constitución de grupo en el derecho español*. En *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. McGraw-Hill, 2002.

y *funcionamiento*. Parece lógico exigir, cuando menos, que el acuerdo sea adoptado con los quórum y mayorías que son exigidos para la adopción del acuerdo de fusión, dada la analogía parcial existente entre ambas operaciones (y aún según ciertos autores, la comunidad de naturaleza jurídica) y la trascendencia que para las sociedades implicadas tiene el acuerdo en cuestión. Se plantea por EMBID IRUJO²² si, en los casos en que la sociedad que resultará matriz en el grupo (y por tanto ejercerá la dirección del grupo y controlará la gestión de las demás compañías) ostente una participación en el capital de las filiales o subordinadas, ha de abstenerse en la votación del acuerdo a la vista del conflicto de intereses que puede concurrir. Ciertamente, podría defenderse esta posibilidad con base en lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital, que prevé que *en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de un acuerdo que (...) le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle crédito o préstamos, prestar garantías a su favor (...)*²³. EMBID IRUJO²⁴ descarta esta interpretación: Pone de manifiesto que no se aplica ese deber de abstención a un supuesto más drástico, como es el de la fusión, y apunta el carácter taxativo de la enumeración de supuestos que hace el precepto, que, a su juicio, no admite interpretación analógica ni aplicación extensiva.

ELEMENTOS OBJETIVOS: EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE GRUPO

El contrato de constitución de grupo tiene por objeto y finalidad atribuir a la sociedad matriz el poder de dirección sobre la actuación de la filial, al establecimiento de la dirección unitaria que es consustancial al grupo. De este modo, y a resultas de dicho contrato, el órgano de administración de la sociedad filial, aunque sigue existiendo y ostentando sus funciones representativas, queda vaciado de competencias de gestión, de impulso y dirección de la actividad de la sociedad, resultando ejecutor de las instrucciones recibidas de la matriz²⁵.

- 1.º En primer lugar, el contrato determinará *la posición relativa que cada una de las sociedades ocupará en el grupo*; cuál será la directora y cuál o cuáles las dirigidas. Debe tenerse en cuenta que la independencia de las sociedades y el mantenimiento de su respectiva estructura orgánica hace que las instrucciones sean impartidas por el órgano de administración de la matriz al órgano de administración de las filiales, sin que aquella pueda dirigirse directamente a los empleados de éstas ni suplantar a dicho órgano en sus funciones representativas.

²² EMBID IRUJO, José Manuel: «El contrato de constitución de grupo en el derecho español», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

²³ Estos supuestos de asistencia financiera pueden resultar indirectamente del sometimiento a la dirección unitaria.

²⁴ EMBID IRUJO, José Manuel: obra antes cit.

²⁵ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *op. cit.*

- 2.º La dirección atribuida a la entidad cabecera del grupo puede tener un ámbito más o menos amplio, más o menos restringido. De este modo, en segundo término, el contrato habrá de determinar qué *concretas áreas de gestión quedan sometidas a la dirección unitaria* (política financiera, de personal, de compras o aprovisionamiento, de ventas, de fijación de precios, de expansión en el mercado, etc.)²⁶.
- 3.º En tercer lugar, habrán de concretarse los *límites del poder de dirección* atribuido a la matriz y el modo en que ésta ejercerá el poder que se le atribuye. El poder de dirección se proyecta o encarna en la facultad que a la matriz corresponde de emitir instrucciones vinculantes para la filial. El contrato habrá de fijar los criterios para determinar el carácter vinculante de la instrucción y deslindarla de otras manifestaciones realizadas por la matriz que carezcan de fuerza obligatoria (recomendaciones, sugerencias, etc.).

Estas instrucciones vendrán referidas al ámbito de la gestión, de la dirección económica de los negocios de la sociedad, así como al ámbito corporativo de la compañía filial, en lo que corresponda a los administradores y no sea competencia exclusiva de la Junta. Así, la matriz puede ordenar a los administradores que convoque una Junta con el objeto de proponer y someter a debate y votación en la misma una determinada modificación estatutaria o estructural, o dirigir el ejercicio por los administradores de la filial de competencias delegadas por la Junta (emisión de obligaciones, capital autorizado).

El poder conferido a la sociedad matriz no es absoluto ni incondicionado, sino que está limitado. En primer lugar, no pueden admitirse instrucciones contrarias a la ley (por ejemplo, se ordena a la filial que contrate trabajadores en contra de la legislación laboral, o que utilice prácticas de competencia en el mercado que están prohibidas). Es límite a la impartición de instrucciones el propio contrato de constitución de grupo, que es ley para los contratantes (cfr. art. 1091 del CC), de modo que no serán de preceptiva observancia las que infrinjan alguna de sus cláusulas. Asimismo, no podrá la matriz impartir instrucciones que vulneren los estatutos de la filial, pues no puede modificarlos, como se ha visto²⁷.

Aparte los límites genéricos antedichos existen otros que pueden venir en llamarse específicos y que resultan del modo en que se haya arbitra-

²⁶ *Vid. supra* en cuanto a las tesis formuladas por los autores en cuanto a qué sectores o áreas de actividad han de quedar, como mínimo, sujetos a la dirección unitaria.

²⁷ Y así, el artículo 291-10 del Proyecto de Código Mercantil, tras reconocer el poder de impartición de instrucciones, aún cuando se deriva un perjuicio para la sociedad dependiente, si bien esa capacidad tiene como límites la Ley, los estatutos de la sociedad dependiente y la solvencia de la propia sociedad dependiente, que no puede ser puesta en peligro.

do el poder de dirección o instrucción en el contrato de constitución de grupo.

Dentro de los límites citados, las instrucciones serán de obligado cumplimiento para las sociedades filiales, y la negativa a acatarlas supone un incumplimiento de las obligaciones instituidas en virtud del contrato.

No obstante lo anterior, se plantea en la doctrina, y en el derecho comparado si son de preceptivo cumplimiento para la filial las instrucciones impartidas por la matriz, que, aún entrando en el ámbito de lo atribuido en el contrato y sin vulnerar los límites genéricos al poder de dirección, resulten perjudiciales para la sociedad matriz. Es el tópico de **las instrucciones perjudiciales**, siempre presente en los estudios doctrinales sobre los grupos de sociedades.

Se entiende por instrucciones perjudiciales aquellos mandatos de actuación emitidos con carácter imperativo por la matriz que provocan un daño patrimonial para la filial, de modo que el administrador de ésta, actuando como un ordenado empresario, nunca las adoptaría de actuar sólo en interés de su sociedad (por ejemplo, la matriz exige el suministro de productos o servicios de la filial a precio de coste, o la transferencia de *know how*, prestaciones de servicios no remuneradas, etc). El derecho alemán sanciona su licitud, pues lo decisivo es que respondan a los intereses del grupo. Sin embargo, el derecho español adopta, al menos en apariencia, una solución distinta, pues del artículo 204.1 LSC (*son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*) resulta la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales contrarios al interés de la filial, sin contemplar su integración en una superestructura societaria y el interés grupal como exenciones de esta posibilidad. Así, o bien se hace una lectura literal y sin matices del artículo citado, de tal modo que el interés individual de la sociedad filial prevalezca de manera absoluta o bien se corrige su sentido tomando en consideración la integración de la sociedad en un grupo dotado de su propio interés. DE ARRIBA FERNÁNDEZ²⁸ propone esta última solución. Señala la primera que una instrucción perjudicial servirá al interés del grupo cuando produzca un efecto positivo sobre el patrimonio o la cuenta de resultados de la sociedad beneficiada por la misma, sea la matriz u otra integrada en el grupo²⁹. Pero, añade, el beneficio obtenido por el grupo debe ser superior al sacrificio exigido: una instrucción perjudicial

²⁸ *Op. cit.*

²⁹ Lo que en ningún caso es admisible es una instrucción perjudicial que beneficie a un tercero, no integrado en el grupo (por ejemplo, el socio mayoritario de la matriz).

que ocasione al grupo en su conjunto una pérdida patrimonial sensiblemente superior a la ganancia proporcionada será contraria al interés grupal. Pero en ningún caso el interés del grupo puede prevalecer sobre la supervivencia de la filial: es decir, ninguna instrucción perjudicial será lícita si, como consecuencia de su cumplimiento, la sociedad filial se vería avocada a la insolvencia³⁰, a la disolución o a su exclusión del tráfico jurídico o económico. Pero la interpretación correctora del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital no se agota aquí: no basta para que la sociedad filial deba cumplir las instrucciones perjudiciales que con ellas se beneficie el interés supraindividual del grupo; es además necesario que la sociedad filial, que resulta perjudicada por el cumplimiento de las mismas obtenga de manera secundaria o indirecta ventajas o beneficios compensatorios. Esto conduce al siguiente ámbito del contenido mínimo del contrato de constitución de grupo jerárquico.

- 4.º *Las ventajas y derechos que han de corresponder a las sociedades filiales como contrapartida a su sometimiento al poder de dirección de la matriz:* El contrato de grupo es un contrato generador de obligaciones recíprocas. Como se ha visto, implica la subordinación de una o varias sociedades (las sociedades filiales) al poder de dirección económica o empresarial de otra (la matriz); y las instrucciones deben ser obedecidas y aplicadas aun cuando perjudiquen objetivamente a la filial, siempre que redunden en provecho o interés del colectivo. Pero ese deber jurídico asumido por las filiales ha de tener una contrapartida, que se proyecta en la fijación apriorística de medidas compensatorias de los daños y perjuicios sufridos por causa de la sumisión al poder de dirección³¹.

TALES MEDIDAS COMPENSATORIAS ADMITEN DIVERSAS VARIANTES:

- a) *La asunción de pérdidas de la filial por la matriz.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ³² encuentra el fundamento de esta obligación de la matriz en las reglas del mandato. Todo mandante está obligado a resarcir al mandatario de los daños y perjuicios que le haya causado la ejecución del mandato (art. 1729 del CC). En la ejecución de las instrucciones dictadas por la matriz, la filial asumiría la condición de mandatario de la de aquélla (mandante). Esta asunción de pérdidas puede articularse de distintas maneras y con distintas intensidades, dependiendo fundamentalmente de la extensión y alcance del poder de dirección atribuido a la matriz (de que

³⁰ Cfr. artículo 291-10.2 del Proyecto de Código Mercantil.

³¹ El Proyecto de Código Mercantil ordena expresamente la compensación en el plazo de un año desde la actuación realizada en ejecución de la instrucción que causó el perjuicio o desde la fecha de la misma instrucción, cuando el perjuicio que pueda seguirse de ella sea objetivamente previsible.

³² *Op. cit.*

el poder de dirección sea más o menos amplio dependerá el que las pérdidas puedan imputarse en una u otra medida al ejercicio de la dirección). Asimismo, puede variar el ámbito temporal al que se refiere el deber y el momento en que debe realizarse la compensación (pérdidas en cada ejercicio, durante la vigencia del contrato de grupo, etc.). Esta asunción de pérdidas puede instrumentarse mediante su compensación directa o bien mediante la dotación por la matriz de una reserva en la filial, análoga a la legal, que tenga por objeto esa compensación.

- b) *La asunción por la matriz de las deudas de la filial, sea ad extra* (asunción cumulativa, fianza solidaria), sea *ad intra* (asunción interna de deuda, que faculta a la filial para reclamar de la matriz el cumplimiento o el resarcimiento de lo pagado, pero que no otorga acción al acreedor de aquella contra ésta).
- c) *La aportación por la matriz de la liquidez* que la filial necesite para el desarrollo de su actividad. Es decir, la matriz se compromete a ser el financiador de la actividad de la filial, a cambio de que ésta se someta a sus instrucciones. Este compromiso puede circunscribirse al ámbito interno de relación entre las sociedades o explicitarse con fuerza vinculante frente a terceros, por ejemplo, a través de las llamadas «cartas de patrocinio».

Las transferencias patrimoniales que puedan resultar de estas medidas compensatorias no tienen carácter lucrativo, no son gratuitas, sino onerosas, pues derivan de la relación sinalagmática surgida del contrato de constitución de grupo. Esto las protege de las eventuales reclamaciones que puedan hacer los acreedores de la sociedad dominante.

Estas medidas de compensación actúan a la vez como mecanismos de protección de los intereses de los acreedores de la filial y de sus socios minoritarios. Si primariamente la exigencia del cumplimiento de los compromisos asumidos por la matriz en el contrato de constitución del grupo corresponde a la sociedad filial, ante la inacción de sus órganos competentes, los unos y los otros podrán hacerlos valer mediante el ejercicio de la acción subrogatoria delineada en el artículo 1111 del CC).

ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO DE CONSTITUCIÓN DE GRUPO JERÁRQUICO

Como no se regula el contrato de constitución de grupo (salvo lo que se dirá en relación con las cooperativas), no hay normas que impongan una determinada forma para la celebración del mismo. Por tanto, cualquiera que sea la utilizada, el contrato será válido y obligatorio para las partes. Cuestión distinta es la de la prueba y la de la oponibilidad de su contenido, lo que aconseja que se formalice por escrito y preferentemente en escritura pública. Lo que no está previsto es su

acceso al Registro Mercantil, dado el sistema de *numerus clausus* que rige en cuanto a los sujetos que pueden tener acceso al mismo (art. 16 del CCom). Sin embargo, el principio de buena fe que ha de iluminar el comportamiento negocial (art. 1258 del CC) impone sin lugar a dudas a los administradores de las sociedades integradas en el grupo que declaren esa integración o pertenencia a todos aquellos terceros con los que entren en relación, pues parece evidente que al que contrata con una sociedad no le es indiferente tal circunstancia, dada la subordinación de la sociedad al interés grupal. De hecho, es práctica habitual que las sociedades que forman parte de un grupo lo expresen abiertamente y que se muestren con esta condición en el mercado, en su documentación comercial, e incluso que dispongan de un logotipo o identificación de grupo³³.

En relación con las cooperativas, como norma particular, establece el artículo 78, apartados cuarto y quinto de la ley estatal:

4. *Los compromisos generales asumidos ante el grupo deberán formalizarse por escrito, sea en los Estatutos de la entidad cabeza de grupo, si es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual que necesariamente deberá incluir la duración del mismo, caso de ser limitada, el procedimiento para su modificación, el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa y las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo. La modificación, ampliación o Resolución de los compromisos indicados podrá efectuarse, si así se ha establecido, mediante acuerdo del órgano máximo de la entidad cabeza de grupo. El documento contractual deberá elevarse a escritura pública.*
5. *El acuerdo de integración en un grupo se anotará en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro competente³⁴.*

³³ La inclusión en la denominación social de elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta, así como la inclusión en la documentación o cualquier clase de publicidad que induzca a presumir la pertenencia a un grupo permiten, *ex* artículo 291-4.2 del Proyecto de Código Mercantil, presumir la situación de control y, por ende, la existencia de grupo.

³⁴ El Proyecto de Código Mercantil establece un completo elenco de normas relativas a la publicidad del grupo en los artículos 291-7 a 291-9. Así, la obligación de los administradores de las sociedades de comunicar la integración en el grupo o la separación (entiéndase en los casos en los que esa integración resulte de la dimensión de propiedad o, en general, de ejercicio o padecimiento del control), la constancia de tales circunstancias en el informe de gestión y la inscripción en el Registro Mercantil (y la publicación en el BORME y en la *web* de la sociedad) de la integración o de la separación (esto implicará la inscripción, en su caso, de los contratos de constitución de grupo). El incumplimiento de las obligaciones de publicidad determinará la responsabilidad solidaria respecto de los perjuicios causados a terceros y la imposición de multas por el director general de los Registros y del Notariado.

E) EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE GRUPO JERÁRQUICO

Se extingue el contrato por las *causas* generales de los contratos. A saber:

- Por expiración del término convenido, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga, que requerirá el consentimiento de las Juntas generales de las sociedades.
- Por disolución de la sociedad matriz. Si la que se extingue es una de las filiales, no determinará ello *per se* la extinción del grupo, salvo que así se hubiese pactado o sólo hubiese una filial, la extinguida. En otro caso, en principio nada debería obstar a que el grupo continuase con las demás sociedades. Ahora bien, hay que analizar algunos supuestos particulares:
 - a) Cuando la disolución de la sociedad sea acordada por su propia Junta (art. 368 LSC) y ello deba determinar la extinción del grupo, es claro que el contrato de constitución de éste queda resuelto por voluntad unilateral. El mantenimiento de la autonomía de la sociedad y de la competencia de su Junta hace que las demás sociedades y, en particular la matriz, no puedan impedir la adopción del acuerdo. No obstante, determinará un incumplimiento del contrato de constitución de grupo, y supondrá el nacimiento a cargo de la sociedad que se disuelve y a favor de las demás partes en el contrato de un crédito de indemnización por dicho incumplimiento, que se incluirá en la liquidación.
 - b) Cuando la extinción de la sociedad tenga lugar por efecto de operaciones de fusión o escisión, ello no debe determinar necesariamente la extinción del grupo, por cuanto es efecto propio de tales operaciones de modificación estructural el que la sociedad resultante o la absorbente asuma, por sucesión universal, los derechos y las obligaciones de la extinguida.
- El mutuo disenso o acuerdo entre las sociedades agrupadas para poner fin al grupo de sociedades entre ellas establecido, que exigirá los mismos requisitos que su constitución.
- La denuncia unilateral, realizada por cualquiera de las sociedades, de buena fe y en tiempo oportuno. Esta causa está recogida explícitamente en el derecho alemán. En nuestro derecho podría fundarse su admisión en la regla general de no admisibilidad de vinculaciones perpetuas; en lo dispuesto en los artículos 1700.4, 1704 y 1705 del CC. Es conveniente que en el contrato de constitución de grupo se establezcan los plazos y requisitos para el ejercicio de esta denuncia unilateral y las compensaciones que, en su caso, llevará aparejadas, o las causas que permiten la denuncia

sin compensación. Esta denuncia unilateral puede no implicar la extinción del grupo cuando sea efectuada por una filial y el grupo no pierda su finalidad y sentido por su abandono, configurándose entonces como un derecho de separación unilateral.

- Por la declaración de nulidad del contrato declarada judicialmente cuando concurra alguna de las causas que permiten afirmar que el mismo está afectado por un vicio de tal índole.

En cuanto a los *efectos de la extinción del grupo*, dado que no se forma una persona jurídica distinta ni se constituye una masa patrimonial común, no procederá liquidación alguna en sentido propio. Cuestión distinta es que sí que deban hacerse las compensaciones y abonos que resulten de la aplicación de las cláusulas contractuales.

F) LOS GRUPOS HORIZONTALES, PARITARIOS O POR COORDINACIÓN DE ORIGEN CONTRACTUAL³⁵

En los grupos horizontales, como en los jerárquicos, existe una dirección unitaria o unificada de los negocios de las sociedades integradas en el grupo. Pero mientras que aquéllos se estructuran jerárquicamente atribuyéndose el poder de dirección, encarnado en la facultad de emitir instrucciones vinculantes a un sujeto director (la matriz), en éstos todas las sociedades participan en la fijación de la política general del grupo, en un marco de consenso para la adopción de decisiones sobre la gestión de los propios negocios, que serán vinculantes para todos ellos.

Puede definirse el grupo paritario como aquél en virtud del cual dos o más sociedades independientes están sometidas a una dirección única cuyos criterios y política se forman por acuerdo o consenso de todas las sociedades agrupadas.

Para buena parte de la doctrina, el grupo horizontal tiene naturaleza de sociedad civil interna. Sin embargo, parece discutible esta afirmación. La sociedad supone la puesta en común de medios y actividades para el logro de un lucro o ganancia partible entre los socios. Si esa puesta en común se personifica y da lugar a un ente nuevo que opera como centro de imputación de relaciones jurídicas, la sociedad es externa; si no se da esa personificación, la sociedad es interna, es decir, cada uno de los asociados actúa en su propio nombre con los terceros, pero

³⁵ El Proyecto de Código Mercantil, aunque reconoce su existencia, no los regula específicamente, limitándose a señalar en el artículo 291-5, bajo la rúbrica «régimen jurídico», que *lo dispuesto en este capítulo será aplicable, en lo que proceda, a aquellos grupos en los que dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común.*

frente a sus compañeros tiene las obligaciones propias de todo miembro de una sociedad, es decir, y fundamentalmente, verter en el fondo común los rendimientos de su actividad para su reparto conforme a lo acordado en el contrato. El contrato de constitución de grupo paritario no tiene este efecto, sino que se limita a establecer una operativa común y compartida que se entiende beneficia a todas las entidades agrupadas. Cuestión distinta es que, como sucede en el derecho alemán, se yuxtaponga al contrato de constitución de grupo un contrato de comunidad de beneficios, por el que una sociedad se obliga a sumar la totalidad o parte de su beneficio al de otras empresas, a fin de formar un beneficio común que luego se distribuirá. Esto va más allá del simple grupo y, si existe ese tipo de pacto, sí cabe hablar de que el grupo es algo más, una sociedad en el plano interno.

El grupo paritario, como el jerárquico, puede tener carácter fáctico o contractual. Centrándome ahora en el de origen contractual, el contrato de constitución de grupo paritario contrato no presenta especiales singularidades en cuanto a sus requisitos de formación y causas de extinción respecto del de constitución de grupo jerárquico. Sí que difiere en cuanto al modo de articularse la dirección unitaria, que es, como en el jerárquico, el elemento que permite afirmar la existencia del grupo. Así, correspondiendo el poder de dirección a todas las sociedades agrupadas, su ejercicio puede atribuirse a una de ellas o una sociedad creada *ad hoc*; la sociedad a la que se atribuye el poder de dirección «hará las veces» de sociedad matriz, pero sólo en un sentido formal o instrumental, sin que esté en una posición de subordinación jerárquica sobre las demás sociedades. Es por ello que es preciso establecer reglas que garanticen la igualitaria participación de todas las sociedades integradas en el grupo en la elaboración de la «política común», a través de la participación de todas en el órgano de administración de la sociedad a la que se atribuya la función directora, acompañado en ocasiones del establecimiento de participaciones recíprocas entre las sociedades o entre la directora y las demás (que constituye un mecanismo de aseguramiento del ejercicio conjunto del poder). Cabe también que se establezcan órganos informales de coordinación en los que se integren todas las sociedades. En todos los casos habrá que determinar si las decisiones referentes a la dirección del grupo han de adoptarse por mayoría o por unanimidad.

En los grupos por coordinación o paritarios existe también un interés de grupo, un interés supraindividual que legitima y justifica el dictado de instrucciones preceptivas que puedan resultar perjudiciales para alguna o algunas de las sociedades del grupo. En ese caso será necesario el establecimiento de mecanismos de compensación en los términos vistos para los grupos jerárquicos.

VI. GRUPOS FÁCTICOS

Son grupos fácticos aquellos en los que la dirección unitaria no está legitimada por un negocio o instrumento jurídico que encarne la sumisión de todas las

sociedades agrupadas a un único poder, sino que esa unificación en la gestión se presenta por la vía de los hechos.

Puede haber grupos fácticos, así jerárquicos como paritarios. La situación fáctica determinante de la existencia de un grupo jerárquico será normalmente la ostentación directa o indirecta de participaciones mayoritarias en el capital de las sociedades filiales. Como se ha reiterado, la existencia de una relación de control-dependencia no determina por sí sola la existencia de un grupo de sociedades, sino que es preciso que exista una dirección unificada ejercida de manera constante y efectiva por alguna de las sociedades o sujetos integrados en el colectivo grupal. Los supuestos de hecho determinantes de la existencia de un grupo fáctico coinciden sustancialmente con los descritos en el artículo 42 del CCom, que establece el concepto general de grupo en nuestro Derecho a diversos y variados efectos. Sin embargo, no basta con que se den esos supuestos, repito, es preciso que el control se materialice en una dirección efectiva de los negocios de las sociedades dependientes. En cuanto a los grupos paritarios fácticos, el hecho indicario que permitirá afirmar la existencia de grupo, que fundamentará la estructura paritaria, serán las interdependencias personales, es decir, que todas las sociedades agrupadas compartan una parte importante de los miembros de sus órganos de administración, lo que plasma la voluntad de las sociedades de coordinar su actuación.

En los grupos fácticos jerárquicos basados en el control que la matriz ejerce sobre las filiales, más que impartir instrucciones vinculantes para las filiales, la matriz ejerce el poder que le corresponde como dominadora de su capital, lo que le faculta para nombrar administradores fieles y obedientes, así como para controlar la Junta general de la sociedad. La independencia formal de la sociedad filial y la competencia de sus órganos no se ve alterada, pero en la práctica están subordinadas a las decisiones e intereses de la matriz. El hecho de que el derecho de impartir instrucciones de obligado cumplimiento no haya sido legitimado por el consentimiento de la filial, prestado con los adecuados procedimientos y garantías en un negocio específico y que, por tanto, no se establezcan medidas compensatorias de los perjuicios que ocasione el cumplimiento de los mandatos que sean perjudiciales exige determinar cuáles son los medios de protección y defensa que corresponden a los acreedores y accionistas minoritarios de la filial, pues es aquí más acusado el riesgo de que la matriz subordine los intereses de la filial a los suyos propios, diluyéndose la idea de interés de grupo en favor de la prevalencia del interés de la matriz.

En principio, el mecanismo de defensa que correspondería a los socios de la filial sería la acción de impugnación de los acuerdos lesivos para su propio interés adoptados en beneficio de uno o varios socios o de terceros (art. 204.1 de la LSC). La cuestión estriba en dilucidar si el interés del grupo opera aquí como barrera obstativa a la apreciación de la pretensión de quienes impugnen el acuer-

do, si cabe alegar que el acuerdo, aunque perjudicial para una de las sociedades, es beneficioso para el grupo, y en último término también para la filial que adopta el acuerdo. En los grupos contractuales, la previsión de mecanismos correctores compensa los perjuicios derivados del sometimiento al interés del grupo; en los fácticos, sin embargo, no existen tales mecanismos. En la doctrina se ha propuesto, por un lado, la ilicitud de las instrucciones perjudiciales ante la ausencia de medidas protectoras *ad hoc* de origen legal. Otros, sin embargo, entienden que, reconocida que sea la legitimidad de los grupos de sociedades y la existencia del interés grupal, debe concluirse su licitud y establecer mecanismos paliativos sobre la base de lo ya existente en el ordenamiento^{36, 37}. De acuerdo con los defensores de esta tesis, el interés del grupo legitima las instrucciones perjudiciales, pero la filial que padece el daño ha de ser resarcida, resarcimiento que se materializará, según DE ARRIBA FERNÁNDEZ³⁸, a través de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, la utilización de mecanismos societarios a disposición de los afectados por la creación del grupo y de la aplicación analógica de las normas reguladoras de determinados contratos.

Dado que la sociedad filial no tiene deber jurídico, de origen legal o contractual, de soportar los perjuicios derivados de las instrucciones perjudiciales, deberá ser compensada de ellos. La responsabilidad, que no es objetiva, sino subjetiva, basada bien en el dolo (se causó a sabiendas un perjuicio con la instrucción) o en la culpa (que se apreciará siempre, puesto que en el dictado de una instrucción de esta índole implica la no aplicación de la diligencia debida, la correspondiente a un buen padre de familia o a un ordenado empresario), se imputará a la sociedad que ostente la dirección del grupo y haya dictado las instrucciones perjudiciales, bien directamente, bien indirectamente (a través de una sociedad por ella dominada que a su vez controle a la filial). El reconocimiento de este deber de resarcimiento es el reverso necesario del reconocimiento de la legitimidad del grupo y de la licitud de las instrucciones perjudiciales cuando respondan al interés del grupo. Su acomodo al interés del grupo protege al acuerdo social en que se proyecten las instrucciones perjudiciales de la impugnación que corresponde conforme al artículo 204.1 de la LSC, pero ese interés supraindividual es el que justifica la compensación. Si en los grupos contractuales se arbitran esos mecanismos *a priori*, en los fácticos funcionan *a posteriori*, por la vía del resarcimiento por

³⁶ Pero como se señaló *supra*, el interés grupal no puede prevalecer tampoco en este caso sobre la propia supervivencia de la sociedad filial.

³⁷ Esta es la solución adoptada por el derecho alemán. El artículo 311 de la Ley de Sociedades Anónimas (AktG) establece la prohibición general de inducir a la sociedad anónima a llevar a cabo un negocio jurídico o de adoptar medidas que resulten perjudiciales, salvo que se compensen los perjuicios. Aunque hay disputa doctrinal al respecto, parece claro que hay un deber de resarcimiento de los perjuicios (con las dificultades que acarrea su determinación), que, según algunos autores, decae si se ofrecen y aceptan con carácter previo compensaciones por la obediencia de las instrucciones perjudiciales.

³⁸ *Op. cit.*

daños. DE ARRIBA FERNÁNDEZ³⁹ fundamenta la responsabilidad de la matriz por los daños causados a la filial por causa del ejercicio de su poder de dirección, además de la conculcación del principio general *alterum non laedere* (art. 1902 del CC), en la disciplina de la gestión de negocios ajenos sin mandato, en la que se establece la responsabilidad del gestor por los perjuicios causados al *dominus* por culpa o negligencia, y aún por caso fortuito si antepuso su interés al del *dominus* (arts. 1889 y 1891 del CC). Sin embargo, es discutible este fundamento desde el momento en que falta en el ejercicio de la dirección unitaria un elemento definitorio de la gestión de negocios ajenos sin mandato, la *absentia domini*, la ausencia del dueño del negocio, del titular de los intereses gestionados. En realidad, la obligación de resarcir sólo puede explicarse por la existencia y reconocimiento del interés de grupo, que es distinto del interés de la matriz y que impone que ninguna de las sociedades asuma un sacrificio improcedente en beneficio de otra u otras de las integrantes del colectivo. La viabilidad de la actuación colectiva exige que no queden las decisiones adoptadas en el seno de cada filial expuestas en cada ocasión a posibles impugnaciones; si se excluye la impugnación, la equidad y la buena fe, y la proscripción del abuso de derecho exigen mecanismos de compensación y resarcimiento.

Otra posibilidad que se ha barajado en la doctrina como fundamento de la responsabilidad de la matriz es la de considerar a ésta como «administrador de hecho» de la filial, al que se le coloca en el mismo plano que al administrador de derecho en el plano de la responsabilidad (art. 236 de la LSC). No se define por la ley a dicho «administrador de hecho». La doctrina ha hecho una lectura amplia del concepto, y así, DÍAZ ECHEGARAY⁴⁰ distingue cuatro supuestos en los que a un sujeto puede calificársele como administrador de hecho de una sociedad:

1. El administrador con cargo caducado que sigue ejerciendo el cargo cumplido el plazo.
2. El administrador nombrado, pero cuyo nombramiento es nulo por ir en contra de disposiciones legales o estatutarias, supuesto en el cual se crea una apariencia de legitimidad en el tráfico.
3. El que actúa como tal frente a terceros, sin haber sido nombrado.
4. Y el administrador oculto o indirecto (*shadow director*), que tienen el control de hecho de la sociedad, ejerciendo una influencia decisiva, sin aparecer como administrador frente al exterior.

³⁹ *Op. cit.*

⁴⁰ DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, 2002.

Es esta última acepción en la que podría encajarse el papel directo que, respecto de la filial, ostenta la matriz. DE ARRIBA FERNÁNDEZ⁴¹ hace equivaler al administrador de hecho al factor notorio del artículo 286 del CCom. A mi juicio, esta equiparación no es correcta, pues el factor notorio es un sujeto que actúa en el tráfico en nombre y representación de un empresario y que lo hace con notoriedad, habiéndose generado por el principal una apariencia de la que debe responder, asumiendo los actos que, en el plano externo, realiza ese factor. Y en consecuencia, la segunda entiende que han de aplicársele las normas que disciplinan la responsabilidad del mandatario. Sin embargo, el administrador de hecho como administrador oculto no actúa en el tráfico en nombre de la sociedad, permanece en la sombra, en un segundo plano, cual titiritero con su marioneta. Asumido que sea que este administrador oculto es, a los efectos del artículo 236 de la LSC, un administrador de hecho, responderá, conforme a ese artículo, por los actos realizados, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño de su cargo, entre los que se encuentra el de lealtad en defensa del interés social (artículo 226 de la LSC), que se ve conculcado por el dictado de instrucciones objetivamente perjudiciales para la filial.

VII. PROBLEMÁTICA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Se ha estudiado sumariamente en las páginas anteriores el concepto de grupo, sus categorías, su proceso originador y el régimen básico de las relaciones entre las sociedades que lo integran. Procede a continuación el examen de cuestiones particulares de especial importancia y que caen dentro del ámbito jurídico privado. Como se dijo más arriba, tales supuestos no agotan la problemática de los grupos de sociedades, que es extremadamente amplia y transversal. Así, dada la índole de esta obra, han de quedar excluidas forzosamente cuestiones tales como el régimen de la consolidación contable y de la información, que en ese ámbito han de proporcionar las sociedades integradas en un grupo consolidable, el aspecto fiscal (operaciones vinculadas y otros) y la trascendencia de las relaciones de grupo en el ámbito del derecho laboral (que es quizá donde ha sido mayor el desarrollo jurisprudencial del derecho de grupos).

Así, a continuación procede el estudio de cuestiones tales como:

1. La autocontratación en el seno de los grupos de sociedades.
2. Los abusos de la vinculación entre sociedades en perjuicio de los terceros. La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a los grupos de sociedades.
3. El concurso de acreedores y los grupos de sociedades.

⁴¹ *Op. cit.*

1. La autocontratación en los grupos de sociedades

Hay autocontrato siempre que una persona que concentre el poder de disposición sobre dos o más patrimonios crea por su voluntad relaciones entre ellos, obrando en el marco de las facultades que tiene atribuidas. Abarcaría tanto los supuestos de contrato consigo mismo (por ejemplo, el comisionista que compra para sí lo que se le encargó vender por cuenta de su comitente), como los de múltiple representación, que son todos aquellos en los que el apoderado de dos o más sujetos distintos los vincula en uso de los respectivos poderes.

Aunque RUIZ-RICO⁴² considera que en cualquier contrato entre sociedades del mismo grupo existirá autocontrato debido a que existe una dirección única, lo cierto es que, desde una perspectiva estricta y dogmática, sólo debe apreciarse su concurrencia cuando es el mismo sujeto el que actúa en nombre de dos o más de las sociedades concurrentes.

En general, se entiende que el autocontrato es una fórmula lícita y admisible de articular los negocios jurídicos, siempre que no haya conflicto de intereses, es decir, que no haya posibilidad de daño de uno de los patrimonios que se vinculan en beneficio del otro. El conflicto propiamente dicho es el potencial o posible, y esa sola posibilidad impide el autocontrato, con independencia de que en la práctica, con la concreta actuación de que se trate, no se derive un daño efectivo y actual. No lo habrá en los siguientes casos:

- a) Cuando el poderdante lo ha autorizado, mediante la correspondiente cláusula de salvado de la autocontratación.
- b) Cuando en el poder se han objetivado las condiciones de la operación, de suerte que el apoderado actúe como un mero *nuntius*.
- c) Y lógicamente, cuando dadas las circunstancias concurrentes no hay posibilidad de perjuicio para el apoderado. Por ejemplo, si el apoderado afianza con su propio patrimonio, y de forma gratuita, un préstamo concedido al poderdante que él mismo suscribe como apoderado: hay múltiple representación, pero todo el perjuicio lo es para el apoderado, el patrimonio del poderdante no se verá perjudicado, antes bien, resulta beneficiado.

¿Qué ocurre cuando, existiendo conflicto de intereses en los términos anteriores, se autocontrata? Se trataría de un supuesto incluíble en el artículo 1259 CC, es decir, actuación sin poder, determinante de la nulidad del acto, si bien esa

⁴² RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «La autocontratación en el grupo de sociedades», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw-Hill, 2002.

nulidad puede ser salvada mediante la posterior ratificación del poderdante (acto incompleto).

Sin entrar en disquisiciones que no son propias del caso, en el ámbito societario, cuando hay conflicto de intereses, el autocontrato realizado por el administrador de la sociedad requiere la autorización de ésta, encarnada en un acuerdo de su Junta general⁴³.

El supuesto de autocontrato típico en un grupo de sociedades sería el del administrador que lo es de la matriz y de la filial y establece una relación negocial entre ambas, que es resultado de la impartición de las instrucciones vinculantes (por ejemplo, formaliza una venta de la filial a la matriz, o vincula el patrimonio de la filial al cumplimiento de una obligación de la matriz, por medio, por ejemplo, de un contrato de fianza). La cuestión a determinar aquí es la de si ha de salvarse el conflicto de intereses por las Juntas de alguna de las sociedades o de ambas o si, por el contrario, no existe tal conflicto y el administrador no necesita autorización alguna. Y esta última solución es la que, a mi juicio, debe prevalecer. Si el ordenamiento legitima los grupos de sociedades, dotados de un interés propio y supraindividual en el que se asienta la licitud de la adopción de decisiones que impliquen un perjuicio para la filial, en la medida en que resulten beneficiosas para el grupo, en la actuación del administrador de dos o más compañías del grupo no habrá conflicto de intereses, o más bien, lo habrá, pero superado por la satisfacción del interés del grupo. Lo contrario sería desvirtuar todo lo dicho hasta el momento en cuanto al deber de cumplir las instrucciones de la matriz aun cuando resulten ser perjudiciales para el interés particular de la filial. O, con PÉREZ RAMOS⁴⁴, aunque pudiera haber un conflicto de intereses individual, no lo hay respecto al grupo, por lo que no habría doble representación prohibida.

La idea anterior es la que subyace al artículo 162 de la LSC, que dispone que, *en la sociedad de responsabilidad limitada, la Junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores. No será necesario el acuerdo de la Junta general para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo*. No es este el lugar para analizar por qué este artículo se ciñe a las sociedades limitadas, sin extender

⁴³ Esta afirmación puede servir aquí, pero hay que tener presente que no siempre será necesario un acuerdo de Junta, sino que puede salvar el conflicto de intereses obstativo de la validez del autocontrato otro administrador (por ejemplo, el coadministrador solidario, o por el Consejo excluyendo el voto del afectado o, en los casos de mancomunados, bastará con que actúen los dos, porque la formación de la voluntad de la sociedad no estará dependiendo en exclusiva de la del administrador afectado por el conflicto).

⁴⁴ PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en los grupos de sociedades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 55, Consejo General del Notariado, Madrid, 2011.

su aplicación a las demás sociedades de capital. Pero lo cierto es que del precepto resulta que el administrador de una sociedad puede, sin necesidad de contar con el acuerdo de su Junta general, prestar garantía o, en general, asistencia financiera, en favor de una sociedad del mismo grupo aun cuando ésta sea a la vez socia o administradora de la garante o asistente. Ciertamente, el precepto se está refiriendo, al aludir al grupo, a sociedades entre las que medie alguno de los vínculos del artículo 42 del CCom (véase artículo 18 de la LSC). Sin embargo, MARIMÓN DURÁ⁴⁵ entiende que solo en el caso de grupo de sociedades en sentido estricto, esto es, con una dirección unificada y con un interés colectivo está justificada la exoneración de la autorización de la Junta, precisamente por la concurrencia de ese interés común.

Siendo lo anterior así desde un punto de vista teórico, en la práctica se va a presentar un problema de prueba de la existencia del grupo y de concreción del interés del mismo. Los terceros que contraten con el administrador «autocontratante» no van a tener la certeza de que alguna de sus declaraciones no va a ser impugnada por la sociedad a la que representa. Piénsese en una entidad financiera que presta dinero a la sociedad A, aceptando la fianza de la sociedad B, ambas representadas por el mismo sujeto. Su declaración acerca de que ambas sociedades forman grupo y que la operación sirve al interés del grupo puede no resultar suficiente al prestamista. Así, salvo en los casos en que exista un contrato de constitución de grupo (jerárquico o paritario) del que resulten claramente la existencia del grupo y la atribución del poder de dirección, lo prudente para los terceros será exigir las autorizaciones de las Juntas de las sociedades implicadas.

2. La doctrina del levantamiento del velo en el ámbito de los grupos de sociedades

Hay que recordar que la integración de una sociedad en un grupo no afecta a su individualidad, y que, por tanto, en el plano externo, cada sociedad negocia y contrata en su propio nombre y, por tanto, es responsable única del pago o cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas, sin que esa responsabilidad se transmita o comunique a las demás sociedades del grupo. Este principio de base está recogido en el artículo 78.6 de la ley estatal de Cooperativas, cuando dice que *la responsabilidad derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo, no alcanzará al mismo, ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran*. Se trata de una conclusión ineludible del hecho de que el grupo de sociedades, en cuanto tal, carezca de personalidad jurídica.

⁴⁵ MARIMÓN DURÁ, Rafael: *La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y otras sociedades de su grupo*, Thompsom Reuters, 2002.

Dicho lo anterior, sin embargo, en ocasiones, se ha sancionado por la jurisprudencia la comunicación de responsabilidades por deudas contraídas por la filial a la matriz o incluso a las demás sociedades del grupo (extensión horizontal), sobre la base de la «doctrina del levantamiento del velo».

No es ociosa una breve exposición de lo que implica tal doctrina:

- Un entendimiento extremo de la diferenciación entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen o integran puede llevar, sin embargo, a consecuencias no queridas por el ordenamiento. Partiendo de la base de que la persona jurídica, en cuanto sujeto dotado de personalidad, es titular de derechos y obligaciones propias y posee por tanto un patrimonio propio, distinto del de sus miembros, partícipes o asociados, es ineludible consecuencia el que de las obligaciones de la persona jurídica responda, primordial o exclusivamente (depende del tipo de persona jurídica) el patrimonio de la persona jurídica.
- Tal independencia económica ha dado lugar a abusos de la personalidad jurídica, utilizándola para fines distintos de los previstos por el ordenamiento (que con el reconocimiento de personalidad independiente a las personas jurídicas busca principalmente favorecer la cooperación humana y la iniciativa colectiva en pos del bien común o del interés particular), con miras a eludir responsabilidades bajo el refugio de la personalidad jurídica (incumplir contratos, aparentar solvencia, elusión fiscal, etc.). Frente a dichos abusos se ha elaborado en el seno de la jurisprudencia, sobre todo mercantil, la doctrina del levantamiento del velo. Con esta gráfica expresión se alude al reconocimiento a los tribunales de la posibilidad de investigar el fondo real de la situación, sin detenerse en la forma jurídica de la persona (STS de 8 de enero de 1980), penetrar en el interior de las entidades o sociedades a las que la ley reconoce o confiere personalidad propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se incurra en el fraude o se perjudiquen intereses públicos o privados.
- En definitiva, la doctrina del levantamiento del velo no deja de ser una aplicación de la doctrina del fraude de ley, porque utilizando la cobertura de una norma que reconoce personalidad propia e independiente a las entidades, se persigue un resultado contrario al ordenamiento, o prohibido por éste. El ordenamiento no puede tolerar esto y ha de imponer su supremacía, descartando la cobertura y aplicando la norma realmente procedente. Junto al fraude de ley, también se ha fundamentado por la jurisprudencia el descarte de la forma jurídica en los principios de equidad, buena fe y de proscripción del abuso de derecho.

- Se asemeja también a la simulación contractual, casos en los que se aparenta un contrato de sociedad que no se quiere realmente celebrar. Es decir, el contrato expresa una causa falsa, ya que la finalidad subjetiva perseguida por las partes diverge de la objetiva atendida por el ordenamiento (*vid.* art. 1276 CC). Esto daría lugar a la declaración de nulidad del contrato. Este efecto es distinto del propio de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ya que esta implica únicamente la imputación de responsabilidades a los socios, sin afectar a la subsistencia de la persona jurídica, mientras que en el caso de simulación habría que declarar la nulidad del contrato, con la consiguiente desaparición de la entidad.
- Para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo no se ha exigido como esencial la actuación de mala fe o con abuso de derecho, ni el efectivo perjuicio de intereses ajenos. Para que se produzca la traslación de responsabilidades a los socios o partícipes (que es lo que implica el levantamiento, al suponer el descarte de la personalidad independiente de la entidad) basta con que se aprecie por el Tribunal la intencionalidad fraudulenta, que el velo que proporciona la personalidad jurídica se usa para la elusión de responsabilidades.

A modo de recapitulación, valga lo dicho por SERIK⁴⁶: «si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez puede descartarla para que se frustre el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual se ha de prescindir en tales casos de la radical separación entre las personas jurídicas y sus miembros componentes. El abuso existe cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar».

Pueden destacarse los siguientes grupos de supuestos que han motivado en la jurisprudencia el levantamiento del velo societario:

- a) Identidad de sujetos y confusión de patrimonios. Se trataría de casos en que no es posible distinguir externamente entre la sociedad y los socios, de forma que se produce una suerte de desdoblamiento de la personalidad. El levantamiento del velo, que, recuérdese, procederá sólo si el tribunal aprecia una intención fraudulenta, implicará la traslación de responsabilidades de la sociedad a los socios.

Otro supuesto vinculado sería el de las sociedades unipersonales de favor, en que un socio ostenta la práctica totalidad del capital, repartiéndose el resto entre testaferros. Esta posibilidad decae desde que se admite la

⁴⁶ SERIK, Ralf: «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles», *EL abuso de derecho por la persona jurídica*, Ariel, 1958.

unipersonalidad societaria, pero sí que podría encontrar aplicación en el ámbito de las Instituciones de Inversión Colectiva, para las que se exige un número mínimo de partícipes.

- b) Infracapitalización de sociedades en las que los socios no responden personalmente de las deudas sociales, y que implica la insuficiente dotación de medios a la misma para la realización del objeto social.

Los efectos de la aplicación de la doctrina varían según se trate de infracapitalización material o nominal.

En los casos de infracapitalización nominal, dotación de los fondos propios por la vía de créditos de los propios socios, que se colocan a su vez como acreedores de la sociedad, se opta por la consideración de los créditos como efectivas aportaciones a la sociedad (en los casos de insolvencia perderían entonces toda preferencia)

En los casos de infracapitalización material, que supone la absoluta falta de dotación de la sociedad, sea directa o indirectamente, el levantamiento del velo determina la traslación de responsabilidad a los socios por las deudas sociales.

- c) Grupos de sociedades, supuesto éste que es objeto de examen a continuación.

Básicamente, el levantamiento del velo en los grupos de sociedades supone la extensión o comunicación de responsabilidades entre las sociedades del grupo. En la jurisprudencia se registran dos tendencias: la primera, especialmente acusada en el ámbito de la jurisprudencia laboral, que procede a «levantar el velo» siempre que se constate la existencia de un grupo de sociedades, es decir, el sometimiento de varias sociedades a una única dirección; la segunda, que considera que no basta la simple constatación de la existencia de grupo, sino que para proceder al desvelo y decretar la comunicación de responsabilidades son necesarios requisitos adicionales.

Como exponentes de la primera tendencia pueden citarse las siguientes sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo: la de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6925), en la que se declara la responsabilidad solidaria de la dominada y la dominante porque «siendo titular de la totalidad de las acciones de la anónima deudora, los negocios de ésta no le eran extraños» y «sus asuntos y su patrimonio eran gobernados, administrados y dirigidos por ella»; la de 13 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9016), donde además se procede al aplicar el levantamiento del velo de forma «horizontal», esto es, implicando —de forma similar a como hace buena parte de la jurisprudencia laboral— como responsables solidarias a

todas las sociedades del grupo (y no sólo a la matriz), debido a que «la concurrencia de interés común y unidad de fines en las sociedades condenadas, su actuación coaligada en la gestión [...] y que a todas las sociedades del grupo benefició la actividad desarrollada por el actor, es claro que no cabe ampararse en la distinta personalidad jurídica de cada una de las sociedades condenadas». Como dice FUENTES NAHARRO⁴⁷, en estas resoluciones se confunde el elemento constitutivo del grupo —la dirección unitaria— con el presupuesto de la responsabilidad. Y no deja de parecer incongruente el reconocimiento de la legitimidad de los grupos con la consideración de los mismos como un instrumento fraudulento.

La segunda de las tendencias apuntadas entiende que no cabe presumir el fraude en la actuación conjunta de sociedades, sino que es preciso que, efectivamente, la forma societaria se utilice como medio de cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales e incluso extracontractuales, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento o injusto o dañoso para terceros. O de otro modo, que el poder que ostenta la directora del grupo se haya utilizado de forma abusiva y con fines defraudatorios o elusivos. ¿Y en qué casos ocurre esto? FUENTES NAHARRO⁴⁸ centra su atención en las llamadas «operaciones vinculadas», operaciones realizadas entre las distintas sociedades del grupo que, cuando no se realizan a precios de mercado, conllevan un trasvase de beneficios de una sociedad a otra que —de no verse adecuadamente compensado— se acabará traduciendo en un perjuicio para su patrimonio social. La existencia de una dirección unitaria no *determinará «per se»* la comunicación de responsabilidad, sino que será preciso que la matriz haya utilizado ese poder para obtener un beneficio en perjuicio de terceros. O de otro modo, la imputación de responsabilidad a quien ostenta la dirección de las actividades de la sociedad deudora exigirá que el poder ejercido, que está legitimado por el ordenamiento para la consecución de ciertas finalidades, se haya utilizado espúriamente, instrumentalizando a la filial con el ánimo de defraudar a los acreedores.

3. Grupos de sociedades y concurso de acreedores

Careciendo de personalidad jurídica, el grupo, en cuanto tal, no puede ser declarado en concurso de acreedores. Ello no quiere decir que la legislación concursal no tome en consideración el fenómeno a ciertos efectos. Así:

⁴⁷ FUENTES NAHARRO, Mónica: «El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores: algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005», *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 28, Cizur Menor, 2007.

⁴⁸ *Op. cit.*

3.1. *La acumulación de concursos de las sociedades integradas en el grupo*

Los artículos 25 y 25 bis de la Ley Concursal prevén, respectivamente, la declaración conjunta de concurso o la acumulación de concursos ya declarados cuando, entre otros supuestos, los deudores formen parte del mismo grupo de sociedades. En principio, esta acumulación tiene efectos solamente procesales, con el objeto de simplificar el procedimiento, pues como dice el artículo 25 ter. 1: *los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas*⁴⁹. El efecto fundamental de la acumulación es la atribución de la competencia a un solo juez y la designación de una administración concursal única, conforme a las reglas previstas en los artículos 25.4 y 25 bis. 3 de la Ley Concursal. Desde luego, el presupuesto objetivo del concurso, la insolvencia, debe predicarse de todas las sociedades en concurso, no existiendo en ningún caso previsión de declaración conjunta de concurso por comunicación de responsabilidad entre sociedades.

¿Cuál es el concepto de grupo para la Ley Concursal? Antes de la reforma de 2011, el artículo 3.5 disponía que *el acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre éstos. O siendo éstos personas jurídicas formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones*. Parece que adoptaba el criterio recto de erigir en clave de la situación de grupo la existencia de una dirección unitaria. Y así parecía entenderlo también la jurisprudencia: *No existiendo en nuestro ordenamiento jurídico un concepto genérico de la categoría de grupo de sociedades éste puede extraerse sin embargo acudiendo a la regulación contenida en las normas mercantiles que se ocupan de tal estructura societaria contenidas en los artículos 42 del CCom, 4 de la Ley del Mercado de Valores y 78 de la Ley de Cooperativas, de las que se extrae la idea común a todas ellas de la necesaria presencia de una unidad de decisión sobre el conjunto de las sociedades agrupadas, ya se trate de la modalidad de grupos por subordinación o por dependencia (grupos verticales o de estructura jerárquica) o ya lo sea en grupos por coordinación (grupos horizontales o de estructura paritaria), pues es precisamente aquella dirección unitaria el elemento que aporta cohesión al grupo...* (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 16 de octubre de 2006 (ADC núm. 12, p. 460).

⁴⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), Auto de 22 diciembre 2011. RJ 2012\3529: la declaración conjunta o la acumulación de concursos no conlleva una «consolidación sustantiva o sustancial» del patrimonio con confusión de masas activa y pasiva y tramitar los concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados —que lo que aparentemente late en lo pretendido de la administración concursal demandante de la acumulación—, dado el necesario respeto a la personalidad jurídica que, en el caso del grupo de sociedades, exige la tutela de los legítimos derechos de los minoritarios, los acreedores que lo son de una y no de otra, y de los trabajadores de las que tienen perspectivas de continuidad.

Sin embargo, el artículo 3.5 fue derogado por la Ley 38/2011, que introduce en la Ley una Disposición Adicional sexta que dice que *a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del CCom.* Adopta, pues, el concepto de grupo que se pretende generar en nuestro derecho (y que, como se ha visto, no se corresponde con la realidad del grupo ni con el entendimiento que del mismo hace la doctrina). Cabe entonces plantearse si es posible una interpretación extensiva que lea la Disposición Adicional sexta no como definitoria de grupo a los efectos concursales, sino como referida a unas situaciones que siempre implicarán grupo (y que no excluye otras). LÓPEZ APARCERO⁵⁰ entiende que sí han de caber otras posibilidades. Dice que, no obstante la declaración legal, «el grupo sigue siendo una situación de hecho que admite muchas configuraciones y, por tanto, han de tener cabida en él todos los grupos de sociedades, incluso los que no se ajusten al marco del artículo 42 del CCom. Por ejemplo, el conjunto de sociedades sometidas al control común de una persona física y sin sociedad dominante». A mi juicio, es acertada esta opinión, si bien parece obstativa a la misma la existencia de tan rotunda declaración legal acerca de lo que debe entenderse (y sobre todo por el juez) por grupo de sociedades. Además, al hablar los preceptos estudiados de «sociedad dominante», parece estar pensando en las relaciones de dependencia-dominación de las que parte el artículo 42 del CCom.

Sea ello como fuere, lo cierto es que la acumulación no es obligatoria, sino que será decidida por el juez discrecionalmente. El Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 diciembre 2011 (RJ 2012\3529) sostiene ese criterio y afirma que «es exigible la conveniencia u oportunidad de la acumulación, lo que, como regla, concurre cuando la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilite la tramitación del procedimiento permitiendo ahorro de costes, la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados y, a la postre, una sustanciación más ágil y beneficiosa para el conjunto de intereses latentes de forma directa e indirecta en el concurso —trabajadores, acreedores, concursados, proveedores, clientes, mantenimiento de la riqueza, etc.»

Antes se dijo que la acumulación de concursos sólo tenía efectos procesales. Mas no es esto del todo cierto. El artículo 25.ter.2 de la Ley Concursal dice que *excepcionalmente se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.* Esta confusa previsión legal, relativa a la «confusión de patrimonios» parece estar habilitando el levantamiento del velo y el consecuente tratamiento unitario. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15), de 28 de junio de 2011, así lo entendió. Dice que *«la no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudo-*

⁵⁰ LÓPEZ APARCERO, Antonio: «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, 26/2012.

res cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso del grupo de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursoalmente en el art. 1911 CC y concursualmente en el art. 76 LC. Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo». Y añade que «de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursoal, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos». Y cita la STS de 29 de julio de 2005, que pone el supuesto del grupo de sociedades como uno de los casos paradigmáticos de procedencia del desvelo societario: «en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores».

Otro efecto de la acumulación de concursos es la posibilidad de condicionar recíprocamente los respectivos concursos. Sentado por el apartado primero del artículo 101 la inadmisibilidad de las propuestas de convenio condicionadas, el apartado segundo del mismo artículo establece que *por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros*. Por otra parte, en caso de liquidación, y dado que el artículo 149 de la Ley Concursal prevé la venta de la empresa como un todo como modalidad de liquidación, no parece descabellado defender la elaboración de un plan de liquidación conjunto de todas las sociedades del grupo, atendiendo al carácter de empresa plurisubjetiva del mismo (en este sentido, LÓPEZ APARCERO⁵¹).

⁵¹ *Op. cit.*

3.2. *Las acciones de reintegración concursal*

Los artículos 71 a 73 de la Ley Concursal establecen un mecanismo de defensa de la masa activa, las acciones de reintegración concursal, que permiten obtener la rescisión de actos realizados por el deudor en perjuicio de dicha masa dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. En cuanto a qué actos han de considerarse perjudiciales, el artículo 71 establece una serie de presunciones, unas *iuris et de iure* y otras *iuris tantum* (lo que no obsta a que en los casos no incluidos en las presunciones pueda probarse el perjuicio). Entre estas últimas está la del apartado 3.1.º, que considera perjudiciales para la masa los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado; y se consideran especialmente relacionadas con el concursado, conforme al artículo 93.2.3, *las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso*. Ahora bien, la presunción admite prueba en contrario, que se dirigirá a probar que el perjuicio para la masa activa no se produjo. Y aquí es donde vuelve a entrar el concepto del «interés de grupo». Es decir, reconocida que sea la legitimidad del grupo y la existencia de su interés como algo distinto del individual de las sociedades agrupadas, cabría plantearse si a la pretensión derivada del ejercicio de la acción rescisoria concursal podría oponerse el que el daño que sufrió el patrimonio de la concursada se justificó en el interés del grupo, y que aquel daño fue compensado con las ventajas derivadas de la inclusión en el grupo y el sometimiento a la dirección unitaria (con la consiguiente obligación de obedecer las instrucciones perjudiciales). Y parece una solución acertada, si bien deberá analizarse individualizadamente cada supuesto, ponderando el perjuicio y las ventajas compensatorias concurrentes.

3.3. *La subordinación de los créditos*

El artículo 92.5 de la Ley Concursal califica como subordinados *los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor*, entre las que se hallan las sociedades integradas en el mismo grupo.

3.4. *La calificación del concurso*

La apertura de la Sección Sexta o de calificación no tiene lugar en todos los casos, sino sólo en aquellos en los que se hubiera abierto la fase de liquidación, se hubiese incumplido el convenio o en los que el convenio impusiere a todos los acreedores o los de una o varias clases una quita superior al tercio o una espera de más de tres años (art. 167 de la Ley Concursal). El concurso puede ser calificado como fortuito o como culpable. Es esta última calificación la determinante de consecuencias jurídicas y habrá lugar a ella cuando *en la generación o agravación*

del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (art. 164.1). La cuestión, en el ámbito de los grupos de sociedades, es clara: si la sociedad dominante en su condición de administrador de hecho (*vid. supra*) de la filial puede haber incurrido en los hechos determinantes de tal calificación y, por tanto, sufrir las consecuencias inherentes a la misma, sumariamente:

- La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período,
- La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices⁵² tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.
- La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

A mi juicio, sí es posible esa imputación de responsabilidad a la sociedad matriz, cuyos créditos quedarán postergados y que, en su caso, indemnizará lo que proceda. En cuanto a la inhabilitación, parece que puede extenderse a los administradores de la matriz, que forman su voluntad e imparten las instrucciones que causan la insolvencia o la agravan. Si se trata de grupos paritarios, en los que se creó un órgano específico de dirección, la responsabilidad derivada de la calificación recaerá sobre sus miembros; si se creó una sociedad *ad hoc*, será ésta y sus administradores quienes sufran las consecuencias de la calificación. Pero si se atribuyó a una de las sociedades integrantes del grupo horizontal la dirección del grupo, con un carácter formal o instrumental, no creo que deba imputársele a esa sociedad automáticamente la responsabilidad, sino que dependerá del caso concreto.

⁵² Son cómplices, de acuerdo con el artículo 166 de la Ley Concursal, *las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.*

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALVARGONZÁLEZ TREMOLS, Alejandro, y GÓMEZ MARTÍN, Fernando: *Guía práctica concursal*, dirigida por PRENDES CARRIL, Pedro. Aranzadi, 2012.

AGUSTÍN TORRES, Antonio Carmelo: «Grupos de Sociedades en Derecho español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXI, 1991.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *Derecho de los grupos de sociedades*, Civitas, dentro de la colección Estudios y Comentarios Legislación, 2009, segunda edición.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: «El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

ENTRENA PALOMERO, Carlos: «Grupos de empresas. Especial referencia a las agrupaciones de interés económico y a las uniones temporales de empresas», *Instituciones de Derecho Privado*, tomo VI, Derecho Mercantil, volumen 1.º, Thomson Civitas, Consejo General del Notariado, 2003.

EMBID IRUJO, José Manuel:

— «El contrato de constitución de grupo en el Derecho español», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

— «Ante la regulación del grupo de sociedades en España», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 284, 2012.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «Grupos de empresas de base contractual y Derecho de la competencia», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «El levantamiento del velo en los grupos de sociedades como instrumento tuitivo de los acreedores: algunas reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005», *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 28, Cizur Menor, 2007.

KÜBLER, Friedrich: *Derecho de sociedades*, Fundación Cultural del Notariado, 2001.

LÓPEZ APARCERO, Antonio: «Concepto de grupo de sociedades y concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 26, 2012.

LUIS L. BUSTILLO TEJEDOR

PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 55, Consejo General del Notariado, 2011.

RAMÍREZ OTERO, Lorena: «El control y los grupos de sociedades», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 5, 2001.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «La autocontratación en el grupo de sociedades», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, 2002.

VICENT CHULIÁ, Francisco: «Grupos de Sociedades y conflicto de intereses», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 280, 2011.

VV.AA. S. A., *Memento de Sociedades mercantiles*, Francis Lefèbvre, 2010.

(Trabajo recibido el 8/9/2014
y aceptado para su publicación el 22/12/2014)

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA O LA PARTE SIMPÁTICA DEL CAPITAL SOCIAL¹

JUAN E. BALLESTER COLOMER
Registrador Mercantil

LETICIA BALLESTER AZPITARTE
Notario

RESUMEN

La Responsabilidad Social Corporativa es una materia en boga en el mundo de la empresa con la que se pretende designar el compromiso que las sociedades mercantiles tienen con el entorno en el que desarrollan sus actividades, tanto a nivel ambiental como social. En el presente trabajo se expone, entre otras cuestiones, el reducido respaldo legal con el que cuentan estas iniciativas, así como su influencia directa en la imagen y prestigio de las empresas.

Palabras clave: Responsabilidad Social Corporativa, Derecho Comunitario, Derecho y Ética, PYMES (Pequeñas y Medianas Empresas).

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY OR THE FRIENDLY FACE OF SHARE CAPITAL

ABSTRACT

Corporate Social Responsibility has become very popular in business; it is a term used to describe a company's compromise with the environment in which it develops its activities, especially regarding environmental and social management. In this essay we discuss, among other issues, the scarce legal background that supports these initiatives, as well as their direct influence in the image and prestige of a company.

Keywords: Corporate social responsibility, EU Law, Law and Ethics, SMEs (small and medium-sized enterprises).

¹ Texto y comentarios a la conferencia pronunciada en las XIII Jornadas de la Fundación Empresarial GRESOL en octubre de 2014.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y ORÍGENES DE LA RSC.—II. NORMATIVA ESCASA Y DE CARÁCTER NO VINCULANTE. 1. Esfuerzos de la Unión Europea por fomentar la RSC. 2. El principio de voluntariedad y el carácter no vinculante de la normativa en materia de RSC.—III. ¿TIENEN CABIDA LAS PYMES EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA?—IV. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, LA CRISIS ECONÓMICA Y LOS PRÓXIMOS PASOS.

I. INTRODUCCIÓN Y ORÍGENES DE LA RSC

Hace ya varios años una expresión abría una fisura entre dos compartimientos estancos en los que habitaban sendas instituciones antagónicas. Por un lado, la *Sociedad mercantil*, cuya finalidad es el ánimo de lucro y, en el otro, la *Fundación*, una persona moral caracterizada por la persecución de un fin de interés general. La expresión que escuché fue la *fundacionalización* de la empresa mercantil, y era Navidad porque una tienda de corbatas de Madrid había decidido promocionar sus productos donando el diez por ciento de los beneficios a una actividad de carácter benéfico.

Pues bien, esa expresión, *fundacionalización de la empresa*, ya había sido bautizada en los EEUU durante los años cincuenta, en plena guerra de Vietnam, con el nombre de Responsabilidad Social Corporativa, y en la actualidad se trata, como decimos, de un concepto de moda en numerosos trabajos académicos, informes de grandes empresas, propuestas sindicales, cursos de formación, planes de estudios universitarios o prensa económica especializada². También las escuelas de negocios más prestigiosas imparten cursos sobre ética y muchas empresas han creado cargos y departamentos específicos para gestionar sus políticas de responsabilidad social³.

La Responsabilidad Social Corporativa o parte simpática del capital social puede definirse de una forma muy sencilla como el compromiso que tiene una

² GARCÍA CALVENTE, Yolanda, se pregunta si se trata de una moda efímera o de una preocupación loable en *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, coordinada por José A. Fernández Amor y Carolina Gala Durán, Madrid, Marcial Pons, p. 21.

³ CUERVO GARCÍA, Álvaro: «Los fines de la empresa moderna y el papel de los directivos ante los grupos de interés», *El modelo de empresa del siglo XXI: Hacia una estrategia competitiva y sostenible*. Cinca, 2008, p. 55.

empresa para contribuir al logro de una sociedad mejor. Para la Comisión europea esa necesidad de implicarse en el entorno supone «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de objetivos sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con el resto de actores implicados»⁴.

Para explicar a *grosso modo* qué es la Responsabilidad Social Corporativa podemos remontarnos hasta Cicerón, que en el año 50 a. de C. se planteó en Rodas cuál es la ética que debe presidir las actividades comerciales y los límites de obtener la mayor ganancia en los negocios. Pero fue Adam SMITH, padre del libremercado, quien concibió la economía como una ciencia que, aunque haya de vivir presidida por el egoísmo empresarial bajo el lema «Dejen hacer, dejen pasar, que el mundo va solo»⁵, la mano invisible que la guía debe actuar estrechamente ligada a la moral. También John MAYNARD KEYNES estableció la necesidad de vincular a la economía, arruinada por la Segunda Guerra Mundial, con los intereses de la sociedad.

A partir de la mitad de los noventa, con la globalización, la tesis de que la sociedad mercantil no puede realizar donaciones por ser contrarias a su fin (el ánimo de lucro) da paso claramente a una nueva teoría de que la empresa debe velar no sólo por los intereses de los *shareholders* o accionistas para repartirles beneficios, sino también los de los *stakeholders*, en los que se incluye a colaboradores, empleados, clientes, proveedores y resto del prójimo que puede quedar afectado por las actividades de la misma⁶. Más o menos vendría a significar que, si quieres que tus descendientes reciban dividendos, mejor será poner de tu parte para que el mundo siga existiendo⁷.

II. NORMATIVA ESCASA Y DE CARÁCTER NO VINCULANTE

La Responsabilidad Social Corporativa se encuentra situada entre el Derecho y la Ética, forma parte de lo que se conoce como *soft law*⁸, en donde el compo-

⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible.

⁵ «*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*», es una expresión francesa usada por primera vez por Vincent DE GOURNAY, fisiócrata del siglo XVIII, contra el intervencionismo del gobierno en la economía.

⁶ FREEMAN, R. Edward: *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984, fue el primero en utilizar la expresión y NAVARRO GARCÍA distingue entre los internos (directivos, sindicatos, trabajadores, socios estratégicos) y *stakeholders* externos (autoridades, grupos de presión, consumidores, competidores...) en *Responsabilidad social corporativa. Teoría y práctica*. ESIC, 2012, p. 89.

⁷ GARCÍA CALVENTE, Yolanda, dice que si la empresa recibe dividendos de la sociedad a la que pertenece no puede aislarse de su evolución. Obra citada coordinada por José A. Fernández Amor y Carolina Gala Durán, p. 25.

⁸ DEL REY, Salvador: «Responsabilidad Social Empresarial y Orden Social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales», *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 46.

nente coercitivo es muy limitado y busca adhesiones voluntarias, pues empieza donde la ley imperativa acaba⁹.

Toma carta de naturaleza en los distintos Derechos con dos formas distintas: una, mediante la introducción de incentivos, pues contribuye a satisfacer las necesidades sociales, y ello a su vez origina una correlativa disminución del gasto público¹⁰. Y otra, mediante la imposición de obligaciones de tipo objetivo en las que la responsabilidad no se determina tanto en función del daño o la culpa como del riesgo.

1. Esfuerzos de la Unión Europea por fomentar la RSC

De la escasa normativa escrita¹¹ vamos a detenernos en el estudio del ámbito comunitario. Ya en el Libro verde «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas», publicado en 2001, se consideraba que la Responsabilidad Social Corporativa contribuye de forma efectiva al logro del objetivo estratégico definido por el Consejo Europeo de Lisboa en el año 2000: convertir a la Unión Europea en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo¹².

En respuesta al Libro verde se publica la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: «Una contribución empresarial al desarrollo sostenible». En ella se recoge la necesidad de perfilar una estrategia europea relativa a la Responsabilidad Social Corporativa, principalmente debido a factores como la globalización del comercio, que arrastra a las empresas a tener actividades y responsabilidades en el extranjero, frecuentemente en países en desarrollo, o bien la sensibilización generalizada con la imagen y el prestigio de las empresas¹³. También debe destacarse la extensa Resolu-

⁹ SÁNCHEZ HUETE: *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 104.

¹⁰ Téngase en cuenta, a modo de ejemplo, la deducción por inversiones medioambientales regulada en el artículo 39 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades.

¹¹ También se refiere a ella el párrafo 11 del artículo 31 de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, estableciendo que en el Proyecto de fusión debe constar «las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa».

¹² El Libro verde establece por primera vez un enlace directo entre el desarrollo social y el aumento de la competitividad de las empresas, ya que ciertas conductas socialmente responsables suponen para los consumidores un indicador fiable de una buena gestión interna (seguridad, salud, gestión de recursos naturales) y externa (puestos de trabajo para la comunidad local, colaboración con el fisco).

¹³ En efecto, con relación a esta última cuestión, surge el fenómeno del etiquetado social y ambiental, que garantiza a los consumidores que los productos adquiridos se han producido de manera responsable. Mencionar como ejemplo paradigmático la Etiqueta Ecológica Europea (EEE),

ción del Parlamento europeo, de 13 de marzo de 2007, sobre la Responsabilidad de las empresas, dictada tras la Comunicación de la Comisión de 2006 titulada «Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas».

A nivel global, una de las iniciativas que ha logrado mayor calado en la sociedad civil y reputación entre las organizaciones que formulan memorias de sostenibilidad es la Guía de Global Reporting Initiative (GRI). Esta organización no lucrativa, fundada en Boston en 1997 y cuya sede actual se encuentra en Ámsterdam, marca las pautas para elaborar las memorias, que deben ir siempre respaldadas por sistemas independientes de verificación¹⁴.

A fecha de publicación del presente trabajo cerramos el resumen de los esfuerzos comunitarios por incentivar esta integración voluntaria por parte de las empresas de preocupaciones sociales y medioambientales con la Comunicación de la Comisión de 2011, «Responsabilidad social de las empresas: una nueva estrategia de la UE para el período 2011-2014». De ella nos quedamos con algunos de los indicadores de progreso que identifica. En primer lugar, el número de empresas comunitarias que han suscrito los diez principios de la responsabilidad social definidos por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas¹⁵ ha pasado de 600 en 2006 a más de 1.900 en 2011. Por otro lado, el número de

creada en 1992 con el objetivo de promover aquellos productos cuya producción o elaboración no genera efectos medioambientales adversos. Cerámicas Diago fue pionera en su obtención en el mundo fabricante de talleres cerámicos, garantizando a sus clientes que sus pavimentos se fabricaban reduciendo el consumo de energía y agua, así como las emisiones a la atmósfera. Mencionar también, como exponente del fenómeno de etiquetado medioambiental, la certificación forestal FSC (Forest Stewardship Council), cuya licencia de uso se otorgó en junio de este mismo año al grupo El Corte Inglés.

¹⁴ Para VELASCO OSMA, el éxito de esta organización entre las empresas informantes se debe a su composición, ya que la conforman representantes de organizaciones y empresas, asesores, auditoras, sociedades de inversión, sindicatos y otros grupos de interés. Iberdrola, entre otras muchas empresas españolas, como el Grupo Santander o Iberia, utiliza las pautas marcadas por el G4 (última versión de la Guía GRI) en su informe de sostenibilidad. En España podemos citar como empresas que elaboran informes de verificación propios a AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación) y el Bureau Veritas. VELASCO, José Ramón: «Fundamentos de la RSC y su aplicación ambiental», *Cuadernos del Departamento de Derecho ambiental*, Dykinson, 2006.

¹⁵ El Pacto Mundial de Naciones Unidas o Global Compact vio la luz en el año 2000, tras el Foro Económico Mundial celebrado en Davos (Suiza). Según VELASCO OSMA, José Ramón: *Fundamentos de la Responsabilidad Social Corporativa y su aplicación ambiental*, agosto 2006, Dykinson, S. L., Madrid, p. 32, se configura como una iniciativa de más de 2.000 organizaciones, empresas, sindicatos, asociaciones y gobiernos de más de 80 países que se obligan a cumplir sus acuerdos y principios, teniendo que elaborar un informe de progreso. Sus diez principios incluyen, a grandes rasgos, la protección de los derechos humanos fundamentales, el apoyo a la libertad de afiliación y el derecho a la negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso e infantil, la abolición de la discriminación en el empleo, la responsabilidad ambiental y el deber de las empresas de trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y criminalidad.

organizaciones con sitios registrados en el marco del Sistema de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS)¹⁶ ha aumentado de 3.300 a 4.600 en el mismo período temporal.

2. El principio de voluntariedad y el carácter no vinculante de la normativa en materia de RSC

La señalada distinción entre Ética y Ley es una de las facetas que más confusión crea en cuestiones de Responsabilidad Social Corporativa, pues si bien es cierto que no siempre entran en conflicto, existen infinidad de casos en los que marchan a ritmos distintos o son claramente antagónicas¹⁷.

Sin duda, coinciden la mayoría de los teóricos en que uno de los pilares fundamentales de la Responsabilidad Social Corporativa es la necesidad de que las empresas vayan más allá del estricto cumplimiento de la legalidad vigente, para incorporar en sus actuaciones comportamientos sociales y medioambientales. Así pues, y siguiendo a NAVARRO GARCÍA¹⁸, la Responsabilidad Social Corporativa se encuentra «entre dos aguas»; entre la legalidad impuesta y la moralidad libremente aceptada, pues supone la integración de normas y valores que la organización asume voluntariamente (no hay ley que le obligue a ello), pero, una vez asumidos, pasan a tener fuerza reglamentaria interna (son valores «obligatorios» para esa empresa y no para otras).

Esta conexión con el campo de la moral, que descansa en la conciencia propia del ser humano, entronca también con el creciente debate acerca de la rentabilidad de la ética, que sitúa a la Responsabilidad Social Corporativa más cerca del *marketing* y de las estrategias de mercado que otra cosa¹⁹. Así, cita GARCIA CALVENTE la conclusión al discurso del filósofo COMTE-SPONVILLE acerca de «La moda de la Ética de Empresa»²⁰: «En resumen, mi preocupación, con respecto a esta moda de la ética de la empresa, consiste en que a fuerza de hacer que la ética

¹⁶ El Registro EMAS se creó mediante el Reglamento 1221/2009, de 25 de noviembre, del Parlamento Europeo y del Consejo. En el mismo se establece un procedimiento de participación voluntaria mediante el cual las organizaciones, públicas o privadas, que cumplan los requisitos pertinentes, pueden inscribirse en el registro de organizaciones adheridas. Los requisitos de adhesión incluyen el cumplimiento de la legislación ambiental garantizado por la supervisión de las administraciones competentes.

¹⁷ NAVARRO GARCÍA, Fernando: «De la ética a la responsabilidad social corporativa», *Responsabilidad social corporativa, Teoría y Práctica*, ESIC, 2012, p. 48.

¹⁸ NAVARRO GARCÍA, Fernando: obra citada *supra*.

¹⁹ GARCÍA CALVENTE, Yolanda: «El Derecho Financiero y Tributario ante la RSC», *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 23.

²⁰ COMTE-SPONVILLE, André: «La moda de la Ética de Empresa», *El Capitalismo, ¿es moral?* Paidós, 2004.

sirva así para todo, a fuerza de pretender que esté absolutamente presente en todas partes (¡y además que sea rentable!), se acaba por diluirla e instrumentalizarla de tal manera que ya no esté presente en verdad (sí es su austera y desinteresada verdad) en ninguna parte».

Así pues, ejemplifican esta repercusión directa e inmediata de la conducta en los resultados de las empresas los boicots internacionales que siguieron al accidente de la petrolera Exxon en Alaska en 1989 (que desencadenó la mayor indemnización por infracciones medioambientales de la historia) y a la ejecución en Nigeria seis años después de los líderes pacifistas que denunciaban los daños ambientales ocasionados en la región por la multinacional Shell²¹. También otras empresas, como Nike, Levis o Disney (que paradójicamente encabeza este año, como veremos, el *ranking* anual del Reputation Institute), fueron denunciadas por desarrollar políticas de doble rasero en países en vías de desarrollo (por ejemplo, a causa del trabajo infantil), y, como explica CASADO CAÑEQUE, «a medida que las ventas bajaban y se reducía la demanda de productos, las empresas afectadas empezaban a relacionar violación de derechos humanos con cuenta de resultados, gestión ambiental con generación de beneficios, reputación de la empresa con consolidación de mercado»²².

Por tanto, volviendo al título del presente epígrafe, es indudable que factores como las tecnologías de la información o la globalización suplen con creces la ausencia del Derecho positivo vinculante o, lo que es lo mismo, que la «censura social de la comunidad ante determinados comportamientos puede tener consecuencias negativas incluso mayores que las estrictamente jurídicas, y ello es lo que marca la diferencia con etapas anteriores en las que las sanciones jurídicas ocupaban un lugar casi exclusivo a la hora de determinar los efectos adversos para el incumplidor»²³, siendo la coacción social, en este ámbito concreto, incluso más efectiva que el Derecho. No en vano se atribuye a los directivos de Shell la célebre frase «Vivimos en un mundo CNN y hemos de ser conscientes de nuestras actitudes».

Por otro lado, el astrofísico Stephen HAWKING dijo en una entrevista concedida en Canarias el día 19 de septiembre de 2014, al programa Informe Semanal, que Dios no existe, y que su percepción ha sido suplantada por la Naturaleza, de forma que muchas personas han reemplazado la trascendencia del alma por dejar en el futuro un mundo sostenible en el que la satisfacción de nuestras necesidades no

²¹ CASADO CAÑEQUE, Fernando: *La RSE ante el Espejo. Carencias, complejos y expectativas de la empresa responsable en el siglo XXI*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2006, p. 31.

²² *Ibid.*, p. 33.

²³ DEL REY GUANTER, Salvador: «Responsabilidad Social Empresarial y Orden Social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales», *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 48.

ponga en peligro la satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones²⁴. No hemos heredado de nuestros antepasados un planeta en propiedad, sino que lo poseemos prestado por nuestros descendientes, y no nos pertenece a nadie. O sea, que hemos sustituido los mandamientos por las leyes, los pecados por los delitos, el infierno por la cárcel y la caridad, mal vista en cuanto viene de arriba abajo, por la solidaridad del hoy por ti, mañana por mí.

Así pues, de acuerdo con el principio de subsidiariedad que rige el Estado del Bienestar²⁵, determinadas materias no deberían ser objeto de regulación o ejecución estatal²⁶, y la propia Resolución del Parlamento europeo de 2007, que recoge la necesidad de incentivar la Responsabilidad Social Corporativa, en su tercera recomendación advierte del peligro de la hipocresía entre grandes compañías que tocan trompetas con campañas publicitarias institucionales en las que presumen de su gran corazón, pero que no hacen otra cosa que lavar una cara deteriorada por violar las normas legales o las leyes de la ética. Piénsese en el *Greenwashing*, término acuñado para describir el uso engañoso de *marketing* verde para promover una percepción errónea de que las políticas o los productos de una compañía son adecuados desde el punto de vista medioambiental²⁷.

Téngase también en cuenta lo sucedido en nuestro país con las Cajas de Ahorro que, mientras la pierna situada en lo benéfico alardeaba de su obra social en televisión, con la otra pata del camaleón *sociedad mercantilizaban* la fundación, llevando a cabo comportamientos indecentes con las indemnizaciones millonarias, las subvenciones encubiertas en préstamos sin devolución, la tragedia de las preferentes o los gastos suntuosos con tarjetas de crédito, fantasmas que se están investigando en la actualidad, ya que se contabilizaban a una cuenta de impagos.

²⁴ Según el Informe Brundtland de 1987, la sostenibilidad consiste en satisfacer las necesidades de la actual generación sin sacrificar la capacidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.

²⁵ Uno de los principios informadores del Estado del Bienestar, junto con los de solidaridad e idoneidad, es el de subsidiariedad, en cuya virtud la intervención estatal en una tarea no exime al resto de grupos o individuos de prestar su colaboración, sino que, en muchos casos, dada la índole del objetivo que se pretende alcanzar, deberán éstos coadyuvar a su consecución. Así lo define KAUFMANN, A., en su obra «*Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*».

²⁶ Autores como SÁNCHEZ HUETE, Miguel Angel, se muestran contrarios al principio de subsidiariedad en esta materia, ya que ello conllevaría una privatización de la protección del medio ambiente y demás intereses sociales constitucionalmente reconocidos: ponencia pronunciada en las I Jornadas Universitarias Internacionales de Análisis Jurídico de la Responsabilidad Social de las Empresas: perspectivas laboral y financiera, organizada por la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre 2008.

²⁷ Definición de Wikipedia, la enciclopedia libre. En materia de Greenwashing, destaca la campaña de Easyjet para promocionar que viajar en sus aviones es mejor para el medioambiente que hacerlo en un coche híbrido, o bien la de los fabricantes de Airbus, cuya publicidad muestra imágenes de paisajes naturales con cielos de un azul intenso. Así se denuncia, entre otros, por Drea KNUFKEN, autora de «*The Top 25 Most Greenwashed Products In America*», publicado en Business Pundit el 2 de marzo de 2010.

En definitiva, que como dijo Jesús de Nazaret, cuando das limosna es preferible que no sepa la izquierda lo que hace la mano derecha²⁸.

III. ¿TIENEN CABIDA LAS PYMES EN LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA?

En realidad, la Responsabilidad Social Corporativa parece estar reservada a las grandes compañías que poseen fundaciones, prácticamente todas las del Ibex, y expresan en sus memorias los logros obtenidos por ellas. Como señala DEL REY GUANTER, en la práctica está fundamentalmente centrada en empresas de mayor dimensión, y muy especialmente en aquéllas de carácter transnacional, que es donde se ha originado el desarrollo de la Responsabilidad Social Corporativa²⁹.

Así, la consultora Reputation Institute, cuya sede se encuentra en Nueva York y Copenhague, elabora desde hace nueve años el informe anual «*Global RepTrak 100: The World's Most Reputable Companies*», comprensivo de la lista de compañías que tienen la mejor reputación entre los consumidores internacionales³⁰. Lideran la lista en 2014 dos empresas estadounidenses, Walt Disney y Google, seguidas de las europeas BMW y Rolex. Sólo la española Zara entró en este *ranking* en el año 2012.

Las Pymes, en cambio, se encuentran por ahora más alejadas de esta materia, salvo porque muchas de esas grandes compañías comienzan a valorar en sus contrataciones que sus colaboradores se sientan responsables de cuidar el pequeño mundo en el que viven. Ante la creciente presión de consumidores e inversores, las empresas elaboran códigos de conducta relativos a derechos humanos, condiciones laborales o medioambientales que se dirigen principalmente a contratistas y proveedores.

También las instituciones financieras recurren cada vez más a listas de control social y ambiental para evaluar los riesgos de los préstamos concedidos a las empresas y las inversiones efectuadas por las mismas³¹. El Libro verde europeo de 2001 antes mencionado reconoce que determinadas Pymes asumen ya su res-

²⁸ «Por eso, cuando des limosna, no toques trompeta delante de ti, como hacen los hipócritas en las sinagogas y en las calles, para ser alabados por los hombres. En verdad os digo que ya han recibido su recompensa. Pero tú, cuando des limosna, que no sepa tu mano izquierda lo que hace tu derecha, para que tu limosna sea en secreto; y tu Padre, que ve en lo secreto, te recompensará» (Mateo 6,3).

²⁹ DEL REY GUANTER, Salvador: «Responsabilidad Social Empresarial y Orden Social: algunas reflexiones sobre sus conexiones semánticas (o terminológicas) y sustanciales», *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 46.

³⁰ ADAMS, Susan: «The World's Most Reputable Companies», *Forbes*, 8 de abril de 2014.

³¹ VELASCO OSMA, José Ramón: «Fundamentos de la RSC y su aplicación ambiental», *Cuadernos del Departamento de Derecho ambiental*, Dykinson, 2006, p. 64.

ponsabilidad social, principalmente a través de una participación a nivel local, e incluso en España se llegó a aprobar en el año 2004 la creación de una Subcomisión de Responsabilidad Social Corporativa en el Congreso de los Diputados cuya misión era informar al Gobierno de una estrategia pública de apoyo y respaldo a la gestión social de todo tipo de empresas y muy en especial de las Pymes³².

Aún cuando conocemos numerosos casos de pequeñas y medianas empresas que hacen labores de voluntariado, es difícil concebir que las Pymes tengan encaje en el ámbito de la Responsabilidad Social Corporativa. Por tanto, si bien en muchas podría apreciarse un desarrollo inicial de este fenómeno, sus iniciativas podrían también confundirse con el mecenazgo cultural, de actualidad estos meses por haber perdido la ocasión de regularlo, el patrocinio, el *crowdfunding* o cuestación popular para financiar proyectos de emprendedores, el donativo, el *marketing* con causa³³ o la simple filantropía. Quizá en estas iniciativas solidarias de colaborar con los bancos de alimentos, comedores sociales, asistencias a enfermos, casas de socorro, centros de beneficencia o en otros casos particulares,³⁴ sólo estemos ante un supuesto de *coaching*, también de moda, que nos recuerda a una empresa textil china llamada Antex, cuyo dueño contrató a la Colla Vella de Xiquets de Valls para que les enseñara a levantar *castells* y que los directivos se subieran junto a los empleados y sintieran la fuerza de la piña en esas torres humanas.

También en materia laboral autores como Esteban LEGARRETA y Rojo TORDECILLA consideran que un ámbito de la Responsabilidad Social Corporativa que sí resulta accesible para las Pymes es el empleo simple y directo de trabajadores con discapacidad³⁵. De hecho, organizaciones empresariales como CECOT (Confederación Empresarial de la Comarca de Terrassa) instan a las Pymes comprendidas en su ámbito territorial a que encaucen así su compromiso social. Para las grandes empresas, en cambio, este compromiso moral se torna en obligación jurí-

³² *Ibid.*, p. 110.

³³ El *marketing* con causa es una herramienta mediante la cual una empresa se compromete a colaborar con un proyecto social, a cambio de beneficios de imagen y, por tanto, económicos o exclusivamente sociales. Es un nuevo y valiosísimo camino para defender el valor de la marca, situado dentro de lo que se conoce como *Storytelling*, que ya no diferencia a la marca por atributos, como se venía haciendo hasta ahora, sino por la historia que tiene detrás (Christian SALMON). Las empresas tienen que compartir con los consumidores algo más que un buen producto y una comunicación y distribución excelentes. Tienen que ser capaces de compartir con los clientes sus valores más íntimos, lo que actualmente se está denominando «posicionamiento por afinidad con la clientela». Véase, por ejemplo, la iniciativa «Nuestro Credo», de Johnson & Johnson: www.jnj.com.

³⁴ Estos días (noviembre de 2014), los integrantes de la plantilla de un club de fútbol, Rayo Vallecano de Madrid, S. A. D. y el cuerpo técnico, han decidido pagar el alquiler a una anciana de ochenta y cinco años, desahuciada por avalar a su hijo con un préstamo.

³⁵ ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, y ROJO TORDECILLA, Eduardo: «Responsabilidad Social Empresarial y Colectivos Desfavorecidos», *La Responsabilidad Social Empresarial, un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, 2009. pp. 157 y 162.

dica, ya que el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del minusválido (LISMI)³⁶, obliga a las empresas públicas y privadas de más de cincuenta trabajadores a emplear, al menos, un dos por ciento de trabajadores minusválidos.

IV. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, LA CRISIS ECONÓMICA Y LOS PRÓXIMOS PASOS

Sin duda, lejos de los ambiciosos objetivos comunitarios de principios del milenio, el desarrollo exponencial de la Responsabilidad Social Corporativa se ha producido en esta primera crisis económica de la globalización que para muchos expertos es sólo el primer síntoma de un sistema capitalista que se agota.³⁷

Muchos autores temen que sea una moda pasajera fruto de la bonanza económica de los últimos años³⁸, o incluso un lujo del que se puede prescindir en momentos difíciles³⁹, pero seguramente cualquiera de nosotros conoce casos de altruismo en los que una empresa o incluso sus propios empleados ha preferido mantener el empleo a costa de obtener un menor beneficio o autocongelarse los salarios. En estos tiempos duros e injustos para las Pymes no es que pueda tratarse de un lujo del que se puede prescindir, sino que la mejor Responsabilidad Social Corporativa que puede realizarse es mantener la empresa para beneficio general.⁴⁰

Existen, por otro lado, movimientos de crítica económica de la Responsabilidad Social Corporativa que cobran fuerza en tiempos de crisis, en especial aquellos que, por razón del coste que conlleva, presentan la asunción de responsabilidades sociales como una amenaza a la supervivencia de la empresa. Autores como JENSEN y MECKLING consideran que en un entorno competitivo sólo es posible

³⁶ Redacción dada por la DA 17 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Véanse también el R. D. 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad y la O. M. FOM/3557/2003, de 10 de diciembre, por la que se aprueba la instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras.

³⁷ No vamos a referirnos a la crisis política que acompaña a la económica, de recesión democrática que recientemente han puesto de manifiesto Francis FUKUYAMA, o MICKLETHWAIT y WOOLDRIGE, director y gerente de The Economist en la obra *La Cuarta Revolución*, quienes, tras analizar las revoluciones absolutista y las liberales de final del siglo XVIII y principios del XX, consideran necesario un profundo cambio en las maltrechas democracias.

³⁸ CASADO CAÑEQUE, Fernando: *La RSE ante el Espejo: carencias, complejos y expectativas de la empresa responsable en el siglo XXI*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2006, p. 34.

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C.: «Responsabilidad Social Empresarial, Derecho del Trabajo y Crisis Económica», *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Marcial Pons, 2009, p. 79.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 81.

sobrevivir produciendo con eficiencia los bienes demandados por los consumidores y remunerando los factores de producción según su coste de oportunidad⁴¹: así, la empresa socialmente responsable queda en desventaja frente a sus competidores, que pueden competir con precios más bajos. El énfasis se pone, por tanto, en la filantropía del individuo, ya que, careciendo de ventajas fiscales a nivel corporativo, es más eficiente que la empresa se concentre en la maximización de beneficios y sus accionistas, empleados o clientes hagan sus donaciones cómo y a quien quieran.

Sin embargo, es indudable que existe en la sociedad actual una preocupación creciente por problemas tales como el deterioro medioambiental, imputable a las actividades económicas, la discriminación laboral, el subdesarrollo o la exclusión social. La sensibilidad de los ciudadanos, medida en encuestas⁴², considera que la empresa debe contribuir al entorno en el que se desarrolla, no sólo con respeto ambiental, sino mejorando la educación, incentivando la investigación o la cultura, o combatiendo la pobreza. Y como advierte la mencionada Resolución del Parlamento europeo de 2007 en su recomendación 39, la Responsabilidad Social Corporativa sólo forma parte de un fenómeno mayor, de una necesaria ética en los negocios, del crédito, de una reputación exigida a las empresas que puede extenderse al respeto de los derechos humanos o a la expulsión de la corrupción.

En efecto, como sostiene CUERVO GARCÍA, la empresa, y en particular la empresa multinacional, se ha convertido en una institución *cuasipública*, que gana legitimidad en la medida que da respuesta a las demandas de la sociedad —*responsiveness*— y rinde cuentas —*accountancy*—⁴³. Mucho se ha hablado de los beneficios que la Responsabilidad Social Corporativa comporta para la imagen y prestigio de la empresa frente a los clientes o consumidores, pero cuenta también con otras muchas bondades, como, a través de la creación de un mejor clima laboral, otorgar a las empresas una capacidad superior para atraer y conservar los recursos humanos más competentes⁴⁴. Hacer el bien mirando a quién produce un efecto *boomerang*, en el que el donante acaba siendo el donatario.

El próximo paso de esta nueva forma de concebir la empresa es que están germinando nuevos modelos económicos que pretenden la sustitución paulatina

⁴¹ CUERVO GARCÍA, Álvaro: «Los fines de la empresa moderna y el papel de los directivos ante los grupos de interés», *El modelo de empresa del siglo XXI: Hacia una estrategia competitiva y sostenible*, Cinca, 2008, p. 57.

⁴² Citan una de estas encuestas en la Universidad Pompeu Fabra, Jaime Alberto OROZCO TORO y David ROCA CORREA en *La incidencia de la RSC en la marca: del ensayismo español al cientifismo anglosajón*, en «Cuestiones publicitarias», vol. I, núm. 16, 2011, pp. 91-107.

⁴³ CUERVO GARCÍA, Álvaro: «Los fines de la empresa moderna y el papel de los directivos ante los grupos de interés», *El modelo de empresa del siglo XXI: Hacia una estrategia competitiva y sostenible*, Cinca, 2008, p. 63.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 53.

de un sistema que rompa la dicotomía entre capitalismo o comunismo. Están todavía verdes en su pretensión de modificar el sistema de forma endógena, y seguramente son ilusorios, pero se habla de Empresas del Procomún, Eco-sostenibilidad, el Banco de tiempo, la Teoría del Decrecimiento⁴⁵, la conocida como Economía del Bien Común que se debe al profesor austriaco Christian FELBER⁴⁶, o la *Sharing Economy*, con las que se pretende sustituir la competencia por la colaboración y la ganancia por la obtención del bien común. Dice FELBER que en tiempos de Adam SMITH no existían las multinacionales.

Empezando por las empresas del Procomún (traducción al castellano del «*commons*» anglosajón), se trata de un modelo de gobernanza centrado en la manera de producir y gestionar en comunidad bienes y recursos tangibles (el agua, los medicamentos) e intangibles (internet, el espacio radioeléctrico). Este antiguo concepto jurídico-filosófico nos resitúa en un marco humanista, en el que ganan nueva legitimidad temas que el modelo neoliberal había dejado de lado (la transparencia, la equidad o la diversidad), gracias al premio Nobel de Economía concedido a Elinor OSTROM en 2009. Así, propone una posible alternativa a la Economía de mercado, desde la que volver a integrar lo económico y lo ético, lo individual y lo colectivo. En esta misma corriente, el profesor de Derecho de Harvard, Yochai BENKLER, acuñó la expresión «producción entre paritarios basada en el bien común» (*commons-based peer production*)⁴⁷ para describir iniciativas colaborativas, tales como el *software* libre o Wikipedia, que se basan en información compartida.

Por otro lado, encontramos iniciativas como las del Banco de tiempo, que constituyen una alternativa económico-social en cuya virtud un grupo de usuarios intercambian sus habilidades (enseñar inglés, pasear mascotas) sin utilizar dinero. Únicamente se contabilizan las horas de servicio prestado y recibido⁴⁸. En cuanto a la *sharing economy*, conocida también como consumo colaborativo, se basa en el alquiler a extraños, por parte de los dueños, de pertenencias que no utilizan, como automóviles (Uber, Getaround), alojamientos (Airbnb), cenas (Eatwith) o

⁴⁵ Es una corriente de pensamiento económico, político y social que tiene como idea principal el disminuir de forma controlada y progresiva la producción, con el objetivo de equilibrar la relación entre los seres humanos y la naturaleza. Esta teoría nació en la década de los setenta de la mano de GEORGESCU-ROEGEN, matemático y economista, que sentó sus bases. Sus estudios sobre bioeconomía le sirvieron para escribir *The Entropy law and the Economic Process*, la biblia de los decrecentistas. (Iniciativa Debate: la otra información. 16 de noviembre de 2014. <http://iniciativadebate.org>).

⁴⁶ FELBER, Christian: *La Economía del Bien Común*, Deuticke, 2008, pretende sustituir la competencia a favor de la cooperación como principal pilar de la motivación y la humanización de las relaciones comerciales para dirigir las, no a la obtención de la ganancia, sino del bien común. <http://www.economia-del-bien-comun.org/es>.

⁴⁷ Wikipedia, la enciclopedia libre.

⁴⁸ Uno de los pioneros en desarrollar experimentos en torno al Banco del tiempo fue el anarquista norteamericano Josiah WARREN, que fundó la famosa Cincinnati Time Store. Como ejemplo moderno, citar www.bdtonline.org.

incluso turismo (Amigos en el mundo), sustituyendo así a los servicios tradicionales de taxis, hoteles, restauración o agencias de viajes por el modelo *peer to peer* (P2P, entre iguales), en el que un día puedes ser prestador y otro receptor del servicio.

Pero si hablamos del agotamiento del capitalismo en su estado más puro, como factor determinante para el desarrollo de la Responsabilidad Social Corporativa, es menester terminar con la controvertida obra de Thomas PIKETTY, «Capital in the 21st Century» (Financial Times and McKinsey's 2014 Business Book of the Year). Siguiendo los postulados keynesianos, las tendencias autodestructivas del capitalismo se pueden fácilmente moldear o controlar con las políticas adecuadas, evitando así la tendencia natural de que el capital se concentre en manos cada vez más escasas⁴⁹. Puesto que la riqueza aumenta a un ritmo más rápido que el crecimiento económico, y el capital tiende así a aumentar su importancia en la sociedad, propone que los gobiernos instauren un impuesto global sobre la riqueza para evitar que la creciente desigualdad desemboque en una incontrolable inestabilidad política y económica⁵⁰.

En todo caso, sí es cierto que cada vez se encuentran más obsoletas las teorías del Premio Nobel de Economía Milton FRIEDMAN, que como consejero de Ronald Reagan hablaba de que «la única responsabilidad de la empresa es la de obtener beneficios»⁵¹, y opiniones como las de Theodore LEVITT, conocido como el más fiero crítico de la Responsabilidad Social Corporativa. Para LEVITT, las funciones y responsabilidades de gobiernos y empresas son distintas y deben permanecer distintas, ya que augura en caso contrario el desenvolvimiento de regímenes fascistas en los que los negocios moldeen la sociedad y no a la inversa.

(Trabajo recibido el 26/11/2014
y aceptado para su publicación el 22/12/2014)

⁴⁹ COOPER, Ryan: *Why Everybody is Talking about Thomas Piketty's Capital in the 21st Century*, The Week, 25 de marzo de 2014.

⁵⁰ *The Economist Explains: Thomas Piketty's «Capital» summarised in four paragraphs*, 4 de marzo de 2014.

⁵¹ ELEGIDO, Juan M.: *Fundamentos de Ética de Empresa*, Herberto Ruz, 1998, p. 121: «Siendo justos con FRIEDMAN hay que subrayar que de ninguna manera se opone a la caridad [...], sino que está en contra de dar a los menesterosos el dinero de otras personas. Su postura es que si una firma gana dinero apoyando causas valiosas en lugar de distribuir ese dinero entre sus accionistas, con ello impide que éstos apoyen las causas que ellos prefieran. El curso de acción acertado sería, en su opinión, distribuir todas las utilidades entre los accionistas, de manera que cada uno de ellos esté en libertad de hacer la contribución que guste... o de no hacer ninguna».

LA NECESARIA REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN POR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN LA SL

JOSÉ JAVIER ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL

Profesor Titular EU Universidad Miguel Hernández

RESUMEN

La vigente normativa reguladora de la Sociedad de Responsabilidad Limitada no aclara de forma expresa si los socios pueden optar por el sistema de representación proporcional para la elección de los miembros del Consejo de administración.

El régimen legal vigente al respecto ha sido interpretado de forma contradictoria por la DGRN y por el TS. Este último, pese a haber admitido esta figura, no ha reiterado su doctrina al respecto.

El autor hace un estudio profundo de la materia y propone una revisión del régimen legal vigente dirigida a la expresa admisión de la institución en el ámbito de la SL.

Palabras clave: representación proporcional, órgano de administración, sociedad de responsabilidad limitada, elección de miembros y Consejo de administración.

THE NECESSARY REVISION OF THE LEGAL REGIME OF APPOINTING MEMBERS OF THE BOARD BY THE SYSTEM OF PROPORTIONAL REPRESENTATION IN THE SPANISH LIMITED LIABILITY COMPANY (SL)

ABSTRACT

In the field of the Spanish limited liability companies (SL), is questionable if partners can establish a proportional representation system for the election of members of the board.

The current legal regimen is not clear about this, and has been interpreted in contradictory ways by the DGRN (General Directorate of Registers and Notaries) and the Spanish Supreme Court. The Spanish highest court has admitted this figure once, but it has not been reiterated.

The author makes a thorough study of the subject and proposes a revision of the existing legal regimen defending the express admission of the institution in the field of Spanish limited liability companies (SL).

Keywords: proportional representation, board of directors, limited liability company, election, members of the board.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS POR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. 1. Antecedentes. 1.1. Antecedentes en el régimen jurídico de la SA. 1.2. Antecedentes en el régimen jurídico de la SL. 2. Régimen jurídico vigente.—III. INTERPRETACIÓN DE LA DGRN Y DEL TS. 1. Resolución de 17 marzo de 1995 DGRN: Admisibilidad conforme a la LSRL/53. 2. Resolución de 15 septiembre de 2008 DGRN: No admisibilidad del pacto conforme a la LSRL/1995. 3. STS de 6 de marzo de 2009. Admisibilidad del pacto conforme a la LSRL/1995.—IV. DEFENSA DE LA ADMISIBILIDAD DEL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN LA SL EN EL RÉGIMEN VIGENTE.—V. CRÍTICA AL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE. 1. Caracteres de las sociedades cerradas. 2. La armonización e integración sistemática del régimen jurídico de la SL. 3. Debilidad de los argumentos en contra de su admisión. 4. Crítica a la propuesta de Código mercantil. 5. Propuesta de modificación del TRLSC (o eventualmente el Código mercantil) y del RRM.

I. INTRODUCCIÓN

En aquellos casos en los que los socios de una sociedad de capital opten por el Consejo de administración como estructura del órgano de administración surge la cuestión de la forma de nombramiento de sus miembros.

La regla general aplicable al respecto está contenida en el artículo 160 b) TRLSC, que reconoce esta competencia a la Junta general.

Sin embargo, como excepción a esta regla, los artículos 243 y 244 TRLSC permiten a los socios pactar en los estatutos el nombramiento por cooptación y por el sistema de representación proporcional.

En este trabajo nos vamos a ocupar de esta última opción, el nombramiento de los miembros del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional.

Concretamente, vamos a abordar la posibilidad de pactar esta forma de nombramiento en la SL y vamos a hacer un estudio crítico de la normativa vigente al respecto.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL NOMBRAMIENTO DE CONSEJEROS POR EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL

1. Antecedentes

1.1. Antecedentes en el régimen jurídico de la SA

El reconocimiento a los socios de la facultad para nombrar a los miembros del Consejo de administración mediante la llamada *representación proporcional* fue

una novedad introducida por la **Ley de sociedades anónimas** de 1951, ya que no estaba contemplada ni en la regulación previa ni en el anteproyecto de esta Ley de 1947.

Inmediatamente alzó su voz contra la admisión legal de este derecho de los socios el ilustre profesor GARRIGUES¹, que había sido el principal redactor del anteproyecto que no había previsto esta opción y que encabezó un movimiento crítico frente a esta norma.

A partir de este momento, la doctrina expresó sus razones a favor y en contra de la admisión de esta forma de elección de los miembros del Consejo de administración:

- Por un lado, los críticos² argumentaron que favorecía una lucha interna permanente en el seno del Consejo que podría paralizar la unidad de gestión y mando indispensable en todo órgano de gobierno, así como que generaba problemas de integración con el resto de la LSA, ya que este cuerpo legal estaba estructurado sobre la base del nombramiento de los consejeros por parte de la Junta general.
- Por otra parte, sus defensores apuntaron que este sistema introducía la posibilidad de una mayor reflexión en la gestión de la sociedad, permitiendo que la administración se adecuase mejor a los intereses sociales que han de ser los comunes a todos los socios, así como un sistema de vigilancia, por parte de la minoría, de aquellos que llevasen la gestión diaria de la sociedad.

Pese a las críticas, este derecho de los socios volvió a ser posteriormente reconocido por el TRLSA de 22 de diciembre de 1989, así como recientemente por el artículo 243 del vigente TRLSC de 2 de julio de 2010.

Desde el punto de vista reglamentario, la normativa legal fue desarrollada por el Decreto de 29 de febrero de 1952, completado por la Orden de 5 de abril del mismo año, Decreto que fue modificado por el R. D. 821/1991, de 17 de mayo, que, según dicta su exposición de motivos, respondió a la «necesidad de modernizar el régimen reglamentario de la designación de miembros del Consejo de administración por el sistema de representación proporcional». También recibió una muy escasa reglamentación en el reglamento del Registro mercantil.

¹ GARRIGUES: «En torno al artículo 71 de la Ley de sociedades anónimas», *Revista de Derecho Mercantil* número 36, 1951, pp. 403 y ss.

² Puede verse un estudio de la problemática práctica generada por el sistema de representación proporcional en MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

1.2. *Antecedentes en el régimen jurídico de la SL*

La influencia alcanzada por el movimiento crítico frente a la expresa admisión del sistema de representación proporcional de los socios en el Consejo de administración en la LSA/51 hizo que el legislador guardase silencio al respecto en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada aprobada dos años después (17 de julio de 1953). No existen referencias anteriores, ya que éste fue el primer cuerpo legal que reguló expresamente el régimen jurídico de la SL. Previamente, su regulación se limitaba a la mención que de este tipo social hacían los artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919)³.

Sin embargo, la siguiente LSRL, aprobada por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, se refirió expresamente a esta materia en su Exposición de Motivos, en la que dictaba: *«No se ha considerado conveniente reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración colegiado, evitando así que el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad»*.

El año siguiente, al desarrollar reglamentariamente este cuerpo legal, el Reglamento del Registro Mercantil vino a incidir en la materia al disponer en su artículo 191 que *«Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la Junta general con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación, ni por el sistema de representación proporcional»*.

1.3. *Régimen jurídico vigente*

El vigente TRLSC sólo se refiere expresamente a esta materia en su artículo 243, al disponer que:

«1. En la sociedad anónima, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.»

³ Con anterioridad a la Ley de 17 de julio de 1953, su constitución estaba admitida en base a la amplia autonomía de la voluntad reconocida a los fundadores, tanto en el CCom de 1869 como en el de 1885, respecto a la regulación de las «asociaciones que tengan por objeto cualquier empresa industrial o de comercio».

Esta amplia autonomía permitía la llamada «atipicidad social», existiendo únicamente dos obligaciones imperativas para la constitución de las compañías mercantiles: la exigencia de escritura pública para su constitución y la publicidad de la misma mediante la inscripción registral y su anuncio en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín de la Provincia*.

2. *En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo.»*

Con esta norma, la situación legal es prácticamente idéntica a la que existía antes de la publicación de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada:

- El artículo 243 TRLSC ha respetado la redacción de su precedente, el artículo 137 TRLSA, del que únicamente ha modificado el término «vocales del Consejo» sustituyéndolo por el de «componentes del Consejo».
- En cuanto a la SL, con el TRLSC volvemos a la regulación legal vigente con la LSRL de 1953: de nuevo la Ley aplicable no hace ninguna mención expresa a la posibilidad de que los socios dispongan la representación proporcional en el Consejo de administración, ni en la EM, ni en su articulado.

El desarrollo reglamentario de esta normativa legal se encuentra contenido en:

- El citado R. D. 821/1991, por el que se desarrolla el artículo 137 del TRLSA en materia de nombramiento de miembros del Consejo de administración por el sistema proporcional.
- Los artículos 138, 140 y 191 del RRM/1996.

III. INTERPRETACIÓN DE LA DGRN Y DEL TS

1. Resolución de 17 marzo de 1995 DGRN: Admisibilidad conforme a la LSRL/53

Pese a la falta del reconocimiento expreso de la facultad de los socios de la SL para optar por el sistema de representación proporcional en la LSRL/53, la DGRN (R. de 17 de marzo de 1995) declaró la validez de este pacto estatutario en la SL con los siguientes argumentos:

1. El artículo 7 de la LSRL/53 (al igual que el artículo 1.255 del CC) permitía la libertad de pacto en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley que nada prohíbe al respecto.
2. El artículo 11 de la LSRL/53 se remitía en todo lo relativo a los administradores a lo dispuesto para la sociedad anónima, salvo lo establecido

en la propia Ley, sin que existiese ningún precepto que de forma expresa se opusiese a la aplicación a la sociedad de responsabilidad limitada del sistema de representación proporcional previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas

3. La elasticidad y flexibilidad que preside el régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada permite a los interesados hacer uso de la libertad de pactos siempre que ésta no se traduzca en una violación directa o indirecta de los postulados esenciales del tipo o a sus principios configuradores, sin que existiese incompatibilidad alguna entre dicho sistema y la «específica naturaleza» de la sociedad limitada, pues aquél únicamente supone el reflejo en el órgano colegiado de administración del concreto modo de reparto del capital social, sin que ello vulnerase, antes al contrario, reforzaría el principio de igualdad de las participaciones sociales al mejorar la posición de las minorías a la hora de participar en la gestión social.

2. Resolución de 15 septiembre de 2008 DGRN: No admisibilidad del pacto conforme a la LSRL/1995

La DGRN cambió de opinión tras la publicación de la LSRL 2/1995 y el RRM de 1996⁴.

Así, en su Resolución de 15 de septiembre de 2008, se manifestó en contra de la admisibilidad del pacto de representación proporcional en el Consejo de administración de la SL, si bien dejaba la puerta abierta a otras opciones similares que no estuviesen expresamente prohibidas por la normativa reguladora:

1. Según la DGRN, el legislador consideró conveniente no reconocer a los socios minoritarios el derecho de representación proporcional en el órgano colegiado de administración, decisión justificada en la EM de la LSRL 2/1995.
2. Además, la LSRL 2/1995 atribuye a la Junta general la competencia exclusiva para el nombramiento de administradores, eliminando la posible designación directa de administradores por los socios.

⁴ Esta Resolución se refiere directamente a otra cláusula estatutaria en la que un grupo de socios tiene siempre representación en el órgano de administración, pero lo hace por vía diversa. Constituye o crea una clase de participaciones a las que, junto a unos amplísimos derechos económicos de carácter colectivo, se atribuye «en su conjunto» el derecho a elegir a un miembro del órgano de administración, sea éste colegiado o esté formado por administradores mancomunados o solidarios. No obstante, la DGRN aprovecha para referirse al nombramiento de administradores por el sistema de representación proporcional.

3. Pese a lo anterior, se hace necesario definir los límites de la posibilidad de autorregulación en el ámbito de la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Lo contrario supondría hacer de este tipo social una estructura aún más rígida que la de la Sociedad Anónima, cuando la voluntad del legislador, manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley, es la de dotar a esta figura de un régimen jurídico flexible a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias, sin dejar de velar, simultáneamente, por la tutela del socio y por los derechos de la minoría.

Lo que pretende el legislador, como resulta de la EM de la Ley 2/1995, es que se aplique a la Sociedad de Responsabilidad Limitada el sistema de representación proporcional regulado por la Ley de Sociedades Anónimas, y el veto legal debe circunscribirse a los estrictos términos expresados por el legislador.

En este sentido, el uso estatutario del sistema de voto plural (que admite y regula el artículo 53.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) puede servir para modalizar el principio puramente mayoritario que a tal efecto establece como básico, pero no inderogable, la Ley. El Reglamento del Registro Mercantil confirma esta posibilidad al disponer, en su artículo 184.2.1, que en caso de desigualdad de los derechos que atribuyen las participaciones sociales, si se ha pactado que concedan más de un derecho de voto para todos o algunos acuerdos, es necesario indicar el número de votos. Esta posibilidad puede, además, combinarse con la que permite exigir, para determinados acuerdos, el voto favorable de un determinado número de socios, conforme al artículo 53.3 de la misma Ley.

3. STS de 6 de marzo de 2009. Admisibilidad del pacto conforme a la LSRL/1995

EL TS, en su ST de 6 de marzo de 2009, vino a contradecir la opinión declarada por la DGRN en su Resolución de 15 de septiembre de 2008, al declarar válido un acuerdo de socios en el que se establecía el sistema de representación proporcional en una SL y revocar las decisiones de las instancias anteriores que habían declarado nulo el mismo. Pese a que esta sentencia se refiere a la validez de un pacto parasocial, sus argumentos son explícitos respecto a la validez de este pacto, tal y como pasamos a ver.

Para argumentar su decisión, el TS toma en consideración la siguiente normativa:

- El artículo 58.1 de la Ley 2/1995, que atribuye a la Junta general, en exclusiva, «la competencia para el nombramiento de los administradores».

- La ausencia en dicha Ley 2/1995 de una norma similar a la del artículo 137 del Real Decreto Legislativo 1.564/1989, para las sociedades anónimas.

Este silencio es explicado en la EM con las palabras «con todo, no se ha considerado conveniente reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional en el órgano de administración colegiado, evitando así que el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad».

- Y, finalmente, el artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1.784/1996, de 19 de julio), según el cual «no se admitirá el nombramiento por cooptación ni por el sistema de representación proporcional».

Interpretando estas normas, manifiesta el TS en su pronunciamiento:

1. Que ni el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial han explicado suficientemente el paso dado desde la voluntad del legislador de no reconocer a la minoría el derecho de representación proporcional (por parecerle conveniente para evitar que los eventuales conflictos entre los socios repercutan en el funcionamiento del órgano de administración) hasta la nulidad del precepto estatutario, en el que quedó reflejada la voluntad de todos los interesados en que la minoría tuviera alguna representación en el Consejo.

En este sentido, no se debe olvidar que el artículo 12.3 de la Ley 2/1995 exigía averiguar si la regla estatutaria declarada nula (con la consecuencia de considerar válido el acuerdo contrario a ella) se opone o no a las leyes o es contraria a los principios que inspiran la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada.

En todo caso, los argumentos en que se basa la decisión recurrida carecen de entidad para ser decisivos.

2. Que el silencio de la Ley 2/1995 y la exclusiva referencia a la SA contenida en el Real Decreto 823/1991, de 17 de mayo, no tiene el significado de una prohibición aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.
3. Que el sistema proporcional en la designación de los miembros del órgano colegiado de administración no priva a la Junta general de la competencia que el artículo 58.1 de la Ley 2/1995 le atribuye para el nombramiento.

4. Que el sistema de representación proporcional tampoco resulta contrario al principio de igualdad de los derechos vinculados a las participaciones (art. 5.1 LSRL 2/95), dada la desigualdad de la que, de hecho, parten las minorías en la designación de los consejeros.
5. Que la rotundidad del artículo 191 del RRM no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 C. E. y 1.2 C. C.).

Además, este artículo 191 es interpretado por la DGRN como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas (R. de 17 de marzo de 1995 y 11 de octubre de 2008).

6. Que también ha de tenerse en cuenta que la regulación de la SL está inspirada en las ideas de *flexibilidad* (tal y como afirma en la EM de la Ley 2/1995, «a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias») y de *protección de la minoría*.
7. Por último, sería paradójico que el deseo del legislador de evitar «el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad», inspirase la declaración de nulidad de un precepto estatutario que los socios, unánimemente, pactaron como la mejor solución para evitar los conflictos entre ellos.

En conclusión, el TS invalida la declaración de nulidad que habían dictado las instancias anteriores de la norma estatutaria que dispone el sistema de representación proporcional, declarando la validez de este pacto en el régimen de la SL vigente en el año 2009.

IV. DEFENSA DE LA ADMISIBILIDAD DEL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN LA SL EN EL RÉGIMEN VIGENTE

Vistos todos los antecedentes y una vez hecha exégesis del régimen legal vigente, hemos de manifestarnos a favor de la admisibilidad de la cláusula estatutaria en la que los socios de una SL dispongan el nombramiento de los miembros del Consejo de administración por medio del sistema de representación proporcional.

Esta opinión la fundamentamos en los siguientes argumentos:

1. El TS declaró la validez del sistema de representación proporcional en la SL en su citada ST de 6 de marzo de 2009.
2. Los argumentos del TS manifestados durante la vigencia de la LSRL 2/1995 siguen siendo plenamente aplicables al régimen jurídico de la SL dispuesto en el TRLSC/2010, ya que esta Ley no sólo ha mantenido la regulación existente previamente en el TRLSA/89 y en la LSRL/1995, sino que suprime la mención que hacía la EM de la LSRL/95 al no reconocimiento del derecho de suscripción preferente.
3. El artículo 191 del RRM sigue sin poder contradecir al validez del sistema de representación proporcional en la SL (dada la interpretación que el TS hizo de la LSRL/1995 y que sigue siendo válida para el TRLSC/2010) debido al rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 C. E. y 1.2 C. C.).

V. CRÍTICA AL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

La actual redacción del artículo 243 TRLSC resulta engañosa, al dar a entender (*a sensu contrario*) que el sistema de representación proporcional no es admisible en la SL. Por otro lado, el artículo 191 RRM contradice a una norma de rango superior (el TRLSC).

Consideramos que ambas normas han de ser modificadas. A los argumentos del TS y la DGRN reproducidos anteriormente podemos añadir:

1. Caracteres de las sociedades cerradas

Si bien tanto la SL como la S. Com. por Acciones son sociedades de capital al igual que la SA, también es cierto que la SL es la sociedad de capital cerrada y la S. Com. por Acciones está más cerca del régimen de las sociedades cerradas que la SA, al contar necesariamente entre sus socios a los socios colectivos.

Uno de los elementos que caracteriza a las sociedades cerradas (cuyo paradigma es la sociedad colectiva) es la facultad de los socios a participar en la administración social (art. 129 CCom., al que se remite, respecto a los socios colectivos el artículo 148 CCom.)

Es por esto por lo que el reconocimiento de la validez del pacto de representación proporcional (que supone la participación de las minorías en la administración de la sociedad) es más adecuado en la SL y en la S. Com. por Acciones que en la SA.

En conclusión, el TRLSC debería o bien eliminar la facultad de los socios por optar por el sistema de representación proporcional en la SA, o bien reconocérsele también a los socios de la SL y la S. Com. por Acciones.

2. La armonización e integración sistemática del régimen jurídico de la SL

No parece que tenga mucho sentido que el TRLSC permita, dentro de la flexibilidad que caracteriza a su régimen, opciones que entorpecerían mucho más la administración de la sociedad que el sistema de representación proporcional y que, sin embargo, prohíba éste.

En efecto, en caso de que el legislador optase por prohibir el sistema de representación proporcional, tendría también que limitar otras opciones permitidas por la ley, como sería nombrar a todos los socios de la SL administradores mancomunados (cfr. arts. 91, 94, 96 y 210 TRLSC).

3. Debilidad de los argumentos en contra de su admisión

Los argumentos esgrimidos en contra de la admisión del sistema de representación proporcional en la SL básicamente valoran el interés de las partes careciendo de entidad jurídica. Es evidente que establecer este tipo de administración puede entorpecer en algunas circunstancias la administración de la sociedad e incluso llegar a ser resultar perjudicial para la misma. Pero también puede ser contraproducente para un comprador renunciar a su derecho al saneamiento por vicios ocultos o por evicción, y no por ello la ley limita la libertad de pacto en este ámbito.

4. Crítica a la propuesta de Código mercantil

La propuesta de Código mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y entregada al Ministerio de Justicia para su tramitación como Ley el 17 de junio de 2013, regula el sistema de representación proporcional en el Consejo de administración de la sociedad anónima en su Libro segundo («De las sociedades mercantiles»), Título II («De las sociedades de capital»), Capítulo III («De las disposiciones propias de las sociedades anónimas»), Sección 6.^a («De las especialidades de la administración de la sociedad anónima»), artículo 233-45.

Queremos manifestar nuestro desacuerdo con el texto propuesto en esta materia, pues al igual que el vigente TRLSC reconoce expresamente el sistema de representación proporcional sólo para la SA, sin referirse ni prohibirlo expresamente para la SL, con lo que sigue estando vigente la interpretación que hizo el TS en su sentencia de 6 de marzo de 2009 al decir que el silencio de la normativa

reguladora de la SL y la exclusiva referencia al sistema de representación proporcional en la SA no tiene el significado de una prohibición aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada.

5. Propuesta de modificación del TRLSC (o eventualmente el Código mercantil) y del RRM

Por todo lo expuesto, consideramos que el artículo 243 TRLSC (o el art. 233-45 de la propuesta de Código mercantil) debería modificarse y dictar así:

1. *«En las sociedades de capital, las acciones o participaciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.»*
2. *En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones o participaciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo.*

Por su parte, la redacción del artículo 191 RRM también debería de cambiarse a:

Artículo 191. Nombramiento de administradores.

Los administradores serán nombrados en el acto de constitución de la sociedad o por acuerdo de la Junta general con la mayoría legal o estatutariamente prevista. No se admitirá el nombramiento por cooptación.

Artículo 192. Circunstancias de la inscripción.

1. *En la inscripción del nombramiento de los administradores se hará constar la identidad de los nombrados y la fecha del nombramiento y, en su caso, el plazo para el que lo hubieran sido y el cargo para el que hubiese sido nombrado el miembro del Consejo de Administración.*
2. *Será de aplicación a la inscripción del nombramiento y cese de los administradores y de los auditores de cuentas de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto en los artículos 140 a 154 de este Reglamento, excepto lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 142 respecto al nombramiento de administradores por el Consejo de Administración.*

*(Trabajo recibido el 11/9/2014
y aceptado para su publicación el 15/11/2014)*

ACERCA DEL MERCADO DEL ARTE Y LAS FUNDACIONES CULTURALES EN ESPAÑA

ÁNGELA BALDELLOU PLAZA

Doctora arquitecto por la ETSAM, periodista y publicista

RESUMEN

En este artículo se pretende dar una visión general de los componentes que conforman el sistema del mercado del arte en España y en las fundaciones de ámbito cultural en especial como referentes del tercer sector. Se analizan los elementos fundacionales clave, su comportamiento y características, así como las particularidades del funcionamiento de estas instituciones, incluida su fiscalidad.

Palabras clave: mercado del arte, fundaciones, tercer sector, galerías de arte, fiscalidad.

ABOUT THE ART MARKET AND CULTURAL FOUNDATIONS IN SPAIN

ABSTRACT

In this article the author explains the general situation of the art market in Spain, making special reference to the cultural foundations as example of the Philanthropy society. These pages analyze the singularity of this kind of institutions and its special legal conditions, taxes and functions.

Keywords: art market, foundations, third sector, art galleries, taxation.

ÁNGELA BALDELLOU PLAZA

SUMARIO: I. SOBRE EL MERCADO DEL ARTE EN ESPAÑA.—II. ACERCA DE LAS FUNDACIONES.—III. LAS FUNDACIONES CULTURALES CON COLECCIONES ARTÍSTICAS.—IV. EL VALOR DEL ARTE.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. SOBRE EL MERCADO DEL ARTE EN ESPAÑA

La oportunidad de incorporar un artículo sobre el mercado del arte en España en esta publicación es una ocasión excelente para poner de manifiesto los aspectos fundamentales de este sector en un momento clave, cuando parece que por fin verá la luz la tan esperada «Ley de Mecenazgo», incluida en la reforma fiscal proyectada¹.

Para abordar el análisis del mercado del arte, conviene, por la complejidad del tema, plantear unas acotaciones previas. Hay que advertir en primer lugar que se trata de un sistema en el que predominan las relaciones de los distintos elementos o sectores (que además son variables), por encima de las estructuras que lo conforman, en el que los componentes interactúan de manera continua, modificando así constantemente el equilibrio del propio sistema².

Los elementos que configuran este complejo sistema en España serían, principalmente, las galerías de arte, salas de subasta, fundaciones, museos e instituciones, anticuarios, marchantes (más de 3.500 marchantes de bellas artes y artes decorativas y antigüedades, donde un grupo principal de unos 600 marchantes representa el 70 por 100 del valor de mercado), críticos y tasadores, otros intermediarios marginales, internet (el comercio electrónico sigue siendo escaso y sólo representa el 5 por 100 de las ventas), tiendas de arte y decoración y salas de exposición «non profit», públicas y/o privadas.

Los agentes operativos pertenecientes a cada uno de estos sectores pueden concurrir con una amplia gama de productos: pintura, obra gráfica, escultura y

¹ Este artículo fue finalizado el 13 de noviembre de 2014, antes de la aprobación de la citada Ley.

² POLI, Francesco: *Il sistema dell'arte contemporanea. Produzione artistica e mercato*. Einaudi, 1975, Laterza, 2011.

múltiples, fotografía, multimedia, cerámica, antigüedades, libros de arte, sellos, muebles y colecciones y servicios varios (restauración, información, crítica, formación, gestión, edición, enmarcado, venta de materiales, etc.).

Dentro del colectivo de artistas plásticos y al margen de la diversidad de orientaciones y tendencias artísticas pueden diferenciarse a los artistas no vivos consagrados, artistas vivos consagrados, artistas en proceso de consolidación, artistas noveles y artistas no iniciados en el mercado (recién graduados o que no forman parte del mercado o circuito establecido porque operan por su cuenta).

Finalmente, los clientes que acuden al mercado del arte a efectuar operaciones de compra de productos artísticos también configuran un colectivo extraordinariamente variado: intermediarios sectoriales, coleccionistas consagrados, nuevos coleccionistas, compradores ocasionales (gusto, impulso, especulación, moda, decoración), editores, corporaciones, entidades y/o empresas, **fundaciones** o similares, colegios profesionales, museos, centros culturales, instituciones públicas (Diputaciones, Ayuntamientos, etc.), Administración o importadores.

Por tanto, si se analizan tanto la ordenación como la estructura de relaciones entre los diferentes agentes sectoriales que operan en el mercado del arte, se comprueba que, con independencia de la actividad productiva de los artistas (y dejando aparte el número de propietarios revendedores considerados como proveedores o abastecedores de productos artísticos), la actividad empresarial del sector se divide en dos grandes segmentos:

- Los gestores y/o intermediarios comercializadores (Galerías, Salas de Subasta, Anticuarios, etc.) y
- Los prestadores de servicios (enmarcadores, críticos, restauradores, etc.).

Según un estudio reciente editado por la Fundación Arte y Mecenazgo, dependiente de La Caixa³, el mercado español de arte tiene un crecimiento muy por encima del conjunto de la economía española a pesar de un estancamiento reciente (entre 2007 y 2011 se contrajo un 33 por 100), que delata la falta de dinamismo de un sector que en 2011 tuvo unas ventas de unos 300 millones de euros en 75.000 operaciones, con precios medios muy por debajo de la media europea, donde incluso las obras más caras de artistas españoles se venden fuera (dos tercios del total de lo vendido en España es de artistas españoles, pero el 97 por 100 del valor total de estas obras vendidas en todo el mundo se corresponde a operaciones realizadas fuera de España).

³ MCANDREW, Clare: «El Mercado español del Arte en 2012», *Cuadernos Arte y Mecenazgo*, Ed. Fundación Arte y Mecenazgo, 2012. La doctora Clare MCANDREW es la fundadora y directora general de Art Economics, firma especializada en investigación y consultoría orientada exclusivamente a la economía del arte que desarrolla informes a medida sobre todos los aspectos relacionados con las Bellas Artes y las Artes Decorativas tanto para clientes privados como institucionales.

España, al igual que países con un nivel parecido de ventas, ha visto cómo disminuía su peso en el mercado del arte mundial en favor de las principales potencias (China, Estados Unidos y Reino Unido, principalmente). Esto se debe a la polarización creciente del sector, con menos ventas, pero de más valor, lo que perjudica a los mercados de menor tamaño, como el español, que concentran su mayor número de ventas en un rango de precios bajo. Este fenómeno se ha agudizado en los dos últimos años y ha provocado una importante reducción de la cuota española en el mercado global del arte.

Se trataría, según el citado estudio, del sexto mercado europeo con una cuota de mercado del 2 por 100, tras Reino Unido (64 por 100), Francia (17 por 100), Alemania (5 por 100), Italia (3,5 por 100) y Austria (2,1 por 100), con más de 11.000 empleados y 128 millones devengados al Estado en concepto de impuestos. Se producirían más importaciones que exportaciones, generando un déficit comercial que evidencia una cultura de coleccionismo aún rezagada y poco alentada desde las instituciones.

El mercado de arte español es comparativamente pequeño y centrado mayoritariamente en arte moderno y contemporáneo y con pocos incentivos fiscales. De hecho, el coleccionismo en España está formado por pocos grandes coleccionistas en comparación con otros mercados de arte y éstos adquieren mucha de su obra fuera del país; aquí los grandes inversores se han centrado en la compra de propiedades inmobiliarias y en el mercado de valores. La falta de apoyo institucional, de estímulos públicos y de reconocimiento social son algunas de las causas de esta situación. Aunque existen algunos incentivos para los sectores más clásicos y para las obras del patrimonio histórico, son pocos los beneficios fiscales para el coleccionista de arte contemporáneo. Tampoco hay incentivos para las donaciones ni un apoyo decidido a los museos pequeños. La falta de atención hacia el mercado del arte también tiene relación con la educación, donde el arte carece de dedicación.

Dentro del mercado de intermediación y comercialización, es el sector de las Galerías el que probablemente represente la mayor envergadura e importancia económica, más del 75 por 100. Éstas están centradas mayoritariamente en arte contemporáneo, en artistas vivos y en el mercado nacional (sólo el 29 por 100 de sus ventas se produjeron en el extranjero). Respecto a las Casas de Subastas, segundo sector por envergadura de negocio, hay 125 en España, pero sólo cinco suman más del 50 por 100 del total del valor de negocio y las internacionales Christie's y Sotheby's, aunque cuentan con oficinas en España, desde 2008 no celebran subastas aquí. En 2011, el precio medio de las subastas en España se situó en torno al 30 por 100 de la media de la Unión Europea y era notablemente más bajo que el de los principales centros de arte. Así, el 99 por 100 de los lotes vendidos lo fueron por un precio inferior a 50.000 euros y representan el 85 por 100 del volumen total de ventas. También es importante señalar que, dentro del *Megasector de las Artes Plásticas*, es frecuente encontrar agentes sectoriales poli-

valentes, es decir, que combinan actividades de gestores/intermediarios de productos artísticos con actividades de *prestación de servicios* (como tasaciones). Según el mayor o menor peso específico que tengan unas u otras tipologías de actividades, se asignaría una u otra categoría o clasificación. Pero es obvio que no resulta fácil establecer con claridad fronteras que delimiten la pertenencia a uno u otro grupo, lo cual se traduce en una seria dificultad para definir y valorar el verdadero alcance y contenido de cada sector, al menos desde un punto de vista económico-empresarial.

Por tanto, es evidente la extraordinaria complejidad del mercado de Arte, donde la multiplicidad de tendencias, la dificultad de catalogación, la variedad de consumidores, proveedores y sectores operativos, hacen de su análisis una difícil labor de síntesis, complicada además por la dependencia de todo mercado de las variables situaciones económicas.

El mencionado estudio también detalla las complejas regulaciones existentes en esta materia y concluye que algunas de las normas aprobadas en las últimas décadas en la Unión Europea han tenido un impacto negativo sobre el comercio, así como también algunas regulaciones estatales. Aunque España no es de los Estados más severos en sus regulaciones, sí que existen obstáculos de carácter administrativo, procedimientos burocráticos y demoras que son perjudiciales para algunas pequeñas empresas (la mayoría de las 3.600 empresas que conforman el sector de galerías y casas de subastas, donde la media se sitúa en tres empleados con más de 11.000 puestos de trabajo directos). Las casas de subastas consultadas añaden que el crecimiento del volumen y de la complejidad de la normativa de exportación e importación resulta perjudicial para su negocio.

Finalmente, el estudio repasa la fiscalidad en España en relación con el comercio del arte, donde los incentivos fiscales están dispersos por todo el ordenamiento jurídico y lo encontramos tanto en la Ley de Patrimonio Histórico como en la Ley de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, así como en una diversidad de normas de carácter regional y en la legislación que regula cada impuesto específico. Entre los impuestos que afectan al sector están el IRPF, el Impuesto de Sociedades, el Impuesto sobre el Patrimonio o el Impuesto de Sucesiones y Donaciones. También está el IVA, centro de la polémica entre el sector.

Desde el punto de vista fiscal, tradicionalmente sólo se ha incentivado la importación de bienes de interés cultural. En este sentido, el artículo 64 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, estableció que *«están exentas de todo tributo las importaciones de bienes muebles que sean incluidos en el Inventario General o declarados de interés cultural en base a la solicitud de incoación del respectivo expediente presentada por los propietarios o titulares de derechos rea-*

les sobre los mismos», aunque, esto sí, esta exención no se extiende a efectos del IVA, en que habrá que estar a la normativa específica.

Para incentivar el sector se lleva reclamando desde hace tiempo que se aplique a las obras de arte el mismo IVA superreducido de los libros, por ejemplo, y tanto marchantes como responsables de casas de subastas opinan que la subida del IVA al 21 por 100 en septiembre de 2012 fue muy negativa. Quizá por ello, el actual Gobierno en el Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, que entró en vigor el 26 de enero de este año, entre otras medidas fiscales, ha declarado aplicable el tipo del 10 por 100 —en lugar del 21 por 100 que se venía aplicando hasta ahora— a las:

- Importaciones de objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, cualquiera que sea el importador de los mismos.
- Entregas y adquisiciones intracomunitarias de objetos de arte, cuando dicha entrega sea efectuada por sus autores o derechohabientes y empresarios o profesionales no revendedores con derecho a deducción íntegra del impuesto soportado.

Y en cuanto al ámbito de aplicación del régimen especial de los bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección, como novedad se señala que también aplicarán el mencionado régimen los revendedores que efectúen entregas de objetos de arte adquiridos a empresarios o profesionales a las que se les haya aplicado el tipo reducido del 10 por 100⁴.

II. ACERCA DE LAS FUNDACIONES

Dentro de este *maremágnum*, las fundaciones pertenecerían a una categoría intermedia como prestadores de servicios y a la vez compradores a los intermediarios comercializadores. Forman parte de la «sociedad civil»⁵, al igual que el resto de organizaciones sin ánimo de lucro, orientadas a fines de interés general, que no son parte del Estado. Conforman el denominado Tercer Sector⁶, donde

⁴ La aplicación de este régimen especial, de conformidad con los artículos 135 y ss. de la Ley del Impuesto del Valor Añadido, tiene como consecuencia primordial que la base imponible de las entregas de bienes a las que les sea aplicable estará constituida por el margen de beneficio de cada operación aplicado por el sujeto pasivo revendedor, minorado en la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a dicho margen. Y a estos efectos, se considerará margen de beneficio la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra del bien.

⁵ Tal y como explica NADAL ARIÑO, Javier, en «La sociedad civil», *VVAA, Anuario de derecho de fundaciones 2013*. Madrid; Ed. Iustel, 2014.

⁶ La fundación Luis Vives, en su *Anuario del Tercer Sector de Acción Social en España 2012*, especifica que para formar parte del Tercer Sector de Acción Social se debe cumplir con tres criterios fundamentales: 1. Que cumplan las condiciones establecidas por la Universidad John Hopkins para

existen dos figuras jurídicas que cubren casi la totalidad de las instituciones que lo componen, la asociación voluntaria (grupo organizado de personas que se unen afiliándose voluntariamente para la consecución de unos objetivos —de interés para sus socios o de interés general— e independiente del Estado) y la fundación, como mejores instrumentos de canalización de las iniciativas de esta sociedad civil. Además existen en España tres instituciones con estatutos especiales y carácter singular, que son la ONCE, la Cruz Roja y Cáritas.

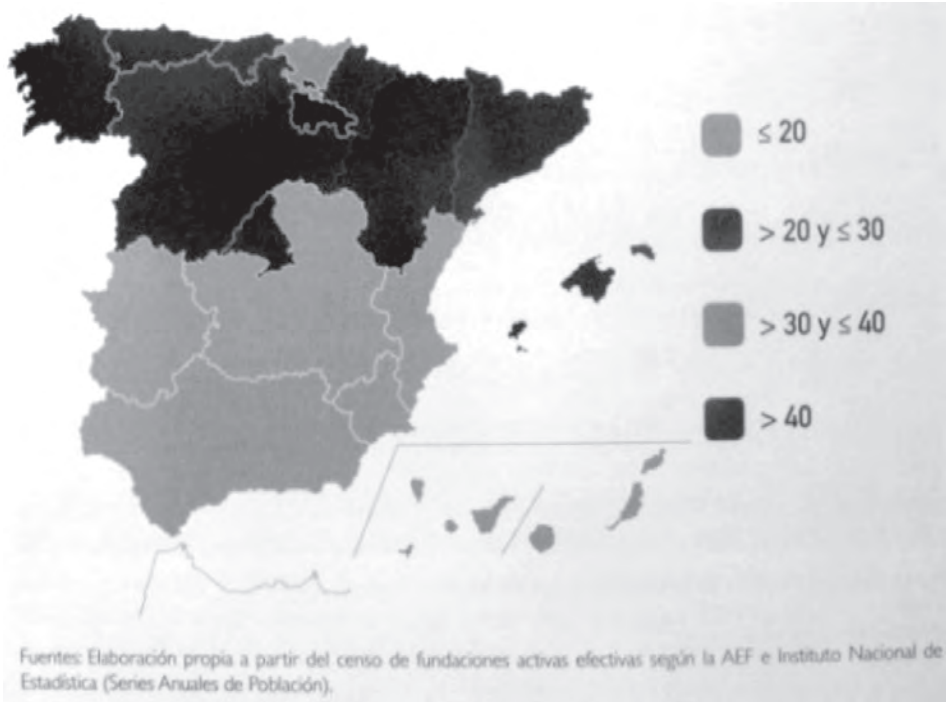
El fenómeno asociativo en España empezó a partir de la Ley de Asociaciones de 1965, pero no fue hasta la llegada de la Democracia en que se incentivó la participación ciudadana mediante estos organismos hasta superar las 16.000 asociaciones en el año 2000. Para las fundaciones también supuso la Democracia el establecimiento de unas bases sólidas, desde la Constitución, que les dio la mejor base jurídica al reconocer en su artículo 34 «*el derecho de fundación para fines de interés general*», hasta las posteriores reformas jurídicas de 1994 y 2002.

En 2012 el censo era de más de 13.797 fundaciones activas en España, de las que sólo 8.743 eran activas efectivas y 5.508 activas con empleo, con un gasto cercano a los 8.500 millones de euros, lo que supone el 1 por 100 del PIB español y con unos 23 millones de beneficiarios directos e indirectos. Casi el 70 por 100 de las fundaciones se constituyeron tras la primera Ley de Fundaciones de 1994 y de ellas más del 40 por 100 entre 2003 y 2012, debido a un nuevo marco de incentivo fiscal al mecenazgo, a la participación social y al auge económico vivido hasta el 2009. Apenas un 15 por 100 de éstas superan los 2,4 millones de euros de ingresos, siendo las mayores, entre 10 y 50 millones anuales, menos de un 4 por 100 de las mismas. La mayoría, más del 40 por 100, son fundaciones pequeñas, con ingresos de entre 30.000 € y 500.000 €. Cerca de un 55 por 100 del total tiene una financiación de carácter privado (con ingresos integrados por aportaciones particulares, entidades privadas o recursos propios. La prestación de servicios y venta de bienes suponen más del 34 por 100 y los rendimientos del patrimonio más del 10 por 100⁷), lo que lo convierte en un sector sostenible e independiente de la financiación pública.

las entidades del Tercer Sector, que son: estar organizadas formalmente, ser privadas, sin ánimo de lucro, con capacidad de autocontrol institucional y participación voluntaria; 2. Que desarrollen actividades en algunos de estos ámbitos: promoción de derechos, participación ciudadana o atención a necesidades sociales; y 3. Que cumplan una o varias de las siguientes funciones: promoción de los derechos individuales o colectivos; ayuda para acceder a esos derechos; estudio y/o denuncia de necesidades y problemáticas sociales; atención a esas necesidades sociales y fomento de la participación ciudadana. Según estos criterios, en el informe elaborado por Cáritas *Algunos adjetivos del sector. Lectura transversal entre el sector fundacional y el tercer sector de Acción Social en España*, de marzo de 2013, el número de organizaciones constitutivas de este Tercer Sector de Acción Social sería de 29.739 en 2010, de las cuales 25.871 serían asociaciones (las cifras del Ministerio del Interior en 2003 cifraban el número de asociaciones activas en 272.798) y 3.866 fundaciones.

⁷ Información obtenida de: VV.AA.; *El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), segundo informe*; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014.

ACERCA DEL MERCADO DEL ARTE Y LAS FUNDACIONES CULTURALES EN ESPAÑA



Fundaciones por 100.000 habitantes. Gráfico extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Gráfico núm. 2. Pág. 18.

	2008	2009	2010(P)	2011(P)	2012(A)
Dotación Fundacional	7.240	7.810	7.611	7.603	7.404
Activos	18.600	23.900	22.828	22.750	20.686
Ingresos Totales	7.580	9.550	7.564	7.663	7.373
Gastos Totales	7.600	8.520	8.180	8.295	7.939

Fuente: Estimación propia a partir de datos del censo de fundaciones activas efectivas según la AEF y del Instituto Nacional de Estadística (Contabilidad Nacional de España)

Notas:

(P) Estimación provisional

(A) Avance

Datos económicos del sector fundacional (millones de euros). Cuadro extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Cuadro núm. 16. Pág. 47.

	2008	2009	2010(P)	2011(P)	2012(A)		2008	2009	2010(P)	2011(P)	2012(A)	
Donaciones y Subvenciones		55,28	55,12	55,09	55,10	55,09	Donaciones y legados privados:	70,18	70,94	70,94	71,39	71,39
							- Donaciones y legados de empresas	42,80	43,35	43,10	43,22	43,33
							- Donaciones y legados de otras entidades	6,10	6,27	6,38	6,45	6,39
							- Donaciones y legados de otras fundaciones	3,94	3,87	3,85	3,80	3,80
							- Donaciones y legados de particulares	17,55	17,46	17,67	17,92	17,92
							Subvenciones públicas	29,62	29,06	28,81	28,61	28,50
Prestación de servicios y venta de bienes		34,21	34,48	34,25	34,26	34,28	A personas y entidades privados:	67,06	66,99	67,00	66,97	66,96
							- A empresas	40,70	39,79	40,41	40,69	40,74
							- A fundaciones	2,99	3,28	2,92	2,91	3,01
							- A particulares	37,91	37,92	37,84	37,59	37,56
							- A otras entidades no lucrativas	5,47	5,99	5,84	5,76	5,67
							A organismos públicos	12,94	13,01	13,00	13,03	13,02
Rendimientos de Patrimonio	10,52	10,40	10,66	10,63	10,63	Inmobiliario	51,78	51,24	50,57	50,88	50,88	
						Mobiliario	48,22	48,76	49,43	49,14	49,14	

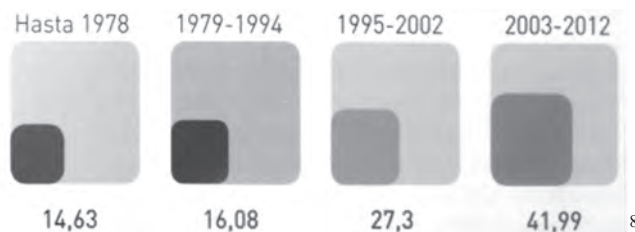
Fuente: Elaboración propia a partir del censo de fundaciones activas efectivas según la AEF.

Notas:

(P) Estimación provisional

(A) Avance

Fuentes de ingresos de las fundaciones españolas: Tipología y porcentaje de fundaciones. Cuadro extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Cuadro núm. 19. Pág. 52.



Antigüedad de las fundaciones españolas (porcentaje de fundaciones). Gráfico extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Gráfico núm. 1. Pág. 17.

En relación al régimen jurídico de las Fundaciones, conviene primero destacar que existen Fundaciones estatales por un lado y autonómicas por otro y que cada una de ellas tiene su normativa específica. Las primeras se rigen por la Ley 50/2002, de 16 de diciembre, de Fundaciones y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.

En cuanto a los aspectos generales de estas instituciones, una fundación es una organización constituida sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creado-

⁸ Desde principios de siglo y hasta la actualidad, el número de fundaciones españolas ha ido incrementándose progresivamente, aunque este crecimiento ha sido irregular. Se produce un crecimiento exacerbado de fundaciones en los años 90, creándose más de la quinta parte de todas las fundaciones existentes en la actualidad, y se plantea si a ello ha contribuido la Ley 30/1994, de Fundaciones o, por el contrario, ha sido este crecimiento excepcional el que ha generado la necesidad de una legislación para ordenar el nacimiento y las actividades de las Fundaciones en España.

res, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general, como pueden ser los culturales, científicos, defensa de los derechos humanos, asistencia social, sanitarios... Puede ser constituida por una persona física o jurídica, sea pública o privada, en escritura pública, y en todos los casos se necesita una dotación inicial, adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines dotacionales previstos. Se presume suficiente aquella mayor o igual a 30.000 € (que pueden ser derechos de autor, bienes muebles, obras de arte...), si bien la dotación podrá ser de inferior valor, pero en tal caso el fundador o fundadores deberán justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos. Además, toda fundación ha de contar con un órgano de gobierno y representación, que es el Patronato, con tres o más miembros, que elegirá entre ellos un presidente.

Las fundaciones están sujetas a control por parte del Protectorado, que es el órgano de la Administración, general o autonómica, que vela por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones. Sus funciones están estipuladas en el artículo 35 de la Ley de Fundaciones de Competencia estatal y normativa de desarrollo, y así, entre otras, destaca la necesidad de previa autorización para la celebración de determinados actos y negocios jurídicos de las fundaciones, así como la supervisión de cuentas de las mismas.

En la Administración general del Estado existen diferentes protectorados dependientes de distintos departamentos ministeriales. En las Comunidades Autónomas existen sistemas diversos, teniendo algunas un protectorado único y otras protectorados múltiples. Por su parte, el Registro es el órgano administrativo en el que se inscriben tanto la constitución como determinados actos de las fundaciones, quedando supeditada la adquisición de personalidad jurídica por parte de la fundación a la inscripción registral. Existen distintos registros estatales dependientes de cada uno de los protectorados en los que se inscriben los actos relativos a las fundaciones de ámbito estatal. Algunas comunidades tienen registro único y otras tienen tantos registros como protectorados. Más del 60 por 100 de las fundaciones activas efectivas españolas están vinculadas a protectorados autonómicos, lo cual evidencia el proceso de descentralización administrativa, siendo el de la Generalitat de Catalunya (único en esta comunidad autónoma) el mayor de España, con 1.740 fundaciones en 2012, seguido por el de Andalucía, con 816 el mismo año. El 32,18 por 100 de las fundaciones estaban, sin embargo, adscritas en este mismo año a protectorados estatales⁹, siendo los principales por volumen de fundaciones los de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, con más

⁹ Hay que recordar que, en la Administración General del Estado, las funciones del Protectorado son ejercidas por los distintos ministerios a los que pertenezca cada una.

del 20 por 100 de todas las Fundaciones de España —al que estarían adscritas las fundaciones con actividades dentro del mercado del arte—, y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con casi el 9 por 100, según datos también del 2012, que son los que aparecen en el último informe de la Asociación, editado este mismo año.

Protectorado/Registro	2008		2009		2010(P)		2011(P)		2012(A)	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Generalitat de Catalunya.	1.997	20,81	2.000	20,36	1.895	19,86	1.851	20,29	1.740	19,90
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.	909	9,47	979	9,97	1.700	17,81	1.771	19,41	1.736	19,85
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.	834	8,70	885	9,01	923	9,67	796	8,72	780	8,93
Junta de Andalucía.	659	6,87	634	6,46	641	6,72	613	6,72	566	6,48
Generalitat Valenciana.	521	5,43	525	5,34	515	5,40	493	5,40	460	5,26
Comunidad de Madrid.	515	5,36	525	5,34	473	4,96	461	5,05	434	4,96
Junta de Castilla y León.	508	5,30	526	5,36	544	5,70	297	3,25	284	3,25
Xunta de Galicia.	438	4,57	442	4,50	387	4,06	388	4,25	370	4,23
Gobierno Vasco.	408	4,25	410	4,18	409	4,29	408	4,47	398	4,55
Diputación General de Aragón.	250	2,60	264	2,68	328	3,44	328	3,59	314	3,59
Gobierno de Castilla-La Mancha.	202	2,11	209	2,13	207	2,17	203	2,22	191	2,18
Gobierno Balear.	201	2,09	205	2,09	207	2,17	143	1,57	140	1,60
Gobierno de Canarias.	199	2,07	199	2,03	195	2,05	191	2,09	179	2,05
Gobierno de Navarra.	194	2,02	200	2,04	135	1,41	132	1,44	123	1,41
Gobierno de Cantabria.	167	1,74	169	1,72	173	1,81	167	1,83	160	1,83
Gobierno del Principado de Asturias.	142	1,48	147	1,49	141	1,48	140	1,54	135	1,54
Junta de Extremadura.	129	1,35	134	1,37	138	1,44	135	1,48	130	1,49
Región de Murcia.	104	1,09	109	1,11	116	1,22	119	1,30	113	1,30
Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.	67	0,70	72	0,73	76	0,79	77	0,84	80	0,91
Ministerio de Empleo y Seguridad Social.	42	0,43	42	0,43	31	0,32	31	0,34	30	0,34
Gobierno de La Rioja.	39	0,40	39	0,39	39	0,41	38	0,41	35	0,40
Ministerio de Industria, Energía y Turismo.	20	0,21	22	0,22	20	0,21	20	0,21	18	0,20
Ministerio de Fomento.	4	0,04	5	0,05	6	0,06	8	0,08	8	0,09
Estatales	2.642	27,53	2.801	28,52	2.851	29,87	2.879	31,55	2.814	32,18
Autonómicas	6.952	72,47	7.022	71,48	6.693	70,13	6.247	68,45	5.929	67,82

Fuente: Elaboración propia a partir del censo de fundaciones activas efectivas según la AEF.
 Notas:
 (P) Estimación provisional
 (A) Avance

Protectorados según número y porcentaje de fundaciones. Cuadro extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Cuadro núm. 3. Pág. 20.

Ante las constantes reclamaciones del sector, en la Ley 50/2002 citada, ya se intentaba reducir la intervención de los poderes públicos, dinamizar y potenciar

el fenómeno fundacional y se creaba el Consejo Superior de Fundaciones con carácter de órgano consultivo. Asimismo, las fundaciones de competencia estatal estarían recogidas en un Registro único de fundaciones dependiente del Ministerio de Justicia y adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo reglamento fue aprobado por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, pero que aún hoy no ha entrado en función.

Una de las entidades que más peso tiene en España en la promoción de los intereses fundacionales es la Asociación Española de Fundaciones, actualmente presidida por Javier NADAL ARIÑO, ex vicepresidente ejecutivo de la Fundación Telefónica (2005-2011). Se trata de una asociación privada e independiente declarada de utilidad pública, de ámbito nacional, que agrupa a más de 1.000 fundaciones españolas de distintas dimensiones, finalidades y ámbitos de actuación, divididas en siete grupos: Fundaciones Universitarias, de Salud, de Infancia y Adolescencia, Tecnológicas, de Discapacidad, Culturales y Laborales. Sus principales fines son representar y defender los intereses de todas las fundaciones españolas, prestar servicios a las entidades asociadas y articular y fortalecer el sector fundacional. Tras la alemana es la segunda entidad más grande de Europa en número de Fundaciones asociadas. La cuota mínima para ser socio es de 600 € anuales y la máxima es de 3.000 € y éstas varían en función del tamaño de la fundación. Pueden asociarse Fundaciones de cualquier tipo (estatal o autonómico), de cualquier sector, de promoción pública o privada, legalmente constituidas y formalmente inscritas, cuya admisión sea aprobada por la Asociación Española de Fundaciones mediante la cumplimentación de un formulario de adhesión.¹⁰ La fundación supone la manera más eficaz de canalizar unos recursos patrimoniales para la consecución de un fin de interés general. Una vez constituida una fundación, la voluntad manifestada por el fundador pasa a ser Ley para el devenir de la misma.

Las principales quejas de la Asociación inciden precisamente en solucionar semejante «caos» y subrayar la falta de un registro único y de un protectorado único que aúne todos los datos para poder evaluar la situación, carencias, etc., de estas instituciones. Actualmente existen, sumando lo expuesto anteriormente, 52 protectorados, cada uno con su registro, lo que dificulta enormemente hacerse una idea del panorama general. Y muchas veces no cumplen con la función asignada de control/supervisión, por lo que los datos no están cuantificados ni actualizados¹¹.

Esta reclamación no fue atendida en el Anteproyecto de Ley de Fundaciones con el anterior ministro, GALLARDÓN, que, contrariamente a las indicaciones

¹⁰ Información obtenida en la página web de la Asociación Española de Fundaciones: www.fundaciones.org.

¹¹ Opiniones emitidas en una entrevista personal por NADAL ARIÑO, Javier, presidente actual de la Asociación Española de Fundaciones.

hechas por el sector, fomentaba un mayor control de cada protectorado desde el punto de vista burocrático, dificultando aún más el control unitario que se reivindicaba. Lo que sí ha sido atendido y aceptado, al menos en parte, es el aumento de las desgravaciones por donaciones a las fundaciones en las personas físicas, que pasará del 25 por 100 actual a un 30 por 100 con carácter general y a un 35 por 100 si fuera plurianual, siendo el primer año un 30 por 100, el segundo también un 30 por 100 y a partir del tercero el 35 por 100. Se mantendrán las desgravaciones a las personas jurídicas en el 35 por 100, si bien, tratándose de donaciones plurianuales, el porcentaje se eleva al 40 por 100, aún muy lejos del dinamismo americano, que permite la desgravación del 50 por 100 en personas físicas y del 60 por 100 en personas jurídicas. Así, en España, el 75 por 100 de la financiación de las fundaciones se obtiene mediante empresas y en EEUU es justo al revés, ya que allí, para una persona jurídica, la deducción por donativo se limita al 10 por 100 de la base imponible frente al 50 por 100 de las personas físicas. Esto se fundamenta en el hecho de que las entidades mercantiles deben estar orientadas a la maximización de los beneficios de los accionistas y las donaciones pueden contravenir ese interés¹². Otro gran logro de la reforma tributaria es también que se acepte el concepto de «micro-mecenazgo», donde se desgravará el 75 por 100 de los primeros 150 € donados (aunque se pretendía el 100 por 100)¹³. Con esta reforma se pretende complementar las ayudas públicas con el sector privado mediante estos incentivos y paliar en parte los efectos de la crisis.

Actualmente, en cuanto al régimen fiscal aplicable a las fundaciones, existe una dispersión normativa, pues, frente a la aplicación de normativa estatal, en Navarra y el País Vasco existe una regulación foral específica.

Centrándonos en las fundaciones a las que se aplica la normativa estatal, la fundación, como persona jurídica, está sujeta al Impuesto sobre Sociedades. Ahora bien, las fundaciones también pueden acogerse a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo siempre que opten expresamente por ella y cumplan determinados requisitos. En este caso, tributarán en el Impuesto de Sociedades de acuerdo con el régimen previsto en la normativa del Impuesto de Sociedades, tributando únicamente por las rentas de las actividades económicas no exentas al tipo del 10 por 100; se encuentran sujetas, pero exentas, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en

¹² Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY realiza un magnífico análisis al respecto en su estudio «*Los incentivos fiscales al mecenazgo en EE.UU. ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?*» Dentro del *Anuario de Derecho Fundacional 2012*, dirigido por MUÑOZ MACHADO. VV.AA.; *Anuario de Derecho Fundacional 2012*; Madrid, Ed. Iustel, 2013.

¹³ Las donaciones en EE.UU. son muy elevadas y la cultura del mecenazgo tiene una especial aceptación; de hecho, las deducciones fiscales al mismo se consideran «subsidios» a las entidades no lucrativas; allí, una persona física con una renta de 200.000 unidades que done 100.000 unidades, se puede deducir hasta siete veces más que en España.

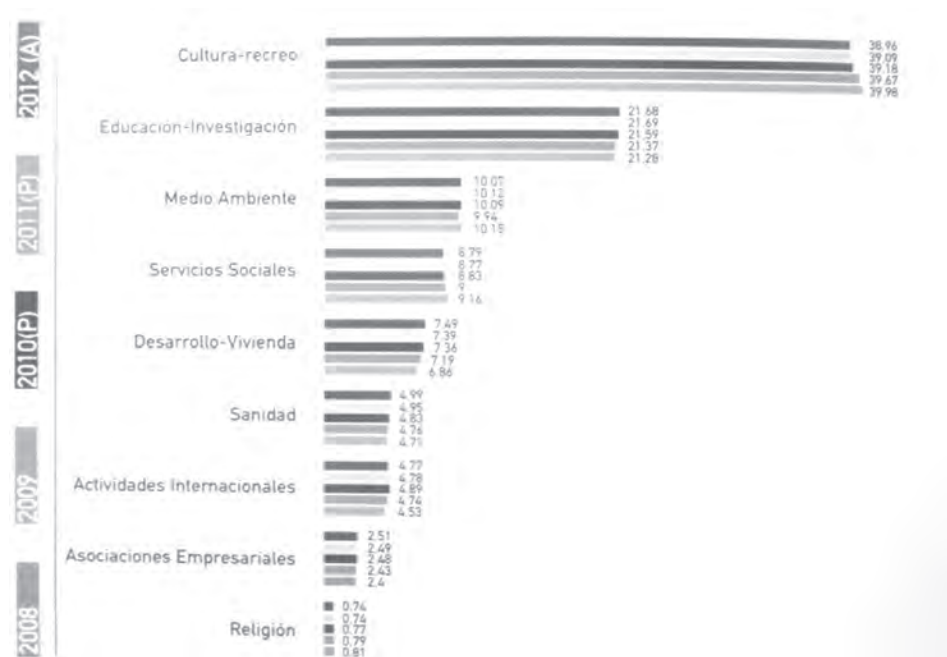
cualquiera de sus modalidades (ex artículo 45.I.A.b) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), y pueden estar exentas del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, del de Actividades Económicas y del que grava el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 15 de la citada Ley 49/2002). Por el contrario, en caso de no resultar aplicable la Ley 49/2002, las fundaciones tributan en el régimen de entidades parcialmente exentas del Capítulo XV del Título VII del Texto Refundido de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

III. LAS FUNDACIONES CULTURALES CON COLECCIONES ARTÍSTICAS

Las Fundaciones que además cuentan con colecciones o fondos de arte cuentan además con la «dación en pago» como una opción más de «intercambio» impositivo. En este sentido, el artículo 73 de 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, establece la posibilidad de que el pago de las deudas Tributarias pueda efectuarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General, en los términos y condiciones previstos reglamentariamente¹⁴.

Las fundaciones que dedican parte de su actividad al patrocinio, mecenazgo y divulgación mediante exposiciones y publicaciones, etc., de arte, lo hacen dentro de un ámbito de actuación genérico englobado dentro de las fundaciones de cultura y recreo, que son más del 38 por 100 del total (con datos del 2012), por lo que la clasificación y análisis específico como una categoría independiente es imposible.

¹⁴ NADAL, Javier, en la entrevista anteriormente reseñada, recuerda cómo Fundación Telefónica negoció con la Diputación Foral la dación en pago de una instalación de Bill Viola al Museo de Arte Contemporáneo de Vitoria a cambio de una deducción de impuestos.



Áreas de actividad de las fundaciones españolas (porcentaje de fundaciones). Gráfico extraído de VV.AA.; *El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe*; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Gráfico núm. 4. Pág. 26.

Aunque sí son bien conocidas las más importantes en este campo, como Telefónica, ICO, Caja Madrid, Mapfre, Caixabank a través de Caixa Fórum, Santander, Juan March... con colecciones propias importantísimas valoradas dentro de los «activos» que forman parte de sus balances, algunas incluso con salas/edificios o museos propios y con una importante labor de promoción cultural. Tanto Tabacalera como Telefónica en el proceso de su privatización hicieron constatar que sus colecciones pertenecían a los accionistas y que éstas sólo podrían pasar a manos del Estado por una decisión de la Junta de accionistas ante una oferta de compra (la colección Telefónica constaba en 1995 de un total de 96 obras compradas en los años ochenta —de Picasso, Gris, Chillida, Tápies y Luis Fernández—, con un valor de 6.000 millones de pesetas en 1995, hoy más de 30 millones de euros, según un estudio sobre coleccionismo publicado por el ICO); otra empresa pública entonces —Iberia— facilitó la lista de obras de su propiedad, un total de 22, con sus autores (dos óleos de Dalí de 30 millones cada uno, Montesinos, Viola, Tarrats, Celis, Godlewska, Vaquero y R. Alonso, con un valor en 1988 de 74 millones, que pueden ser más de 400 en la actualidad)¹⁵ En cualquier caso,

¹⁵ VV.AA., Madrid, Ed. Fundación ICO, 1996.

muchas veces no figuran estas valoraciones de forma expresa en las memorias anuales, lo que dificulta el análisis concreto del mercado y se desconoce con claridad la inversión en arte. A esto habría que añadir la «relatividad» de unos valores transitorios y fluctuantes típicos de todo mercado y mucho más difíciles de cuantificar taxativamente.

Dentro de las fundaciones cuyo área de actuación es la cultura, las actividades a desarrollar son múltiples y variadas: creación y/o sostenimiento de infraestructuras culturales; creación y/o sostenimiento de archivos; creación y/o sostenimiento de Bibliotecas; conservación y restauración del Patrimonio; conservación y restauración del Patrimonio Histórico-artístico; conservación de la artesanía y costumbres locales; desarrollo de actividades de cooperación cultural; exposiciones; creación y/o sostenimiento de museos; promoción y desarrollo de actividades cinematográficas; promoción y desarrollo de actividades musicales; promoción y desarrollo de actividades teatrales... Toda esta diversidad acentúa la polifacética función fundacional.

Los programas más habituales son la organización de eventos culturales, la edición de libros y revistas (Fundación Ramón Areces, Fundación Botín...) y la promoción de toda clase de actividades, siendo la que más interesa la compra de arte, ya sea para colecciones propias (conformando colecciones permanentes), o para la creación de museos o donaciones, así como la organización de exposiciones.

Existen dos tipos de fundaciones en relación a su ámbito fundacional y antigüedad: las clásicas, pertenecientes a los ámbitos asistencial y educativo, con un desarrollo muy importante entre principios de siglo y 1960, y un aumento más moderado entre 1976 y 1997, y las más recientes, donde se encuentran las culturales, pertenecientes a los ámbitos de investigación, cultura, desarrollo comunitario y relaciones internacionales, creadas mayoritariamente a partir de 1976 y con un gran impulso después de 1990.

Aunque se desconocen en más de la mitad de los casos las funciones económicas, mediante las cuales las fundaciones con actividades en el mercado del arte desarrollan sus programas, y teniendo en cuenta que una fundación puede cumplir más de una función, la producción de bienes y servicios es la más típica, seguida de ayudas y subvenciones, las becas y los premios en metálico.

Respecto al origen, estructura y funcionamiento organizacional de las fundaciones de arte, existen grandes diferencias entre los orígenes de las fundaciones que puede producirse de diversas maneras: a partir del legado de un fundador (Juan March, Lázaro Galdiano), a partir de una asociación, a partir de una sociedad mercantil (BSCH, La Caixa, Santander...), a partir de otra fundación o a partir de un ente público (ICO).

Personas jurídicas públicas						Personas jurídicas privadas								
2008					35,95 %	44,05 %				2008				
	2009				35,44 %	44,54 %				2009				
		2010(P)			35,23 %	44,77 %					2010(P)			
			2011(P)		34,90 %	45,10 %						2011(P)		
				2012(A)	34,52 %	45,48 %								2012(A)
16,55	16,53	16,63	16,82	16,78	1. Administración General del Estado.	6. Asociaciones	40,14	39,43	37,97	32,07	37,81			
43,84	44,00	43,89	43,94	43,84	2. Comunidades autónomas.	7. Cajas de Ahorros	8,95	8,94	8,31	8,29	8,77			
7,85	7,73	8,48	8,47	8,45	3. Entidades Educativas.	8. Colegios Profesionales	1,05	2,94	2,94	2,93	2,94			
30,19	30,20	29,19	28,83	29,00	4. Entidades Locales.	9. Entidades Educativas	2,24	2,28	2,63	2,65	2,60			
1,57	1,55	1,81	1,95	1,94	5. Entidades Provinciales.	10. Fundaciones	22,44	22,79	20,77	20,37	20,18			
						11. Iglesias y entidades religiosas	8,14	6,09	7,79	7,59	7,62			
						12. Partidos Políticos	0,54	0,52	0,40	0,40	0,40			
						13. Sindicatos	4,34	4,18	3,98	3,97	3,90			
						14. Colecciones mercantiles	10,17	10,84	15,18	15,82	14,43			

Fuente: Elaboración propia a partir del censo de fundaciones activas efectivas según la AEF.

Notas:

(P) Estimación provisional

(A) Avance

Personas jurídicas fundadoras de las fundaciones españolas: tipología y porcentaje de fundaciones. Cuadro extraído de VV.AA.; El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012), Segundo Informe; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014. Cuadro 4. Pág. 23.

Pero los factores clave que hacen de las fundaciones la mejor opción para sus fundadores, frente a otras opciones, son básicamente las mismas: es la figura más apropiada e idónea para los fines que se pretenden alcanzar; es la herramienta más útil para captar fondos privados o públicos (lo que genera cierta controversia, ya que la financiación pública no es quizá la más adecuada para unas entidades esencialmente privadas); es la opción con más continuidad de futuro, que aporta una mayor solidez y consolidación al proyecto y es más ágil y flexible, por lo que funciona y se gestiona mejor; aporta un mayor servicio a la sociedad gracias a los beneficios fiscales de los que goza; es menos agresiva que una sociedad mercantil, debido al carácter social de sus fines; y, finalmente, tiene más prestigio y, por tanto, mayor credibilidad.

Los aspectos que más preocupan a los trabajadores de estas entidades son todos aquellos que tienen que ver con aquello que les impida ofrecer a la ciudadanía un servicio de calidad (recursos financieros, necesidad de profesionalización, adaptación a los cambios sociales...), con la ausencia de un papel activo del Protectorado como dinamizador de la actividad fundacional y con la falta de colaboración interfundacional (participan a menudo en el patrocinio o subvención de eventos, pero de forma separada, como aportaciones independientes, no hay proyectos de colaboración real entre fundaciones). Preocupaciones acordes con las quejas de la Asociación Española de Fundaciones, que insiste en la necesidad de una centralización y cooperación entre entidades.

Son las fundaciones culturales constituidas entre 1961 y 1975 las que tienen mayor trascendencia económica –las fundaciones históricas (SCH; Telefónica...),

siendo las creadas a partir de los noventa las de menor gasto e ingresos, si bien, son las que destinan más dinero a las actividades propias del fin fundacional y menos a salarios y servicios sociales... La trascendencia suele coincidir con la importancia de la dotación fundacional, siendo también las fundaciones con más dotación las de mayores beneficios. Se puede conocer la vinculación económica de las fundaciones con el Estado y la sociedad en base al origen privado, público o propio de su financiación. Las de ámbito estatal mantienen una idiosincrasia particular que las diferencia de otras entidades de la sociedad en general y del tercer sector en particular, y que les permite mantener una cierta independencia en relación al Estado.

Sin embargo, no parece existir relación entre la forma de financiación y los fines fundacionales y, aunque las fundaciones culturales utilizan las tres fuentes de financiación —privada, pública y propia—, reciben más financiación pública que las demás.

IV. EL VALOR DEL ARTE

Dentro de la inestimable labor que las fundaciones culturales y los galeristas desempeñan, siempre se verán envueltas en la controversia que conlleva un mercado tan complejo y «relativo».

De hecho, múltiples autores y críticos han intentado establecer criterios que justifiquen las valoraciones de manera más o menos objetiva sin éxito, se acepta que el gusto estético es pendular y cíclico y por tanto variable y asociado tanto a cambios sociales como modas y tendencias económicas que hacen oscilar las valoraciones. El intento más reciente de intentar relacionar el valor de un artista con su reconocimiento es la clasificación *Kunstkompass*¹⁶, elaborada por el alemán Willy Bongard y continuada tras su fallecimiento por su esposa Linda Rohr-Bongard. Se publica una vez al año, en noviembre, en la prestigiosa revista alemana *Capital*, y se enumeran los 100 artistas vivos que han obtenido mayor crédito. Esta lista se elabora en función de unas puntuaciones asignadas en función de la asistencia a las Ferias de arte (Basilea, Miami, Bienal... cada una con un «peso» distinto dependiendo de su importancia), de la participación en exposiciones, individuales o colectivas y del Museo o galería donde se producen (MOCA, Stedelijk, Guggenheim, cada museo también varía su importancia en cuanto a su repercusión mediática), de la mención en artículos... de cada artista se investiga el precio medio de una obra de tamaño medio representativa de su trabajo y de la relación precio/puntuación se saca el índice. Desde el momento en que se asignan puntuaciones relativas y en función de una repercusión mediática,

¹⁶ Acerca de ello escribe VETTESE, Ángela, en su interesante libro *«Invertir en Arte. Producción, promoción y mercado del arte contemporáneo»*, Madrid, Ed. Pirámide, 2002.

se tienen en consideración sólo ciertos eventos, revistas e instituciones, deja de ser un índice objetivo, pero sí es un referente del mercado y, como tal, muestra sus flaquezas. Sin embargo, es la única publicación creíble sobre la relación crítica/mercado. La lista permite identificar las tendencias emergentes. El precio no puede ser la resultante única de los valores culturales. De los datos de 1989 a los de 1998 había cambiado radicalmente el listado y los artistas antes más cotizados y valorados (como los neoexpresionistas Julián Schnabel o David Salle o el minimalista Frank Stella) habían desaparecido y había nuevos exponentes de un nuevo arte y un nuevo «gusto dominante», como el conceptual Bruce Nauman, o Cindy Sherman o Rosemary Troeckel, lo que ejemplifica la «volatilidad» de un mercado afianzado en el *marketing*¹⁷ y en sus principios de segmentación, promoción o posicionamiento, entre otros, y que tiene en poca estima autores «históricos» aún vivos; como era el caso paradigmático del maestro Antoni Tàpies cuando aún vivía¹⁸. Se trata de un fenómeno en el que se ha sucumbido también —como en otras disciplinas— a la «marca» o firma del autor sin otras consideraciones.

En el trasfondo de todo coleccionista siempre está la pregunta acerca del valor real de una obra de arte, y en ella está implícito el saber cómo se valora ésta y si «compensa» su compra. En el caso de las Fundaciones, u otras instituciones, vemos que es «relativa» la cifra exacta de cuánto valen las colecciones dentro de unos activos y también el precio que se paga por nuevas obras con las que incrementar esas colecciones o las valoraciones de las obras en las daciones en pago.

Toda valoración conlleva un criterio y todo mercado establece precios en función de lo que un comprador, ya sea privado, institucional o una fundación esté dispuesto a pagar. En 2008, Sotheby's vendió un conjunto de 223 obras de Damien Hirst, en menos de veinticuatro horas, por 200,7 millones de dólares, superando la estimación máxima, que había sido de 177; fue todo un evento, con su puesta en escena incluida, no exento de una especulación mantenida por las principales galerías internacionales (en este caso, Gagosian y White Cube) y soportada por una publicidad que convierte a este mercado en un comercio muy ambiguo. Todo un fenómeno cultural nada ajeno a la cultura de masas globalizada y ejemplificado en el nombramiento de prestigiosos «tiburones de Wall Street» u otros parques, como directores de museos y fundaciones —principales compradores en las subastas— y causantes voluntarios del *show business* circense que es hoy este mercado. Valga de ejemplo paradigmático de esta nueva forma de entender y vender cultura relacionada con una nueva sociedad en «red»¹⁹ la figura de

¹⁷ Lichtenstein, De Kooning, Jasper Johns o Schnabel son algunos de los autores que alcanzaron precios desorbitados en subastas y declarados con posterioridad y de manera unánime excesivos.

¹⁸ Murió el 6 de febrero de 2012 sin haber estado en la clasificación *Kunstkompass*.

¹⁹ En relación a Zygmunt Bauman, que habla al respecto del nuevo paradigma social de una sociedad «líquida» en la que la comunicación ya no es «lineal», sino «en red» y, por tanto, simultánea y global.

Thomas Krens, director de la Fundación Guggenheim de 1988-2008 y responsable de su mediática expansión mediante el «revolucionario» sistema de franquicias —en relación a un nuevo valor, la «imagen de marca» de los museos.

Podemos estimar el «valor» de una acción, y como espectadores disfrutar del arte, pero en este «sistema» lo mejor es permanecer ajenos y absortos ante el espectáculo que propicia la proliferación de museos de arte contemporáneo, artistas y obras y comparar sólo con pasión y con conocimiento de causa, buscando la obra maestra y no el negocio. Como decía Oscar Wilde, «Hoy se conoce el precio de todo y el valor de nada». Muy propicio para un mercado con un doble sentido para la palabra valor —el estético y el económico— y para una sociedad con cada vez menos valores estables.

Respecto a las fundaciones, éstas han de velar por esos valores en desuso para conservar su credibilidad y permanecer en la medida de lo posible ajenas a vaivenes mercantilistas, aun a pesar de formar parte de este mercado, porque su propia finalidad es contraria a la especulación lucrativa.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro: «Los incentivos fiscales al mecenazgo en EE.UU. ¿Qué podemos aprender con vistas a la reforma de la Ley 49/2002?», dentro del *Anuario de Derecho Fundacional 2012*, dirigido por Muñoz Machado. VV.AA.; Madrid, Ed. Iustel, 2013.

BONITO OLIVA, Achille: *Arte e sistema dell'arte*, De Domichio, Roma, 1975.

BOURDIEU, Pierre y DARBEL, Alain: *L'Amour de l'Art*, Les Editions de Minuit, París, 1969 (traducción española de Jordi Terré: *El amor al arte. Los museos europeos y su público*. Paidós, Barcelona, 2003).

BOURDIEU, Pierre: *La Distinction; Critique sociale du jugement*, 1979 (traducción al español de M. Carmen Ruiz de Elvira Hidalgo: *La distinción: criterios y bases sociales del gusto*. Taurus, Madrid, 1991).

CRISPOLTI, Enrico: *Cómo estudiar el arte contemporáneo*, Celeste, Madrid, 2001.

DE FUSCO, Renato: *Arquitectura como «mass médium»*. *Notas para una semiología arquitectónica*; Barcelona, Ed. Anagrama, 1970.

DEBORD, Guy: *La sociedad del espectáculo*, 1.ª ed. Editions Gallimard, 1996. Traducción y prólogo para la edición castellana de Jose Luis Pardo, Ed. Pretextos, Valencia, 2008.

ÁNGELA BALDELLOU PLAZA

DORFLES, Gillo: *Símbolo, Comunicazione, Consumo*, Einaudi Turín, 1962 (traducción española de María Rosa Viale: *Símbolo, comunicación y consumo*, Lumen. Barcelona, 1967).

GIEDION, S; *Mechanization takes command. A contribution to anonymous history*; Oxford U. P. Oxford, 1948 (traducción española de Esteve Riambau: *La mecanización toma el mando*; Gustavo Gili, Barcelona, 1978).

HAUSER, Arnold: *The social history of Art*. Routledge & Kegan Paul, 1962 (traducción española de A. Tovar y F. P. Varas- Reyes: *Historia social de la literatura y el arte*; Guadarrama, Madrid, 1971).

MCANDREW, Clare: «El mercado español del Arte en 2012», *Cuadernos Arte y Mecenazgo*; Ed. Fundación Arte y Mecenazgo, 2012.

Mac LUHAN, H.:

— *El medio es el mensaje*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1969.

— *La Galaxia Gutemberg, génesis del «homo tipographicus»*, Madrid, Ed. Aguilar, 1972.

MUNARI, Bruno: *Arte come mestiere*, Laterza, Bari (traducción española de Juan Eduardo Cirlot: *El arte como oficio*, Labor, Barcelona, 1968).

NADAL ARIÑO, Javier: «La sociedad civil», VV.AA. *Anuario de derecho de fundaciones 2013*; Ed. Iustel, Madrid, 2014.

PALLASMAA, Juhani: *Los ojos de la piel*; Barcelona, Ed. Gustavo Gili, 1.ª edición, 2.ª tirada, 2008.

POLI, Francesco:

— *Il sistema dell'arte contemporanea. Produzione artistica e mercato*; Einaudi, 1975. Laterza, 2011.

— *Produzione artistica e mercato*, Einaudi. Torino, 1975.

SONTAG, Susan: *Contra la interpretación*, Seix Barral; Ensayo 280, Barcelona, 1969 (trad.: Javier González- Pueyo) Tít. orig. *Against interpretation and other Essays*, 1966.

VARGAS LLOSA, Mario: *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012.

VV.AA.:

- *El Sector Fundacional en España: atributos fundamentales (2008-2012) Segundo Informe*; Madrid, Ed. Asociación Española de Fundaciones, 2014.
 - *Mercado del Arte y coleccionismo en España. Cuadernos ICO*; Madrid, Ed. Fundación ICO, 1996.
 - *Anuario de Derecho Fundacional 2012*; Madrid, Ed. Iustel, 2013.
 - *Anuario de derecho de fundaciones 2013. Madrid*; Ed. Iustel, 2014.
- VETTESE, Ángela; *Invertir en Arte. Producción, promoción y mercado del arte contemporáneo*, Madrid, Ed. Pirámide, 2002.

*(Trabajo recibido el 3/11/2014
y aceptado para su publicación el 22/12/2014)*

PRÁCTICA JURÍDICA

ESTUDIO DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN MATERIA DE DERECHO MARÍTIMO SEGÚN LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

TOMÁS FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
Notario

RESUMEN

El autor sintetiza el contenido de la recién estrenada Ley de Navegación Marítima, únicamente en lo que a la actuación notarial se refiere. En un primer apartado destaca sucintamente los matices respecto a la documentación en la que ya venía interviniendo el notario, y en el segundo analiza la nueva competencia atribuida al fedatario en las llamadas «certificaciones públicas de determinados expedientes de derecho marítimo», competencia ésta que anteriormente correspondía en exclusiva a los Juzgados. Su aplicación práctica, sin embargo, va a plantear numerosas dudas que el autor trata de poner de manifiesto, especialmente en el supuesto del acta por la que el notario organiza el depósito de mercancías no recogidas o no pagadas en puerto, su tasación y venta.

Palabras clave: Ley de Navegación Marítima, certificaciones públicas, actas notariales, expedientes, Derecho Marítimo, depósito, venta de mercancías, subasta notarial.

STUDY OF THE ROLE OF NOTARIES PUBLIC IN MATTERS OF MARITIME LAW PURSUANT TO THE MARINE NAVIGATION ACT

ABSTRACT

The author summarises the contents of the newly enacted Marine Navigation Act, solely and exclusively with regard to the actions of notaries public. Its first section deals succinctly with the nuances regarding documentation, where notaries public have previously been involved; and the second analyses the new power attributed to Commissioners for Oaths in the so-called “public certificates of certain files in maritime law”, a power that previously corresponded to exclusively to the Courts. Its practical application, however, is going to raise numerous doubts that the author attempts to bring to light, especially in scenarios involving Memoranda whereby the notary public organizes the

deposit of goods not collected or not paid for at the port of arrival, their appraisal and sale.

Keywords: Marine Navigation Act, public certificates, notarial memoranda, case files, Maritime Law, deposit, sale of goods, auctions before a notary public.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTRATOS Y DERECHOS RELATIVOS AL BUQUE.—III. EXPEDIENTES NOTARIALES DE DERECHO MARÍTIMO. 1. «La protesta de mar por incidencias del viaje.» 2. «La liquidación de avería gruesa.» 3. «Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo.» 4. «Expediente sobre extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.» 5. «De la enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados.»

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 25 de septiembre entró en vigor la **Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación marítima**. De entrada, se ha criticado su carácter excesivamente extenso (524 artículos) y se ha vaticinado que su aplicación va a generar conflictos por ser muchas normas contrarias a normas internacionales y con vocación de prevalecer sobre éstas. De hecho, la regulación del transporte de mercancías del que se ocupa gran parte de la Ley está pendiente de que entre en vigor las Reglas de Rotterdam (Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, firmado en Nueva York el 11 de diciembre de 2008). Estas Reglas pretenden unificar la diversidad de regímenes jurídicos en el mundo. Esta cuestión tiene sus repercusiones prácticas para la actuación del Notario, especialmente en relación a los expedientes de Derecho Marítimo, tal como más adelante expondré.

A pesar de lo extenso de la Ley, este estudio pretende únicamente reflejar las cuestiones relativas a la intervención del notario contenidas en la misma. Lo estructuro en dos apartados: el referido a materias en las que ya actuaba el notario y que han experimentado variaciones —contratos y derechos relativos al buque— y, en segundo lugar, las propiamente novedosas —expedientes notariales de Derecho Marítimo.

II. CONTRATOS Y DERECHOS RELATIVOS AL BUQUE

No parece que las escrituras públicas que tengan por objeto una embarcación vayan a multiplicarse. Se ha incluido un nuevo contrato, el de la construcción naval, que tampoco parece que vaya a tener especial repercusión documental.

La Exposición de Motivos reconoce que la trascendencia económica que tienen determinadas embarcaciones y buques justifica que deba prevalecer la publicidad frente a la agilidad en las transacciones mercantiles en esta materia. Para ello, la Ley, después de distinguir entre buque y embarcación en atención a la eslora (será buque si la eslora es superior a 24 metros y embarcación si es inferior), **extiende el régimen de inscripción obligatoria en el Registro de Bienes Muebles a las embarcaciones** (art. 69). La regulación anterior en el CCom, artículos 147 y 149, sólo la preveía para los buques.

La publicidad se lleva por una doble inscripción: la de carácter administrativo en el Registro de buques y empresas navieras y la publicidad material de titularidades y gravámenes a través del Registro de Bienes Muebles.

No obstante, el título para la inscripción puede ser tanto escritura pública como documento administrativo o Resolución judicial.

La principal novedad notarial reside en la obligación —al autorizar escritura pública relativa a buques o embarcaciones— de **obtener, con carácter previo al otorgamiento, información sobre la situación de dominio y cargas del Registro de Bienes Muebles** (art. 73).

La Ley regula por vez primera el **contrato de construcción naval** (arts. 108 y ss.) por el que una parte encarga a la otra la construcción de un buque a cambio de un precio. Debe constar simplemente por escrito, pero, de pretenderse su inscripción en el Registro de Bienes Muebles, **deberá elevarse a público**.

En parecidos términos, la **compraventa** puede documentarse simplemente por escrito, pero, **para que produzca efecto frente a terceros, deberá formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Bienes Muebles (art. 118), cumpliendo el notario la citada obligación de obtener información previa de dicho Registro**. En la escritura habrá que definir todos los elementos que son objeto de venta con el buque.

La Ley extiende estas normas a las **embarcaciones**, así como a **cualesquiera otros negocios jurídicos** traslativos del dominio del buque (art. 121).

Lamentablemente, y en cuanto a la **hipoteca naval**, la novedad reside en la posibilidad de que se formalice —además de en escritura pública— en documento privado y que éste acceda al Registro de Bienes Muebles (art. 128) con la merma de garantías que ello supone.

Los artículos 150 y siguientes contemplan por primera vez el **condominio naval**, supuesto que se refiere sólo a los casos en que la finalidad de la copropiedad del buque o embarcación es su **explotación mercantil**. Los condóminos pue-

den nombrar uno o varios administradores para administrar el bien. En caso de venta de la totalidad del buque bastará el acuerdo de mayoría de cuotas, si bien, quien se haya opuesto a la decisión de vender puede exigir que la venta se realice en pública subasta. Y en el supuesto de transmisión de cuota, aunque únicamente por venta, se regula el derecho de tanteo y retracto. Para ejercitar su derecho, el adquirente debe consignar ante notario (o ante establecimiento destinado a este fin) el precio de venta.

II. EXPEDIENTES NOTARIALES DE DERECHO MARÍTIMO

Mayor trascendencia práctica deben tener para el notario las novedades que detallo en este apartado. El título X de la nueva Ley atribuye a los notarios la autorización de las llamadas «certificaciones públicas de determinados expedientes de derecho marítimo», denominación que se da a distintas clases de actas notariales instadas por quienes portean y/o manipulan mercancías objeto del transporte marítimo cuando han llegado a puerto.

En concreto, son cinco los supuestos en que se instará la intervención notarial. Cuatro de ellos ya existían y se sustanciaban ante los Juzgados, lo que daba lugar a desistir de intentarlo en muchos casos dada la premura requerida. No tenía practicidad acudir al Juzgado y esperar varios meses (siendo benévolo) para subastar, por ejemplo, un cargamento de material perecedero cuyo destinatario no lo receptiona. Por ello, los abogados maritimistas muestran su confianza en que la atribución de esta competencia notarial resuelva numerosos conflictos, especialmente la descrita en el número 3, razón por la que le dedicaré mayor atención.

La necesaria presencia física del notario en los casos 1 y 2 limitan la actuación a los notarios con competencia en la demarcación donde se halle el puerto. Tal vez el supuesto 3 y 5 planteen la posibilidad de levantarse el acta ante otro notario —al no exigirse formalmente la presencia física del mismo—. No obstante, entiendo que el deber de garantizar la legalidad del proceso obliga al notario a verificar el depósito ordenado y en su caso estar presente en la subasta que se realice *in situ*.

1. «La protesta de mar por incidencias del viaje»

Tiene cabida cuando se ha producido un daño en el buque o en las mercancías causado por un hecho fortuito o fuerza mayor durante el viaje, por ejemplo, gran oleaje. Contempla dos tipos de acta (art. 504):

1.a) Un acta de manifestaciones otorgada por el capitán para descargo de responsabilidades, sin mayor particularidad.

1.b) Un acta de requerimiento, instada por los interesados (capitán, porteadores, consignatarios, transitarios) para que el notario deje constancia de la tasación de daños. No es más que un presupuesto para, en su caso, ejercitar acciones de reclamación.

2. «La liquidación de avería gruesa»

A diferencia del supuesto anterior, tiene lugar cuando el daño ocasionado en el buque o en el cargamento tiene su origen en el infortunio, pero, sobre todo, ha intervenido la voluntaria actuación del capitán. Ejemplo típico es el de avería producida cuando el capitán ha decidido lanzar al mar diez contenedores para salvar los otros cincuenta ante un incendio.

Sí es cierto (baso esta afirmación en comentarios del letrado Miquel ROCA, del despacho de Derecho Marítimo Blas de Lezo) que, hasta la entrada en vigor de la Ley, muchas navieras, con el propósito de rebajar indemnizaciones, trataban de subsumir en la avería gruesa daños que no se correspondían a este supuesto. Tal vez, con la intervención notarial, corresponda al notario definir si estamos ante avería gruesa o no.

Su forma documental será (art. 506 y ss.) la de un acta de manifestaciones/requerimiento y notificación a los interesados, con el fin de que, a falta de acuerdo sobre la valoración del daño, lo haga el liquidador designado por el notario. El acta siempre tiene por finalidad concretar una cantidad económica que debe asumir el responsable.

El procedimiento es sencillo: Presentada la liquidación por el liquidador, siguen las impugnaciones y finaliza mediante Resolución motivada del notario, que será título bastante para despachar ejecución. Entiendo que el notario, en esa valoración, difícilmente va a mantener un criterio distinto al del liquidador, profesional cualificado, objetivo y especialista en la materia.

Sin embargo, la eficacia de esta Resolución se desvirtúa desde el momento en que se establece que sea recurrible con efectos suspensivos sin expresión de causa. Simplemente bastará con no estar de acuerdo con la valoración hecha por el liquidador para presentar recurso en sede judicial, cercenando la celeridad pretendida. No se señala plazo para recurrir, pero del artículo 511 se deduce que en el plazo de quince días, desde que se les notifica la liquidación a los interesados, deben abonar el importe, por lo que parece que éste debe ser el plazo para impugnar.

3. «Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo»

La verdadera «estrella» de la nueva Ley a juzgar por los maritimistas. Supone una verdadera revolución jurídico-económica, por cuanto resolverá infinidad de problemas que conllevaban la obligatoriedad anterior de acudir a los Juzgados en supuestos que ahora resolverá el notario por medio de acta notarial. No obstante, plantea muchas dudas la legitimación del notario para actuar, como a continuación señalaré.

El artículo 512 regula un **derecho del porteador**. En concreto, contempla el supuesto en que el porteador de las mercancías llega a puerto, y primero, no se presenta el destinatario a recibir las, o segundo, no se le paga los gastos del transporte (flete y gastos anexos), o tercero, supuesto menos frecuente, al llegar a un puerto intermedio no puede continuar el viaje por circunstancias sobrevenidas que lo hagan imposible, ilegal o prohibido (por ejemplo, una huelga, una guerra en el país de destino, etc.).

El CCom (artículos 666 y siguientes) ya preveía el derecho del capitán de solicitar la venta del cargamento si el consignatario no fuese hallado, o se negase a recibir el cargamento, si bien debía hacerse ante el juez o tribunal.

Es requisito previo que el **contrato de fletamento** —al que debe asimilarse el supuesto en que las condiciones del contrato figuren en el llamado conocimiento de embarque (BL) u otro documento similar— se sujete a una ley que permita solicitar el depósito y venta, y es aquí donde aparecen los problemas de legitimación del notario y el consiguiente temor a incurrir en responsabilidad por organizar una subasta careciendo de competencia para ello. Está claro que siempre cabrá la intervención del notario español si se trata del **transporte nacional**, por cuanto el contrato pactado se sujetará a la nueva Ley que contempla la consignación, tasación y venta por el notario. Pero tratándose de **transporte internacional** resulta mucho más dudoso y habrá que estar a la legislación a la que se remita el contrato de transporte en cuestión. El CCom no establecía esta exigencia y simplemente se atendía a la competencia jurisdiccional. No se trata de que el **contrato**, en sus típicas condiciones generales, prevea la facultad del porteador de pedir la venta en subasta, sino que la **ley** a la que se sujeta dicho contrato prevea dicha facultad. Si es así, el notario español puede levantar el acta del artículo 512, pero será difícil hacer esta averiguación, máxime por la coexistencia de normas nacionales con convenios internacionales. Tal vez, por analogía, debería entenderse que, allí donde podía intervenir el juez español, pueda ahora hacerlo el notario. Es más, la nueva Ley declara la nulidad de las cláusulas contractuales de sumisión a jurisdicción y arbitraje extranjeros si no se han negociado individual y separadamente del contrato estándar (art. 468) y en su defecto atribuye la competencia, a elección del demandante, a los tribunales: a) del domicilio del demandado, b) del

lugar de celebración del contrato, o c) del puerto de carga y descarga. Es decir, si el contrato no expresa específicamente lo contrario, el demandante siempre podrá acudir al Juzgado español. No obstante, el artículo 412 no utiliza como punto de conexión la sumisión jurisdiccional, sino la ley a que se sujeta el contrato. A efectos prácticos, lo prudente será averiguar a través del requirente del acta a qué ley se sujeta el contrato de fletamento y si ésta contempla la facultad del porteador de pedir la venta. Ahora bien, resulta esencial y definitivo, a mi entender, fijarse en el tenor literal del artículo en cuestión, pues no dice que ley aplicable al contrato contemple la venta en subasta y por notario, sino simplemente que esa ley contemple **la facultad del porteador de pedir el depósito y venta** (ya sea ante el juez, ante un notario o ante cualquier autoridad competente) cuando no ha cobrado o no han recogido la mercancía. De ser así, podrá el interesado acudir al notario.

Entiendo por ello que el notario podrá actuar en la gran mayoría de los casos.

De los tres supuestos: no cobro, no recepción o concurrencia de circunstancia fortuita, resultan muy frecuentes los dos primeros.

El porteador instará al notario el levantamiento de un acta notarial reflejando estas circunstancias, con la gran ventaja de que, dándose las circunstancias, podrá **venderse la mercancía** no recibida o no pagada en un plazo breve. El procedimiento es el siguiente:

- Por **porteador** debe entenderse el que transporta las mercancías, es decir, la naviera que explota el buque para el transporte.
- Verificadas las circunstancias señaladas por el porteador, el notario requiere el pago al destinatario. El artículo 248 indica la obligación de señalar sus datos en el conocimiento de embarque nominativo. De no verificarse el pago, procede el fedatario al **depósito** de las mercancías o equipajes. Este depósito debe preverse por el notario por medio de terceras personas con capacidad para ello, en la mayoría de supuestos dentro del mismo puerto por razones aduaneras. No obstante, el artículo 237 prevé también un **derecho de retención** por el propio porteador si quien debía pagar y no lo hace es el destinatario o el flete era pagadero en destino.
- Sorprende a los navieros, consignatarios y transitarios el que este depósito ordenado por el notario sólo pueda paralizarse por el requerido de pago, cumpliéndose dos requisitos acumulativos: que el que no paga preste **garantía** suficiente en el plazo de cuarenta y ocho horas desde la notificación y además interponga demanda ante el Tribunal en el plazo de veinte días desde la constitución de la garantía.
- No cabe otra posibilidad de paralizar el depósito.

- Las mayores dudas sobre el procedimiento de venta de las mercancías vienen dadas por la parquedad de la norma al regular la forma de venta. Ante todo, el notario ordena que se realice la **tasación** de la mercancía, pero a continuación la ley se limita a señalar que el notario ordenará la venta por persona o entidad especializada o bien en pública subasta. Es decir, el notario goza de amplio arbitrio para decidir si se verifica una venta directa o una subasta, sin que se le imponga ningún criterio para optar por una u otra forma. Tampoco se regula el procedimiento de la venta ni de la subasta, por lo que se deja en manos del notario prestar toda la cautela posible para asegurar que la enajenación se realice con todas las garantías. A falta de normativa específica deberá aplicarse la contemplada en el reglamento notarial (art. 222) para las actas de subasta, aunque adaptado a lo específico de esta materia. Tal vez pudieran aplicarse en materia de tasación y venta la normativa prevista para los administradores concursales.
- Si el destinatario se hubiera opuesto al pago, pero no hubiera prestado garantía, podrá presentar demanda en el plazo de veinte días (o treinta días ante tribunal extranjero), si bien únicamente con la finalidad de determinar qué destino se da al **remanente** del valor obtenido con la venta o subasta después de abonar los gastos del acta (depósito, subasta) y el pago del flete objeto del acta notarial.
- Finalizada la venta o subasta, el notario atiende a los gastos de depósito, subasta, y paga el flete o gastos reclamados. Nada se dice sobre el remanente, aunque se entiende que deberá depositarlo en su poder para entregarlo a quien justifique ser el titular de las mercancías.

4. «Expediente sobre extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque»

Es el único de los cinco supuestos en que la competencia territorial del notario no la determina el lugar donde se hallen el barco o las mercancías (que será siempre un puerto), sino el lugar de destino que figura en el conocimiento de embarque (BL).

Es otro de los supuestos frecuentes. En los casos en que el conocimiento de embarque se emita como título al portador puede producirse su pérdida o sustracción.

La ley regula (art. 516 y ss.) la actuación del notario para, a través de un procedimiento, se pueda amortizar el título y reconocer el derecho al tenedor desposeído.

No obstante, el artículo 254 reconoce la absoluta protección al **tercero de buena fe** poseedor del conocimiento de embarque, de modo que siempre prevalece el derecho de éste, sin perjuicio de las acciones de reclamación del desposeído contra los culpables.

El procedimiento para la amortización del título se inicia por quien se considere tenedor desposeído. Requiere al notario por medio de acta para que inste al porteador a que no entregue las mercancías a terceros. Si además quiere recibirlas de inmediato, puede prestar caución por su importe.

Si el notario considera que hay medios de prueba suficientes que justifiquen la amortización del título (labor delicada de interpretación), seguirá un procedimiento de notificaciones, alegaciones y publicaciones en el BOE. En el caso de no existir contradicción, por medio de acta de notoriedad hará constar la amortización del título y se reconocerá al requirente la titularidad del mismo.

Se ha criticado el hecho de que no se puede esperar tanto tiempo para determinar quién es el legítimo poseedor del conocimiento de embarque.

5. «De la enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados»

Aunque aparentemente sea un supuesto menor, tal vez llegue a utilizarse como recurso para resolver supuestos dudosos que no encajan en los cuatro casos anteriores. La norma no exige que la ley aplicable al contrato de fletamento lo contemple —a diferencia del supuesto 3.

Regula un derecho de aquél «a quien corresponda la **conservación**» de las **mercancías**, cuando éstas han llegado a puerto con **defectos o corren peligro de avería**. Se entiende que no hay acuerdo con el destinatario para el pago de las mercancías y se ha pagado el flete (que daría lugar al procedimiento del núm. 3), ya que, de acuerdo con el artículo 234, las mercancías averiadas devengan flete.

Es requisito esencial que el que insta el acta no tenga ni pueda obtener instrucciones del titular, lo cual plantea la duda de cómo se acredita este extremo o si basta la mera manifestación.

El procedimiento es el mismo del supuesto 3. El notario ordena la tasación, venta o subasta y procede al pago de gastos y entrega del remanente.

*(Trabajo recibido el 16/10/2014
y aceptado para su publicación el 15/11/2014)*

LA TASACIÓN DE BIEN HIPOTECADO

AMANAY RIVAS RUIZ

Notario

RESUMEN

El valor de tasación como elemento fundamental de la vertiente procesal de la hipoteca ha cobrado especial importancia a raíz de la reforma llevada a cabo en la legislación hipotecaria sustantiva y procesal por la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios. En este trabajo estudiamos en primer lugar su significado y regulación, así como las formalidades que deben cumplirse para su adecuada acreditación a través del correspondiente certificado de tasación, para luego profundizar en la casuística analizando aquellos supuestos que plantean más dudas prácticas en cuanto a su acreditación, especificando los supuestos en que debe acreditarse el valor de tasación, las formalidades del documento a aportar y las consecuencias derivadas de su modificación una vez inscrito en el Registro de la Propiedad, incidiendo en las de carácter fiscal.

Palabras clave: hipoteca, tasación, tipo para subasta, certificado, modificación

THE APPRAISAL OF MORTGAGED ITEMS

ABSTRACT

The appraisal value, as a fundamental element of the procedural aspect of mortgages, has taken on particular importance as a consequence of the reform carried out in the substantive and procedural mortgage legislation through the Mortgage Debtors (Protection) Act (Law 1/2013). In this paper, we study first of all its meaning and regulation, as well as the formalities that have to be complied with for its proper accreditation through the corresponding appraisal certificate, and then we explore the cases that might arise in greater depth by analysing those scenarios posing the most practical doubts when it comes to accreditation, specifying the circumstances in which the appraisal value must be accredited, the formal aspects of the document to be submitted, and the consequences arising out of its amendment once it has been entered on the Property Register, with emphasis on the tax aspects.

Keywords: mortgage, appraisal value, foreclosure value, appraisal certificate, modification of the appraisal value.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TASACIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD.—III. REGULACIÓN NORMATIVA.—IV. REGLAS GENERALES DE TASACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO. CASOS EN QUE HAY QUE TASAR EL BIEN Y REQUISITOS DE LA TASACIÓN.—V. CASUÍSTICA RESUELTA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. 1. Hipoteca constituida a favor de persona física. 2. Hipoteca entre particulares. 3. Hipoteca con renuncia expresa del deudor y del acreedor al certificado de tasación. 4. Novación, con o sin ampliación de capital, de préstamo hipotecario. 5. Hipoteca de finca calificada de protección oficial. 6. Hipoteca sobre obra nueva en construcción.—VI. CASOS DUDOSOS NO RESUELTOS TODAVÍA POR LA DGRN NI POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. 1. Hipoteca sobre finca que es objeto de obra nueva ampliada. 2. Distribución de responsabilidad hipotecaria y correlativa distribución del tipo de subasta entre las fincas resultantes de la división. 3. Hipotecas a favor de la Hacienda pública y/o la Seguridad Social. 4. Caducidad del certificado de tasación existente y no aportado en la constitución de la hipoteca.—VII.- CONTROL JUDICIAL DE ABUSIVIDAD DE LA TASACIÓN.—VIII. ASPECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA MODIFICACIÓN DEL VALOR DE TASACIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las recientes reformas en materia hipotecaria, mayoritariamente impulsadas para dotar de una mayor protección al deudor hipotecario bancario, han afectado a un aspecto de la garantía hipotecaria, como es el relativo a la *tasación del bien hipotecado*, que hasta hace poco era pacífico en la doctrina y en la práctica jurídica. La finalidad de este trabajo es intentar concretar y clarificar en qué supuestos es ahora necesario aportar el certificado de tasación del inmueble que es objeto de hipoteca, así como las formalidades que dicho certificado debe reunir.

Como punto de partida, hay que determinar qué se entiende por tasación y cuál es su finalidad, para después pasar a analizar en qué casos y cómo hay que proceder a efectuar la tasación del bien que es gravado con hipoteca. Antes de nada precisar que nos vamos a circunscribir al análisis de la tasación de bienes inmuebles, sin perjuicio de que las reflexiones que efectuamos puedan ser extensibles a los bienes muebles que sean objeto de hipoteca mobiliaria, pues su significado, función y ejecutividad es análoga a la inmobiliaria.

II. TASACIÓN: CONCEPTO Y FINALIDAD

Siguiendo la distinción que hace Alberto BLANCO PULLEIRO¹ debemos partir de la distinción entre los conceptos de valor de tasación y tipo para subasta, remarcando en todo caso que ni uno ni otro son un elemento consustancial o definitorio de la hipoteca, sino que tienen un significado puramente procesal, como ya reconoció el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de enero de 1924.

¹ BLANCO PULLEIRO, Alberto: «El valor de tasación» dentro de «La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número especial, 2014, Consejo General del Notariado, Madrid.

Así, puede entenderse en términos generales por *valor de tasación* el valor que un tercero profesional y especializado atribuye a un inmueble una vez que lo ha visitado y efectuado una comprobación pericial del mismo, de manera que en dicha valoración se tienen en cuenta tanto factores físicos concretos del inmueble, tales como su tamaño, estado de conservación y ubicación, como factores jurídicos, tales como la adecuación de la titulación pública a la realidad física y catastral, el estado ocupacional, las cargas existentes sobre el mismo, o la sujeción a algún régimen de protección pública, y también factores externos al propio inmueble y relativos, como son los precios y la demanda de inmuebles análogos al que ha sido objeto de valoración tanto en la zona donde el mismo se ubica como en zonas equivalentes de otras localidades. En definitiva, mediante la tasación lo que se procura es determinar un valor lo más objetivo del inmueble que es ofrecido en garantía. Los requisitos que actualmente debe reunir este valor de tasación conforme a la legislación del mercado hipotecario la veremos a continuación.

Por su parte, *el valor o tipo para subasta*, que no tiene por qué coincidir exactamente con el valor de tasación, es aquel importe o valor que el acreedor y el hipotecante fijan de común acuerdo como valor o precio del inmueble que debe tomarse en consideración en el caso de una eventual realización del derecho real de hipoteca por incumplimiento de la obligación garantizada con la misma, mediante la ejecución judicial o extrajudicial de la garantía hipotecaria a través de los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria. Es decir, el tipo para subasta es un valor convencionalmente pactado entre acreedor y deudor para que sirva de referencia y punto de partida para una eventual ejecución de la garantía hipotecaria por medio de subasta, que puede, y para poder gozar el acreedor de determinadas prerrogativas procesales debe tomar como referencia el valor de tasación a que nos referimos en el párrafo anterior.

Es relevante que el tipo para subasta no sea un valor puramente artificial que no responda a la realidad, y de ahí que el legislador, aun manteniendo el criterio de fijación por las propias partes del valor de tasación, exija que tome como referencia el valor de una tasación que se realice conforme a ciertos requisitos legales, que se encuentran recogidos en sus líneas fundamentales en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario, como norma de protección de los participantes en el mercado hipotecario y también de los deudores, y lo mismo si se trata de hipotecantes no deudores, pues un mero valor ficticio de tasación, aunque sea de salida, podría repercutir desfavorablemente en los mismos.

El requisito de fijación del valor de tasación para subasta en la escritura de hipoteca responde a la función de realización de valor de la hipoteca, pues se trata de la fijación del valor de salida del bien hipotecado para el caso de que se produzca la necesidad de venta de la finca. Y precisamente la finalidad y utilidad de fijar ese tipo para subasta ya en la escritura de constitución de hipoteca es

la de evitar la necesidad del trámite de tasación pericial o avalúo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de la fase de apremio del procedimiento de ejecución común (artículos 637 a 639 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, se trata de preordenar una determinación que, en caso de ejecución, será necesaria en todo caso, con el objeto de agilizar y dar rapidez al trámite ejecutivo.

III. REGULACIÓN NORMATIVA

Dado que la tasación de bien hipotecado es un requisito de carácter procesal, y no esencial de la hipoteca, la regulación de esta materia la encontramos recogida en normas eminentemente adjetivas, destacando el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en sede de procedimiento especial de ejecución hipotecaria y pignoraticia) y el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (que fija las líneas esenciales de la ejecución extrajudicial hipotecaria), ambos con redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Protección de Deudores Hipotecarios, así como la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, desarrollada por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, y complementados por la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, que regula, entre otros aspectos, los requisitos para la emisión de Certificados de Tasación.

De lo reseñado, resultan fundamentales los siguientes artículos:

- Artículo 8 del Reglamento del Mercado Hipotecario (R. D. 716/2009), relativo a la Tasación previa, que establece que: *«1. Los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación de la entidad financiera prestamista o de entidades homologadas, con arreglo a lo que dispone este real decreto. Dicha tasación tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado. 2. La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración. 3. La certificación habrá de basarse en un informe de tasación en el que se recogerán los aspectos jurídicos y técnicos que influyan en la valoración del bien y que constituyen las características básicas definitorias del mismo, así como el conjunto de cálculos técnico-económicos conducentes a determinar el valor final de la tasación. El informe técnico de tasación, así como el certificado en el que podrá sintetizarse el mismo, habrá de ser firmado nece-*

sariamente por un Arquitecto, Aparejador o Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico de la especialidad correspondiente según el régimen competencial profesional marcado por la naturaleza del objeto de la tasación. Este informe no tendrá que ser visado por el Colegio Oficial respectivo y caducará a los seis meses de la fecha de su firma. 4. (...)».

- Artículo 682 LEC 1/2000, sobre el *Ámbito del presente capítulo*, que es el relativo a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, y establece en su punto 2 que: *«2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente Capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. (...)».*
- Y el artículo 129 Ley Hipotecaria (en adelante, LH), que establece en su número 2 que: *«2. La venta extrajudicial se realizará ante Notario y se ajustará a los requisitos y formalidades siguientes: a) El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. (...)».*

Hay que recordar que la normativa actual sobre tasaciones de bienes hipotecados tuvo su origen en la citada Ley 2/1981, pensada para la adecuada regulación del mercado hipotecario como mercado a través del cual impulsar el crédito hipotecario haciéndolo atractivo a grandes inversores mediante la suscripción de valores referenciados al citado crédito hipotecario, de manera que la finalidad de esta norma era la de dotar de adecuada regulación y protección a dichos inversores. Sin embargo, la crisis económica que afecta a nuestro país desde hace ya varios años, unida al drama de la situación de extrema dificultad en la que se encuentran muchos deudores hipotecarios, ha provocado una amplia modificación de la normativa hipotecaria, muchas veces no debidamente meditada ni adecuadamente coordinada, que ha modificado el contenido y la finalidad de la normativa sobre la materia que ahora nos ocupa, fundamentalmente a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en lo que a estas líneas interesa vino a establecer una serie de requisitos para el acceso al Registro de la Propiedad de la garantía hipotecaria a fin de anularle determinados efectos procesales, y en concreto que el tipo de subasta fijado para el bien hipotecado no puede ser infe-

rior al 75 por 100 del valor de tasación, conforme a la Ley 2/1981, y que para poder acudir a los procedimientos de ejecución directa, judicial o extrajudicial, era indispensable que dicha tasación constara adecuadamente en el Registro de la Propiedad.

La reforma que de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y normativa accesoria ha llevado a cabo la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en materia de tasación del bien hipotecado ha dado lugar a numerosas dudas interpretativas que han generado una miríada de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que vamos a tratar de sintetizar junto con otros puntos relativos a la tasación de bien hipotecado que son pacíficos y respecto de los que conviene recordar igualmente su plena vigencia.

IV. REGLAS GENERALES DE TASACIÓN DE BIEN HIPOTECADO. CASOS EN QUE HAY QUE TASAR EL BIEN Y REQUISITOS DE LA TASACIÓN

Conforme a la regulación actual en la materia, se pueden señalar las siguientes reglas generales:

1. Todo bien que vaya a ser objeto de hipoteca debe ser **previamente tasado**, y debe **fijarse en la escritura de constitución de hipoteca como tipo o precio de partida para la eventual subasta** un importe que **no podrá ser inferior al 75 por 100 de ese valor de tasación**. Ello siempre que el acreedor quiera poder acudir en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para la ejecución de la garantía hipotecaria a la *vía rápida* del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, ya sea judicial o extrajudicial. Es decir, el valor de tasación sirve de referencia al tipo de subasta para el caso de ejecución de la hipoteca, señalando su importe mínimo.

Como ha expresado en reiteradas ocasiones la DGRN, entre otras en la Resolución de 18 de febrero de 2014, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales, y por ello el tipo para la subasta se hace constar en la escritura de constitución de hipoteca y también en la propia inscripción causada por aquélla (art. 130 LH).

2. Para el caso de un préstamo o crédito hipotecario que el acreedor desee **movilizar en el mercado hipotecario**, es decir, que puedan servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios, por aplicación del artículo 8 del Real Decreto 716/2009, el **tipo de subasta** para el supuesto de ejecución de la hipoteca será **necesariamente, como mínimo, el valor de tasación**.

3. El valor fijado como **tipo para subasta** debe ser **el mismo**, es decir, no puede ser distinto para el procedimiento directo de ejecución judicial y para el procedimiento de venta extrajudicial (art. 129.2.a) LH).

4. El **tipo para subasta lo fijan de común acuerdo** los interesados, es decir, el acreedor, el deudor y, en su caso, el hipotecante no deudor. Esta fijación la hacen en principio las partes con libertad, si bien actualmente esa libertad no es total, pues deben respetarse los parámetros y reglas antes referidas con relación al valor de tasación del inmueble.

En este sentido, la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2014 ha aclarado que «el precio o tipo de subasta lo establecen libremente “los interesados”, según prevé el citado artículo 682.1.2 de la LEC. Por tales interesados deben entenderse obviamente acreedor y deudor, pero también deben considerarse aludidos por tal expresión los hipotecantes no deudores o “fiadores reales” que, en caso de existir, no desplazan en la toma de tal decisión a los deudores personales, sino que concurren conjuntamente con los mismos y con el acreedor en su adopción, ya que se trata de una exigencia establecida para la satisfacción de una encrucijada de intereses, en parte contrapuestos y en parte convergentes: el del acreedor de evitar que un tipo excesivamente elevado dificulte la realización del bien, el del deudor de evitar que un tipo excesivamente bajo deje la deuda perseguida en parte insatisfecha con mantenimiento de la acción de responsabilidad personal del acreedor por la diferencia, y el interés del fiador real de establecer un precio que favorezca la existencia del mayor sobrante posible tras la aprobación del remate».

5. **No basta con la mera manifestación** por los interesados del valor de tasación, **hay que acreditarlo** a través del correspondiente **certificado de tasación**, a fin de que se pueda comprobar que el valor para subasta pactado cumple con los requisitos mencionados de no quedar por debajo de un determinado porcentaje de la tasación realizada conforme a la Ley 2/1981, o en su caso de coincidir con ella, y que se deje constancia de dicho tipo para subasta en el Registro de la Propiedad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 130 LH.

Es esta una cautela básica en orden a prevenir tanto situaciones de sobretasación como de infratasación, y su constancia en la inscripción registral de la hipoteca sólo efectúa sobre la base del certificado en que conste la tasación. (Son numerosas las resoluciones que así lo establecen, por mencionar la más reciente, la Resolución DGRN de 31 de marzo de 2014.)

6. Es **exigible con independencia de las características del inmueble que sea objeto de hipoteca** y, por tanto, ya sea vivienda, habitual o no, del hipotecante, un local, un solar o una finca rústica. La ley no distingue, siendo esta normativa aplicable con independencia de la naturaleza del bien hipotecado.

7. La forma documental adecuada para acreditar la tasación pericial del inmueble hipotecado es el **certificado de tasación**, que debe ser emitido con las formalidades y por quien tiene atribuidas las facultades para ello.

En síntesis, los requisitos que debe reunir el certificado de tasación son:

- i) Que sea emitido por una entidad tasadora homologada conforme a la regulación de la Ley 2/1981. No es admisible el certificado de tasación efectuado por un perito de la parte deudora que no cumpla con los requisitos de cualificación fijados en la legislación del mercado hipotecario, es decir, que no sea un tasador homologado a los efectos de dicha normativa (Resolución 22 enero 2014 DGRN). Hay que subrayar que ya no es obligatorio que la tasación sea efectuada por la entidad tasadora que designe el banco acreedor, debiendo aceptarse por la parte acreedora la tasación que reúna los requisitos indicados si es aportada por el deudor (art. 3 bis I) Ley 2/1981, según redacción dada por la Ley 1/2013).
- ii) Debe cumplir con las formalidades fijadas en la Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, sobre Normas de Valoración de Inmuebles y de Determinados Derechos para Ciertas Finalidades Financieras, y particularmente en su artículo 63.
- iii) Debe estar en vigor. Los certificados de tasación caducan a los seis meses de su expedición (art. 8.3 Reglamento del Mercado Hipotecario), por lo que el otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca debe estar dentro de ese período. No parece probable el supuesto de que caduque en el ínterin entre el otorgamiento de la escritura y el acceso de la misma al Registro de la Propiedad, gracias al sistema de presentación telemática, o en su defecto vía fax, pero en todo caso el hecho de que sea en el momento del otorgamiento de la escritura cuando se lleva a cabo la prestación de consentimiento por las partes, que se extiende a la fijación del tipo para la subasta que debe efectuarse dentro de los porcentajes antes referidos respecto al valor de tasación, nos lleva a afirmar que, si tal circunstancia se produjera, ello no debería ser óbice a la inscripción. Cuestión distinta es que se otorgue la escritura de constitución de hipoteca sin aportar certificado de tasación, lo cual es posible, pues como ya hemos visto dicho certificado no es un requisito esencial a la hipoteca, sino puramente procesal, y que dicho certificado se aporte con posterioridad, supuesto que comentamos seguidamente en el punto 8.

8. Las consecuencias de la falta de aportación de certificado de tasación que reúna las formalidades indicadas son que ello no es impedimento para la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, si bien *inhabilita para, conforme a la normativa ahora vigente, la constancia registral del valor*

para subasta, y por tanto impide la inscripción del pacto de ejecución judicial directa sobre los bienes hipotecados y del pacto de venta extrajudicial, lo que consecuentemente vedará al acreedor el poder usar la vía de ejecución directa en caso de incumplimiento por el deudor de la obligación garantizada. Le quedaría no obstante, tal y como claramente señala la Resolución DGRN de 12 de septiembre de 2014, la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución ordinaria de los artículos 126 y 127 LH en relación con los artículos 517, 579 y 681 de la LEC, y por supuesto al declarativo ordinario.

Además, en esta Resolución de 12 septiembre de 2014, y también en la de 18 de febrero de 2014, la DGRN ha tenido ocasión de precisar que, faltando certificado de tasación en la escritura de constitución de hipoteca, y recogiénose en la misma no una mera enumeración genérica de los posibles procedimientos para hacer efectivo el pago de la deuda, sino pacto expreso sobre la utilización de los procedimientos directos de ejecución judicial y extrajudicial con previsión de aportación *a posteriori* del certificado de tasación para subsanar o complementar la escritura de manera que puedan emplearse dichos procedimientos, ello revela la intención de las partes de querer que dichas cláusulas se inscriban para poder optar, llegado el caso, por estos procesos de ejecución, por lo cual, y esto es lo que interesa, es precisa la *solicitud expresa de inscripción parcial* de la escritura, con exclusión por tanto de dichas cláusulas, por resultar, en opinión del Centro Directivo, dicha estipulación delimitadora del contenido esencial de hipoteca, lo cual nos parece que no deja de ser una interpretación quizá excesiva de la voluntad de las partes, y sobre todo del acreedor, pues es evidente que ambas partes son conscientes, cuando acuerdan esta previsión sobre la aportación *a posteriori* del certificado de tasación, de que los pactos de ejecución directa no se inscribirán mientras ese certificado no se aporte, y ello no las impide otorgar la escritura, que indudablemente desean que se inscriba en la extensión que sea posible; a nadie entra en la cabeza que el acreedor pueda no querer que se inscriba la garantía hipotecaria si al tiempo y simultáneamente no se inscriben los pactos de ejecución, cuando expresamente está contemplando los requisitos que deberán cumplirse para inscribirlos si en el futuro él mismo deseara hacerlos efectivos.

En relación con este punto, merece la pena mencionar la práctica de alguna entidad bancaria de no exigir, ni por tanto incluir en la escritura de hipoteca, certificado de tasación para segundos préstamos hipotecarios de escasa cuantía que concede a clientes suyos para refinanciarles las primeras hipotecas que están siendo impagadas, a fin de evitar gastos adicionales a clientes que se encuentran ya en una situación financiera difícil y exigirles abonar un nuevo certificado de tasación no haría sino empeorarla. Parece que la entidad es consciente de que no va a poder ejecutar esa segunda hipoteca por la vía de los artículos 682 y ss. LEC ni por la vía del artículo 129 LH, ni lo pretende, y de ahí que en ocasiones ni incluyan en la escritura los pactos de ejecución que abren dichas vías. Lo que busca es simplemente la prelación de este segundo crédito hipotecario de acuerdo con el

artículo 1923 del Código Civil y, dado que si esta segunda hipoteca resulta fallida, también lo resultará con seguridad la primera y preferente, ya cuenta con ejecutar ésta por los procedimientos de ejecución directa judicial o extrajudicial.

Aportación a posteriori de certificado de tasación: En todo caso debe quedar claro que una cosa es que se otorgue la escritura de constitución de hipoteca fijando un tipo para la subasta del bien hipotecado, pero sin aportar un existente certificado de tasación (*tasación existente, pero no acreditada*), lo cual es posible, ya que tal y como hemos visto dicho certificado no es un requisito esencial a la hipoteca sino puramente procesal, y que dicho certificado ya tramitado se aporte con posterioridad, lo cual comportará la no inscripción de los pactos de ejecución directa hasta que dicho certificado se aporte, y otro supuesto distinto es que la tasación se efectúe *a posteriori* después de firmada la escritura de constitución de hipoteca.

En el primer supuesto se plantea un problema de acreditación sobrevenida a la constitución de la garantía hipotecaria de la existencia del certificado de tasación, que podrá efectuarse mediante la aportación del mismo e incorporación por medio de diligencia a la escritura de constitución de hipoteca, o en su caso podrá ser añadido mediante la oportuna escritura de complemento. Aquí habrá que tener la precaución el Notario de comprobar que el tipo ya fijado para la subasta entra dentro de los referidos porcentajes establecidos por la LEC y LH respecto del valor de tasación ahora aportado, pues de lo contrario no se inscribiría el tipo para subasta pactado. Surge la duda de admitir su validez si dicho certificado se encuentra caducado cuando se aporta *a posteriori*, pero estaba en vigor al tiempo del otorgamiento de la escritura, cuestión sobre la que reflexionaremos en el epígrafe VI.

El segundo supuesto contempla una hipótesis distinta, ya que en este caso, al tiempo de constituir la hipoteca y pactar la posibilidad de acudir a la vía de la ejecución directa fijándose el tipo para la subasta, el bien hipotecado no ha sido objeto de tasación, normalmente por una cuestión de premura (*tasación no existente*). En tal caso, una vez tramitado el certificado, éste podrá ser aportado de la misma manera que en el supuesto anterior de certificado existente, pero no aportado al tiempo del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca. Si la tasación es coherente con el tipo para subasta pactado en la escritura, no se plantearán dudas sobre la inscripción de los pactos de ejecución; ahora bien, si se diera el caso de que, por razón del valor resultante de la tasación, el tipo para subasta no respeta los límites del artículo 682 LEC, ¿cuál sería la solución a adoptar? Lo razonable, sin duda, es que ambas partes comparezcan en la diligencia o escritura de complemento por la que se aporte el certificado de tasación a fin de además modificar, ajustando a los límites legales el tipo fijado para la subasta. El problema a esta evidente solución práctica surge con las consecuencias fiscales que de este hecho se pueden derivar, tal y como comentaremos en el último epígrafe de este trabajo.

En ambos casos comentados de aportación *a posteriori* del certificado de tasación, si acaece que el bien hipotecado ha sido transmitido a un tercero que ha inscrito su título en el Registro de la Propiedad, para poder inscribir la tasación *a posteriori* será preceptiva la intervención y consentimiento del nuevo titular registral. Así lo ha señalado la Resolución de la DGRN de 20 de octubre de 1999, que declaró que «constando inscrita la finca a favor de un tercero, no le es indiferente a éste la valoración que a efectos de subasta se pretende hacer constar en el Registro, pues dicha valoración determinará el desarrollo de la subasta sin que dicho tercero tenga, en el procedimiento judicial sumario, posibilidad alguna de intervenir en su determinación. Por el contrario, cuando por no constar en el Registro el valor de la finca a efectos de subasta, el acreedor debe acudir al procedimiento ejecutivo ordinario, los terceros adquirentes tendrán derecho a intervenir en el avalúo de los bienes como resulta del artículo 1490 de la Ley Enjuiciamiento Civil. Por tanto, si en el asiento de constitución de la hipoteca no se hizo constar el valor de la vivienda y el tercero adquirió confiando en la existencia de un derecho de hipoteca que sólo podrá hacerse efectivo por la vía judicial ordinaria —con sus trámites procesales específicos—, no podrá ahora acceder al Registro la valoración que los constituyentes den al bien en perjuicio de un posterior adquirente, sin su intervención».

V. CASUÍSTICA RESUELTA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Pasamos ahora a analizar y sistematizar los supuestos prácticos en que se han planteado dudas acerca de la necesidad y exigencia de aportación de certificado de tasación, sobre todo surgidos tras la reforma llevada a cabo por la mencionada Ley 1/2013. Vamos a centrarnos en los casos ya resueltos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es el órgano que hasta la fecha más se ha pronunciado sobre esta materia, probablemente por no haber transcurrido el tiempo suficiente desde la entrada en vigor de dicha reforma como para que haya pronunciamientos judiciales de referencia, sino solamente pronunciamientos sueltos de distintos tribunales de Primera Instancia.

Para una adecuada comprensión de cómo ha afrontado la DGRN la resolución de los distintos casos planteados, es fundamental conocer la interpretación que del contenido y finalidad de dicha reforma legal ha efectuado el Centro Directivo en las Resoluciones dictadas a lo largo del último año, interpretación con la que podemos estar de acuerdo o no, pero que se ha convertido en doctrina interpretativa consolidada en esta materia. Es por ello que a continuación se transcriben extractadas las líneas de interpretación que entendemos fundamentales y que extraemos de la Resolución de fecha 24 de marzo de 2014. Destacamos en **negrita** los puntos fundamentales que a nuestro juicio explican la Doctrina que ha sentado la DGRN en relación con esta materia:

Hay que distinguir en cuanto a las razones para exigir el requisito de certificado de tasación, dos épocas distintas: antes de la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo y después de ésta, de manera que según la Dirección General de los Registros y del Notariado, son otras las razones que actualmente motivan la exigencia del mismo.

*I) Antes de la reforma citada la exigencia del certificado de tasación lo era en base al criterio legal en que se fundamenta el artículo 682.1, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La tasación de la finca hipotecada realizada de conformidad con la Ley 2/1981, respondía a un doble objetivo encaminado, en primer lugar, a garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos que puedan servir de garantía a las emisiones de cédulas o bonos hipotecarios (límites fijados en un porcentaje sobre el valor de los inmuebles hipotecados en su garantía o loan to value) y, en segundo lugar, a asegurar que el tipo de subasta, a través de la que se obtiene la realización del valor del bien, no sea inferior a dicha tasación. Ese doble objetivo estaba destinado a la protección de los inversores en el mercado hipotecario, de forma que la recuperación de su inversión y del cobro de su remuneración financiera, quedase garantizado. **La tasación impuesta por el artículo 8 del citado Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, no constituía, por tanto, una exigencia establecida con carácter general para todo tipo de hipotecas, sino exclusivamente en relación con aquellas que se constituyesen conforme a la normativa del mercado hipotecario y que, por consiguiente, pudieran servir de base y cobertura para la emisión de títulos hipotecarios.** Es decir, la tasación a efectos del mercado hipotecario era un requisito previo a la emisión de los valores garantizados, pero no para la constitución previa de la hipoteca, lo que no impedía que se realizase antes de este momento, en cuyo caso se preveía su constancia y control registral, y sólo sobre la base del certificado en que constase la tasación, pues la mera manifestación de su existencia no acreditada carece por sí sola de toda relevancia registral. Estamos aquí en presencia de una cautela básica en orden a prevenir situaciones de sobretasación, lo cual requiere expertización e independencia en las valoraciones, objetivo asumido por la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, así como certeza en los resultados a través de un sistema de acreditación documental por medio de las oportunas certificaciones.*

II) Pero a partir de la reforma de 14 de mayo de 2013 también fueron otras las motivaciones que originaron la exigencia del certificado de tasación y el valor mínimo en el valor en que se tasa la finca hipotecada para el caso de ejecución de la hipoteca. La tasación realizada conforme a las exigencias del mercado hipotecario debía beneficiar también al deudor al prevenir situaciones de sobreendeudamiento, evitando en ciclos expansivos la indebida incorporación a la tasación de meras expectativas de futuras revalorizaciones.

La normativa previa a la Ley 1/2013, en caso de que la hipoteca no se incluyese en la cartera de los créditos de cobertura de emisiones hipotecarias, no

amparaba a los usuarios de los servicios financieros del peligro inverso al de la sobretasación del bien dado en garantía, esto es, del riesgo que representa la situación contraria de la infravaloración del bien al fijar el precio de tasación a efectos de subasta, situación que en los ciclos económicos de crisis y de contracción de la demanda inmobiliaria como el actual, puede llegar a traducirse en un quebranto patrimonial relevante para el deudor ejecutado. Así resulta del hecho de que en los casos de subasta desierta por falta de licitadores, la finca hipotecada se adjudique al acreedor por un valor resultante de la aplicación de ciertos porcentajes (50% ó 70%, según se trata de vivienda habitual o no) sobre el valor de tasación para subasta fijado en la escritura de constitución (art. 671 LEC).

Frente a este riesgo de descapitalización del deudor generado por la citada laguna, sale al paso la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, al imponer ahora para toda hipoteca (destinada o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios), como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. Para ello, da nueva redacción al artículo 682.2 LEC y 129 LH. Como subraya el Preámbulo de la citada Ley 1/2013, anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta, pudiendo fijarse en cifras muy inferiores al valor real del bien. Con la nueva regulación se evita que se puedan dar situaciones como las que originaron los litigios que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2003 en la que, con arreglo al marco legal entonces vigente, descartó la existencia de enriquecimiento injusto compensable incluso cuando la divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación sea notable, «ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado».

Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Las normas transcritas que así lo establecen tienen carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, por lo que su infracción pararían en la nulidad de la estipulación que incurriesen en tal infracción, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad (cfr. art. 18 LH) y, por tanto,

para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales (cfr. art. 130 LH).

Sentados estos criterios, resultará más fácil exponer la solución dada por nuestro Centro Directivo a los supuestos que han suscitado dudas o divergencias interpretativas, que pasamos a analizar, aclarando que, cuando nos refiramos a la necesidad de aportar certificado de tasación, nos estaremos refiriendo a certificados de tasación que reúnan los requisitos que hemos señalado en el epígrafe IV. 7 anterior:

1. Hipoteca constituida a favor de persona física

Es indispensable que la escritura contenga certificado de tasación para la inscripción de los pactos de ejecución directa. Así lo establece la Resolución DGRN de 22 de enero de 2014, para un supuesto de hipoteca a favor de una persona física constituida por una persona jurídica con la que mantiene relaciones comerciales, y en la que el acreedor acepta la tasación de los bienes presentados por ésta, realizada por técnico que carece del carácter oficial que prevé la Ley 2/1981. Entiende la DGRN que se vulnera con ello el régimen diseñado por el legislador, de carácter imperativo, inderogable por la voluntad de las partes, y ello implica la nulidad de las estipulaciones sobre pactos de ejecución directa en los que se fija un tipo para subasta sobre la base de dicho certificado de tasación, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales.

Es sin duda discutible que, dada la finalidad de exigencia del certificado de tasación conforme a la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013 antes apuntada, encaminada sobre todo a evitar situaciones de sobreendeudamiento por parte de particulares, a la vista de cómo había evolucionado el mercado crediticio hipotecario, sea igualmente aplicable esa finalidad tuitiva a un deudor persona jurídica, empresario profesional, que busca garantizar sus obligaciones con un acreedor con el que mantiene relaciones comerciales mediante una hipoteca, sobre la base de la atribución por vía de interpretación, de un carácter imperativo e inderogable por la voluntad de las partes a la exigencia de aportación del certificado de tasación, cuando en la norma dicho carácter imperativo e inderogable no se establece expresamente.

2. Hipoteca entre particulares

Igualmente es preceptivo e indispensable incorporar certificado de tasación a la escritura de constitución de hipoteca para la inscripción de los pactos de ejecución directa, cuando la obligación garantizada sea entre particulares, es decir, si tanto el deudor como el acreedor garantizado son personas físicas que no actúan

en el ámbito de su esfera profesional o empresarial, según ha señalado la DGRN en las Resoluciones de 24 y de 31 de marzo de 2014. Considera que la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013 no distingue casos respecto de la necesidad de aportar certificado de tasación según que intervenga como acreedor o no una entidad financiera, y que su finalidad es proteger al deudor de un valor de subasta inadecuado, por lo que ha de exigirse siempre, pues esta normativa es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado.

En la Resolución de fecha 12 de septiembre de 2014 insiste la Dirección General de los Registros y del Notariado en que las normas procesales que regulan esta materia tienen carácter imperativo e inderogable por la voluntad de las partes, y que dado que la ley no distingue entre hipotecas entre particulares y aquéllas en las que el acreedor es una entidad financiera, será siempre necesario el certificado de tasación con independencia de la naturaleza del acreedor hipotecario. En relación con esta afirmación haremos, sin embargo, alguna reflexión en el epígrafe siguiente en cuanto a las hipotecas constituidas a favor de la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

3. Hipoteca con renuncia expresa del deudor y del acreedor al certificado de tasación

Conforme a lo explicado en los dos casos anteriores, dado el carácter imperativo e inderogable que la DGRN atribuye a esta normativa, si se pacta la posibilidad de ejecución de la hipoteca por la vía de los artículos 682 LEC y 129 LH (que son la práctica totalidad de los casos), no cabe la renuncia al certificado de tasación, ni por parte del acreedor como beneficiario de un documento que le asegura un valor objetivado del bien aceptado en garantía, ni por parte del hipotecante como beneficiario de un documento que le asegura el importe mínimo de precio de partida en una eventual subasta encaminada a realizar el valor del bien de su propiedad para saldar la deuda garantizada con el mismo y, caso de subasta desierta, el importe en el que el acreedor se adjudicará el bien. No cabe, por tanto, en escrituras de constitución de hipotecas entre «privados», ya sean personas físicas o jurídicas, entidades financieras o no, prescindir del certificado de tasación por voluntad de los interesados, si se pretende que tengan acceso al Registro de la Propiedad los pactos de ejecución hipotecaria directa judicial o extrajudicial. Se observa, pues, cómo en este ámbito el legislador ha desplazado la autonomía de la voluntad de los interesados en aras a la tutela de intereses que se entienden superiores.

4. Novación, con o sin ampliación de capital, de préstamo hipotecario

Hay que distinguir aquí dos supuestos, según que, junto con la novación y en su caso ampliación del préstamo, se modifique o no el tipo para la subasta del bien ya hipotecado:

a) En aquellos casos en los que se formalice una novación de las condiciones del préstamo garantizado con hipoteca, incluso en aquellos casos en los que simultáneamente se lleve a cabo además una ampliación del capital prestado y, por ende, garantizado con la hipoteca, y no se modifique el tipo para la subasta, *no será preceptivo aportar certificado de tasación*, entre otras así lo establecen las Res. de 29 de octubre y 9 de diciembre de 2013 y 18 de febrero de 2014. Entiende la DGRN que no es necesaria su aportación, pues en estos casos, dado que el tipo para subasta es mantenido por las partes, ninguna funcionalidad va a tener dicho certificado, en la medida que el tipo para subasta que publicita el Registro de la Propiedad en nada cambia.

Para ello, la DGRN se basa en la literalidad del artículo 682.2 LEC, que se refiere únicamente a la «*escritura de constitución de hipoteca*», por lo que entiende que no puede extenderse a otros actos otorgados con posterioridad durante la vida de la hipoteca, ni se exige tampoco su actualización en ningún caso. La referencia específica a la «*constitución*» de la hipoteca en el artículo 682.2.1.º LEC no incluye el supuesto (diferente al de la constitución) de la modificación de la hipoteca en diferentes variantes, entre ellas la mera novación modificativa, y tampoco la ampliación del préstamo o crédito con paralelo incremento de la responsabilidad hipotecaria. Atiende también a su contexto y a la significación jurídica del término «*constitución*», para inclinarse por la solución de no ser exigible el certificado de tasación en otros actos distintos de la constitución de la hipoteca.

En cuanto al *derecho transitorio*, es decir, respecto de *hipotecas previas a la reforma de la ley 1/2013*, es razonable que este criterio sentado por la DGRN se aplique tanto respecto de hipotecas constituidas antes como después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, pues nada se contempla en sentido contrario ni en el texto de la Ley 1/2013 ni tampoco en sus disposiciones transitorias, de manera que, respecto de novaciones de hipotecas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en las cuales se hubiera pactado un tipo para la subasta que hubiera sido inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que en la novación se modifique el mismo, aunque en dicha escritura de constitución no se hubiera recogido el correspondiente certificado de tasación, no será necesario aportarlo ahora, pues nada se cambia respecto a lo ya inscrito en cuanto a este punto. Puede ser que tal certificado con los requisitos legales no haya existido, pero es que, aunque lo hubiera hecho, a día de hoy ya no cumpliría los requisitos legales, pues estará caducado con seguridad. Y este razonamiento debe prevalecer por más que algunos registradores, sin base legal razonable, estén exigiendo en novaciones de hipotecas anteriores a la ley 1/2013 que se haga mención a que el notario ha tenido a la vista el certificado de tasación que se tuvo en cuenta al tiempo de constituir la hipoteca originaria, entendemos que para atenuar una suerte de temor a una posible responsabilidad no se sabe por qué razón.

Otra cosa es que, como aclara la mencionada Resolución de 18 de febrero de 2014 DGRN, en caso de que una hipoteca constituida antes de la reforma operada

por la Ley 1/2013 en un futuro se ejecutase, si bien no habría que tasar nuevamente la finca, siendo el valor de subasta el pactado inicialmente, sí habría que respetar los porcentajes que establece esta Ley 1/2013 respecto de las adjudicaciones en las subastas, es decir, los nuevos porcentajes de adjudicación establecidos por la referida ley respecto al valor de tasación serán aplicables a los procesos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la misma.

b) Por el contrario, en los supuestos en los que se formalice una novación de las condiciones del préstamo garantizado con hipoteca, con o sin ampliación del capital prestado, *y se modifique expresamente el tipo para la subasta* respecto al pactado en la escritura de constitución de hipoteca, *si que será preceptivo aportar certificado de tasación*. Justifica la DGRN esta interpretación, con razón, en que en tal caso se estaría modificando expresamente uno de los elementos previstos en la escritura de constitución, que requeriría en tal caso que se cumplieran los requisitos relativos al valor de subasta cuando éste se modifica conforme a la normativa vigente.

Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que *los pactos de ejecución* judicial directa o extrajudicial no figurasen en la escritura de constitución inicial y *se incorporen en la escritura de novación*, es decir, si dichos pactos se integran en la configuración del derecho real de hipoteca con ocasión de una novación o ampliación posterior, pues en tales supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos.

5. Hipoteca de finca calificada de protección oficial

Es éste un supuesto en que la DGRN se aparta de la exigencia de aportar en todo caso el certificado de tasación en la escritura de constitución de hipoteca para fijar el tipo para subasta, quizá porque tuvo ocasión de aclararlo antes de la sucesión de Resoluciones dictadas a lo largo de este año 2014, y considera que el documento oficial en que consta el precio máximo de venta de la vivienda de Protección Oficial fijado por el órgano administrativo que ha concedido la calificación de vivienda protegida y que las partes han pactado como valor de tasación, a efectos de dichos procedimientos de ejecución judicial y venta extrajudicial (aceptado por tanto por la entidad acreedora), refleja una tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, de manera que en estos casos no será necesario aportar además certificado de tasación.

Entiende la DGRN en la Resolución de 21 de noviembre de 2013 que, y transcribimos por su claridad: «si las partes se han inclinado por acordar como precio

de subasta el precio legalmente establecido como máximo, la valoración es asimismo legal, a efectos de establecer el precio de salida de la subasta. Y siendo el precio legal y tasado o normado, cumple los caracteres que la legislación del mercado hipotecario establece para la fijación de las valoraciones (...) la tasación realizada por el organismo competente en materia de vivienda de Protección Oficial como precio máximo de la misma, presentado por el propietario de la vivienda y aceptado por la entidad acreedora, cumple los requisitos de la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo. A ello hay que añadir que en ningún momento el legislador se refiere a un determinado tasador, sino que se refiere a la “tasación” misma, y ésta, según lo dicho, cumple los mismos requisitos que la Ley 2/1981, de 25 de marzo (...) En consecuencia, la tasación resultante del organismo público cumple sobradamente los requisitos exigidos por el artículo 682.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria y debe ser considerada una “tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981”, teniendo en cuenta la competencia del órgano público y la naturaleza especial con precio tasado o normado del bien hipotecado».

En definitiva, la DGRN equipara los efectos de ese documento administrativo de calificación como protegida de la finca en el que conste el precio máximo legal de venta con el del certificado de tasación que reúna los requisitos legales, prevaleciendo de alguna manera el carácter imperativo y tuitivo de la legislación sobre viviendas de protección oficial respecto al carácter imperativo y tuitivo que atribuye a la normativa recogida en la Ley 1/2013, a nuestro juicio acertadamente, pues en materia de vivienda protegida los intereses afectados son más sensibles al afectar a un colectivo como es el destinatario de la viviendas de protección oficial que merece una especial consideración por parte del ordenamiento jurídico. En todo caso hay que recordar que es igualmente posible, y de hecho es habitual en los despachos notariales, el caso inverso, es decir, hipotecas sobre vivienda protegida en las que se recoge una cláusula de apoderamiento a la entidad acreedora para tramitar la descalificación de la vivienda si el préstamo garantizado se incumpliera y hubiera que iniciar la ejecución hipotecaria, y se aporta un certificado de tasación en el que se contempla el valor de la vivienda en dos escenarios, bajo el régimen de protección y como si no tuviera tal calificación de protegida por el cual se opta para fijar el tipo de subasta. Surge aquí la duda de cómo actuar cuando al notario le conste de la documentación aportada un precio legal de venta máximo inferior al fijado como tipo a la subasta, pues en esta Resolución afirma la DGRN que «en ningún caso cabe que se haga constar en la inscripción un precio de tasación superior al precio máximo que consta en el documento administrativo de calificación definitiva, porque implicaría una vulneración de la normativa legal que no es posible tratándose de los asientos registrales en que debe imperar la legalidad». La solución podría ser el consignar como tipo para subasta el pactado por las partes, en previsión de una eventual descalificación con vistas a la ejecución de la finca, sin perjuicio de dejar protocolizado en la escritu-

ra dicho documento administrativo, que desplegaría sus efectos en cuanto a la valoración de la finca protegida si, llegado el momento de la ejecución hipotecaria por impago de la deuda e iniciado por la entidad acreedora el proceso de descalificación de la finca hipotecada, dicha descalificación no se hubiera producido al tiempo de la subasta. En tal caso parece que no podría admitirse como tipo para la subasta un valor superior al máximo legal establecido para la finca calificada de protegida por más que así se hubiera pactado al tiempo de constituirse la hipoteca, de manera que la adjudicación no podrá efectuarse por un importe superior al máximo legal, que figuraría en la escritura de constitución de hipoteca, pues el hecho de que la enajenación sea forzosa en lugar de voluntaria no hace decaer el régimen de protección oficial y no puede ser la ejecución hipotecaria un mecanismo para eludir los límites legales a los precios de venta de las viviendas protegidas.

6. Hipoteca sobre obra nueva en construcción

La DGRN ha entendido en la discutible Resolución de 4 de junio de 2014, para un supuesto de hipoteca sobre un edificio en construcción, que *no es admisible*, a efectos de inscribir los pactos de ejecución directa judicial y extrajudicial, establecer como precio en el que los interesados tasan la finca hipotecada para que sirva de tipo de subasta que en su caso corresponda, el de su valor de tasación, fijándose para ello dos valores distintos: el actual de la finca hipotecada, en construcción, y el hipotético una vez terminada la construcción del edificio, contenidos ambos en el certificado de tasación incorporado a la escritura.

Es decir, en el caso de hipoteca sobre una obra nueva en construcción no pueden fijarse en la escritura de constitución de la hipoteca dos valores de tasación a efectos de subasta, uno para la fase temporal de la finca en construcción y otro para el supuesto de terminación de la misma, aun cuando los mismos estén recogidos en el correspondiente certificado de tasación protocolizado a la escritura, sino que entiende la DGRN que lo que deberá hacerse es fijar en el momento de otorgarse la escritura de constitución de la hipoteca el tipo para subasta conforme a la tasación actual, es decir, conforme a la realidad de ese momento de la finca, en fase de construcción, y cuando la construcción se termine deberá fijarse el tipo para subasta definitivo con relación a la tasación de la edificación en ese momento ya terminada, debiendo consignarse el mismo, sugiere el Centro Directivo, en el acta por la que se acredite el fin de obra. Se apoya para ello en una interpretación literalista y formal del artículo 682.2 LEC, que menciona la fijación de un solo valor de tasación, considerando indeterminado, provisional y fluctuante el concepto «valoración hipotética una vez terminada la obra». En definitiva, entiende que la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como

valor de tasación a efectos de subasta. Y considera que lo más idóneo es entender que sea la última tasación a realizar, contra la que se efectúa la entrega final de fondos, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada como actual. En cuanto a la forma de acreditar esta última tasación, considera que lo adecuado es que quede incorporada al acta de terminación de obra, o al acta de entrega final que en su caso se estipule.

Desde luego que esta interpretación, lejos de responder a un adecuado cumplimiento de los objetos de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, lo que hace es dificultar y encarecer el desenvolvimiento de las hipotecas que financian la construcción de edificaciones, con unas peligrosas derivaciones fiscales que analizaremos en el último epígrafe de este trabajo, y sin que sea posible apreciar en qué protegen al deudor las exigencias derivadas de esta resolución, cuando la estimación del valor del edificio terminado se está efectuando por un tasador profesional e independiente para cuya estimación tiene en cuenta todos los factores que van a conducir a la fijación de ese valor de tasación cuando la edificación esté finalizada. El argumento de que el valor que se fije para el supuesto de edificio terminado en el certificado que se aporte a la constitución de la hipoteca pueda no contemplar la terminación con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia, o incluso la ampliación y mejora en relación a dicho proyecto, no se sostiene, pues en estos casos se tramitará con seguridad un nuevo certificado de tasación cuando la edificación se termine y, conforme al mismo, se modificaría el tipo para la subasta.

VI. CASOS DUDOSOS NO RESUELTOS TODAVÍA POR LA DGRN NI POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

1. Hipoteca sobre finca que es objeto de obra nueva ampliada

Supuesto directamente relacionado con el analizado con el número 6 del epígrafe V es el de ampliación de obra o edificación ya hipotecada. En estos supuestos, siempre que conforme al artículo 112 LH se haya pactado la extensión de la hipoteca a nuevas construcciones, dicha extensión no planteará problemas siempre que la ampliación de obra la realice el deudor que originariamente suscribió el préstamo garantizado con la hipoteca, o quien se subrogue en su lugar, no así si las mismas son efectuadas por «tercer poseedor», pues en tal caso el pacto de extensión no será admisible. Efectuándose por el deudor hipotecante o su subrogado, en lo que a este trabajo interesa, se plantea la duda de si habrá en tal caso que aportar un nuevo certificado de tasación para fijar un nuevo tipo para subasta conforme a la realidad de la obra nueva ampliada una vez que la misma se finalice. Así, para dar una adecuada respuesta, hay que distinguir varios supuestos:

a) Puede ser que para financiar dicha ampliación de obra no se precise financiación hipotecaria adicional, supuesto en el que entendemos que, dado que no se modifica nada relativo a la garantía hipotecaria inscrita, no sería necesario efectuar una nueva tasación que diera lugar a una actualización del tipo de subasta, sin perjuicio que entendamos que ello sería deseable para el deudor, pues de lo contrario se encontraría con que el bien hipotecado ha aumentado de valor, pero sin embargo, en una eventual subasta el tipo de partida y los porcentajes de posible adjudicación al acreedor tendrán como referencia un importe desfasado, que no corresponde con el valor del inmueble. En relación con este punto interesa mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 2008, que señaló (con el carácter de *obiter dicta*) que, en principio, la cláusula que extiende la hipoteca a construcciones futuras no tiene por qué ser necesariamente abusiva, aunque pudiera serlo si no añade a tal previsión un ajuste a esos efectos de valor de tasación para que sirva de tipo a la subasta, en los términos previstos en el artículo 682 LEC; es decir, que parece que la falta de previsión de la revisión del valor de tasación y del valor que sirva de tipo a la subasta en una escritura de hipoteca en la que se prevea la extensión de la hipoteca a edificaciones futuras, ante la existencia de esas nuevas edificaciones podría vulnerar lo dispuesto en el artículo 682 LEC, atendiendo la finalidad de esa norma, que es la de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sea protegidos de manera adecuada en su conjunto, y en su conjunto igualmente se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución en beneficio del acreedor.

b) Puede ocurrir que para dicha ampliación de obra se precise financiación hipotecaria, y se opte por la vía de ampliar el préstamo garantizado con la hipoteca ya recayente sobre la finca, es decir, que se amplíe la hipoteca para financiar la ampliación de la obra nueva. Aún cuando la DGRN no ha dado todavía respuesta exacta al mismo, parece razonable entender que resolverá siguiendo la misma línea de argumentación que la llevada a cabo para el caso de modificación del tipo para subasta respecto al que figura ya inscrito en el Registro de la Propiedad y de hipoteca sobre obra nueva en construcción, de manera que en la escritura en que se formalice la ampliación de préstamo y de responsabilidad hipotecaria podrá, bien fijarse un nuevo valor de subasta con referencia al valor de tasación según la situación de la ampliación de obra en fase de construcción, y a la finalización de la ampliación de obra se fijará un nuevo y definitivo tipo para subasta, o bien podrá optarse por no modificar el tipo de subasta en la escritura de ampliación de hipoteca y esperar a terminar la obra para entonces modificar el tipo de subasta adaptándolo a la tasación que tenga la edificación una vez finalizada la ampliación. Lo que es seguro es que el tipo pactado con relación a la edificación originaria no responderá a la realidad constructiva de la finca hipotecada una vez finalizada la ampliación, y será conveniente e incluso necesario modificarlo.

c) Por último, puede ser que para dicha ampliación de obra se precise financiación hipotecaria y se opte por la vía de formalizar un segundo préstamo hipo-

tecario sobre la misma finca. En este supuesto en que la ampliación de la obra se financia con una segunda hipoteca sobre la finca cuya edificación se amplía, para esta segunda hipoteca parece que deberán seguirse en relación con la tasación igualmente los mismos pasos que para la constitución de cualquier hipoteca, conforme venimos exponiendo en estas líneas. Sin embargo, se plantea la cuestión de qué ocurre con el tipo para subasta fijado para la primera hipoteca, que por virtud de esta segunda no queda automáticamente alterado (salvo lógicamente si así se pactara), con el consiguiente perjuicio para el deudor, pues en caso de impago y ejecución de la primera de las hipotecas el precio de partida para la subasta será inferior al correspondiente a la segunda y más actual tasación, una tasación inscrita en el Registro de la Propiedad y por tanto conocida por el acreedor, que si es el mismo habrá sido además por él lógicamente aceptada. Para un supuesto como el comentado en este apartado, en el que el banco acreedor de la primera y la segunda hipoteca es el mismo, hemos encontrado un pronunciamiento judicial interesante, el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, de fecha 1 de septiembre de 2014, que entiende que si la primera hipoteca recoge el pacto de extensión de la hipoteca a edificaciones futuras, considera abusivo que tal pacto no prevea que, para el caso de que se lleguen a construir nuevas edificaciones, ello no implique una revisión del tipo fijado para la subasta en esa primera hipoteca, pues «el mantener el tipo establecido cuando tales edificaciones no existían, en caso de que el inmueble finalmente se subaste producirá un importante desequilibrio a favor del banco y en perjuicio de los ejecutados, pues se subastaría el inmueble hipotecado por un valor muy inferior al inicialmente tasado, que necesariamente tuvo que verse incrementado con las nuevas edificaciones». Veremos cómo se pronuncia en este tema la jurisprudencia superior.

2. Distribución de responsabilidad hipotecaria y correlativa distribución del tipo de subasta entre las fincas resultantes de la división

Un supuesto diferente al contemplado en el apartado anterior, aunque probablemente conectado temporalmente con el mismo como paso siguiente dentro de un proceso de promoción inmobiliaria, es el de cómo consignar el tipo para subasta en el caso de distribución de la responsabilidad hipotecaria de un edificio en construcción hipotecado entre los distintos departamentos en que se divida horizontalmente, cuando dicha distribución, al amparo del artículo 234 del Reglamento Hipotecario, se efectúa en documento privado con firma legitimada notarialmente. Este caso no nos consta que haya sido todavía abordado por la DGRN ni que exista jurisprudencia al respecto. Para abordarlo, hay que fijar el punto de partida, que será que existe una hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad que garantiza unas determinadas cantidades globales (la responsabilidad hipotecaria total, que con la distribución pasan a individualizarse sobre cada elemento de la división horizontal), y respecto de la cual acreedor y hipotecante han fijado

de común acuerdo un domicilio para notificaciones y un tipo para la subasta, tipo que en la generalidad de los casos se refiere al edificio en su conjunto. Tras la distribución de responsabilidad entre los distintos departamentos de la propiedad horizontal surge la necesidad de especificar el tipo para subasta de cada uno de dichos departamentos para dotar al acreedor hipotecario de todos los requisitos procesales para el ejercicio de la acción hipotecaria por los cauces prevenidos en los artículos 682 LEC y 129 LH.

Hay quienes entienden que dicha asignación de los tipos de subasta tras la distribución de responsabilidad puede hacerse en documento privado (así, Manuel PARGA LÓPEZ²), pues si por medio de documento privado puede formalizarse el negocio jurídico de mayor entidad (la distribución de responsabilidad hipotecaria) con más razón debe poder efectuarse a través del mismo cauce documental el negocio de menor entidad y de carácter además puramente procesal (la fijación del tipo para subasta). Existen en este sentido algunos pronunciamientos judiciales, anteriores a la ley 1/2013, que han admitido despachar la ejecución hipotecaria aún constando la tasación en documento privado, como el Auto de 17 de agosto de 2008 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (recurso 700/2007), el Auto de 29 de septiembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (292/2009), y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de junio de 2012 (recurso 139/2011), aunque hay que apuntar que también existen otros en sentido contrario a admitir dicho despacho.

Consideramos, a la vista de la literalidad del artículo 682 LEC que exige que el precio que las partes fijen como tipo para la subasta de la finca conste en escritura pública, que la solución más prudente y correcta es la de otorgar una escritura, que será complementaria a dicha instancia privada, en la que se pacten por acreedor e hipotecante esos tipos de subasta con referencia al valor de tasación de cada una de las fincas resultantes de la propiedad horizontal, incorporándose a dicha escritura los correspondientes certificados de tasación ahora tramitados y por tanto en vigor. Dado que la consignación del tipo para subasta con relación a un valor de tasación es un requisito de carácter procesal, habrá que estar a la norma procesal que determine la manera en que debe cumplirse dicho requisito, y el mencionado artículo 682 LEC parece claro al respecto. Si bien no conocemos de pronunciamientos judiciales sobre supuestos en que el tipo de subasta conste en documento privado para ejecuciones posteriores a la reforma del 2013, lo prudente será consignar dicho requisito en documento público con relación al valor de tasación resultante del certificado de tasación que se protocolice al mismo. Ahora bien, esta solución aparentemente sencilla plantea dos cuestiones que complican la respuesta:

² PARGA LÓPEZ, Manuel: *La tasación para subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria*, noviembre 2013; [www. notariosregistradores.com](http://www.notariosregistradores.com).

- a) Puede ser que no se haya tramitado certificado de tasación para cada una de dichas fincas a la hora de efectuar la distribución de la responsabilidad hipotecaria. De hecho, es frecuente que esto ocurra por dos razones fundamentales: evitarle al promotor gastos adicionales y, en un mercado inmobiliario como el actual, soslayar una disminución del tipo para subasta (con el consiguiente eventual perjuicio para el deudor en caso de ejecución por impago) como consecuencia de la caída de los valores de tasación. En este caso, si al tiempo de constituir la hipoteca «global» se fijó en la escritura el tipo para subasta del edificio en su conjunto y se recogió el certificado de tasación en el que constara el valor del edificio y además el valor individual de cada una de las fincas resultantes de la futura división horizontal, podría defenderse que, en la escritura en la que se fijen los tipos para subasta, éstos se establezcan con relación a la tasación ya efectuada en su día en debida forma, sobre todo si los mismos coinciden con dichas valoraciones, y sin que sea necesario aportar nuevos certificados de tasación, pues dicha tasación ya se hizo en su día. Por el contrario, si en dicha escritura originaria de constitución de hipoteca no se protocolizó certificado de tasación que contemplara los valores de los distintos departamentos, entendemos que, para establecer el tipo de subasta de los mismos ahora en la distribución de responsabilidad, sería necesario otorgar escritura de fijación de los tipos de subasta en la que se protocolizaran los correspondientes certificados de tasación, de manera que no podría obviarse la tramitación de los mismos.
- b) Complica también la respuesta ciertas interpretaciones que la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) y algunos órganos jurisdiccionales han efectuado de estas escrituras de fijación del tipo para subasta, en cuanto a su tratamiento fiscal, al considerarlas como documentos sujetos a AJD, por el importe de los tipos para subasta ahora asignados a cada finca. Siendo muy discutible esta interpretación sobre la que volveremos en el último epígrafe de este trabajo, baste ahora decir que como consecuencia de la misma se ha forzado la práctica de fijar tipos para subasta en la instancia privada de distribución de responsabilidad, con las dudas prácticas que ello plantea y acabamos de exponer.

Como alternativa al otorgamiento de una escritura de fijación de los tipos para subasta, que puede ser objeto de tributación por AJD, se ha planteado la opción de otorgar una escritura de protocolización de la instancia privada de distribución de responsabilidad en la que figuren los tipos para subasta, una vez que haya sido ya inscrita en el Registro de la Propiedad, junto con los correspondientes certificados de tasación, puesto que dicha instancia ya habrá sido presentada como «no sujeta» en la oficina liquidadora del impuesto a fin de obtener su inscripción.

3. Hipotecas a favor de la Hacienda Pública y/o la Seguridad Social

Las hipotecas a favor de estas entidades de Derecho Público están sujetas en alguno de sus aspectos a ciertas particularidades, que en lo que aquí interesa consisten en que se otorgan habitualmente con carácter unilateral por el deudor, sobre la base de una resolución de Hacienda o de la Seguridad Social en la que se autoriza un aplazamiento en el pago del débito fiscal o de seguridad social a condición de que el deudor aporte garantía hipotecaria previamente autorizada por el organismo competente de la corporación acreedora. En dicha resolución se suele identificar el bien que va a ser objeto de hipoteca y las cantidades y conceptos a garantizar, pero no se fija el valor ni la tasación del mismo, ni por tanto el tipo para subasta que por tanto efectúa el deudor verdaderamente de manera unilateral. Además, los cauces que se fijan en las escrituras de constitución de este tipo de hipotecas para hacer efectiva la garantía hipotecaria por vía de ejecución son los habituales de ejecución directa judicial y extrajudicial, y además se establecen los cauces «privilegiados» con los que cuenta el acreedor público regulados en la Ley General Tributaria y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio (arts. 74 y 97 y siguientes), o en el caso de la Seguridad Social, en el Reglamento general de recaudación de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (artículos 88 y 110 y siguientes).

Pues bien, se plantea la duda de si en este tipo de hipotecas debe exigirse igualmente que el deudor aporte certificado de tasación y que el tipo para subasta que se fije en la escritura respete los porcentajes que señala el artículo 682.2 LEC. Desde luego que, si se aporta, será una cuestión que no se planteará, pero si no aportara certificado de tasación o el aportado estuviera caducado, ¿cómo se debe proceder? Lo que es indudable es que la escritura puede y debe otorgarse. Lo que es probable es que los pactos de ejecución directa no sean inscritos por el registrador, pero surge aquí la duda: ¿es razonable privar a la Hacienda Pública de dichos cauces de ejecución por la sola voluntad del deudor de no aportar certificado de tasación, habida cuenta además de la especial naturaleza de la obligación garantizada, derecho de cobro a favor del fisco o de la Seguridad Social, de indudable «interés público»? La respuesta no nos parece clara. Se podría argumentar que, en realidad, no hay lesión para Hacienda o para la Seguridad Social, pues cuentan con unos cauces propios alternativos de ejecución regulados en las normas referidas, pero lo cierto es que en la escritura de hipoteca se están pactando como vías de ejecución hipotecaria las habituales de toda hipoteca, y si es así es porque Hacienda o la Seguridad Social las contemplan como alternativas posibles para hacer efectiva la garantía hipotecaria en caso de incumplimiento por el deudor de su compromiso de pago, y no parece razonable privarles de tal opción por una decisión del deudor. Aquí los intereses a tutelar no están cualitativamente en el mismo plano, pues el derecho de cobro de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social atiende a unos indudables intereses colectivos, y en este sentido la

interpretación efectuada por la DGRN de la finalidad de la reforma operada por la Ley 1/2013 y su carácter imperativo deben ser ponderados.

4. Caducidad del certificado de tasación existente y no aportado en la constitución de la hipoteca

En el supuesto, ya apuntado antes, de hipoteca en la que se fije un tipo para subasta del bien hipotecado dentro de los porcentajes que señala la LEC con relación a un certificado de tasación existente, pero no aportado a la firma (es decir, *tasación existente pero no acreditada*), si cuando se aporte ese certificado de tasación para su incorporación por medio de diligencia a la escritura de constitución de hipoteca, o bien mediante la oportuna escritura de complemento, ese certificado está ya caducado, surge la duda de admitirlo o no. Creemos que, si dicho certificado estaba en vigor al tiempo del otorgamiento de la escritura, debería ser aceptado, por un argumento análogo al efectuado en el apartado 8 del Epígrafe IV, ya que es en el momento del otorgamiento de la escritura cuando se lleva a cabo la prestación de consentimiento por las partes, que se extiende a la fijación del tipo para la subasta que debe efectuarse dentro de los porcentajes antes referidos respecto al valor de tasación, y esto nos lleva a afirmar que si tal circunstancia se produjera, ello no debería ser óbice a la inscripción.

VII. CONTROL JUDICIAL DE ABUSIVIDAD DE LA TASACIÓN

El control judicial sobre la posible abusividad de ciertas cláusulas de los préstamos hipotecarios, que en los últimos tiempos se ha desplegado con especial intensidad a raíz de la controversia sobre las cláusulas suelo, también ha llegado a la cláusula relativa a la tasación del bien hipotecado, sobre todo debido a las disfunciones que han generado los drásticos descensos de los precios de mercado en el mercado inmobiliario. No existen todavía pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal sobre este concreto tema, si bien empiezan a emitirse resoluciones judiciales por parte de juzgados de Primera Instancia y de Audiencias Provinciales que van marcando una línea orientativa sobre esta materia, destacando dos autos de la Audiencia de Barcelona que aquí resumimos en los aspectos más relevantes:

1. Se puede extraer como primera conclusión que, en cuanto al *control de inclusión o inserción*, la práctica bancaria de fijar en las escrituras el tipo para la subasta con referencia a un valor de tasación establecido en otra cláusula de la escritura alejada de las relativas a los pactos relacionados con la ejecución hipotecaria, normalmente en la parte expositiva a continuación de la descripción de la finca objeto de hipoteca, no cumple con las exigencias de claridad y transparencia que exige la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contra-

tación, pues el deudor no tiene la oportunidad real de conocerla de manera completa al tiempo de la firma de la escritura. Así lo ha establecido expresamente el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de septiembre de 2014, número 252/2014, que entiende que “una cuestión tan relevante como la indicada (la fijación del tipo para subasta) se determina por reenvío a otra cláusula de la escritura de hipoteca que sólo tras la consiguiente labor de búsqueda y localización permite saber cuál fue la cantidad en que se tasaba la finca” y ello no cumple con las exigencias establecidas por la mencionada Ley 7/1998.

2. Como segunda conclusión, en relación con el *control de contenido o de abusividad*, este mismo auto considera que la práctica de fijar como tipo de tasación para la subasta el de la responsabilidad por principal (habitual de una concreta entidad bancaria antes de la reforma operada por la Ley 1/2013), con independencia del que resultara del certificado de tasación, es nula por abusiva, pues causaba al deudor un perjuicio evidente dado que el tipo inicial de subasta sería sensiblemente inferior al valor real de la finca hipotecada, con los consiguientes perjuicios para el mismo en caso de subasta sin postores y adjudicación al acreedor por el porcentaje establecido legalmente, todo lo cual lleva aparejado la nulidad de la cláusula de tasación y, por tanto, queda vedada a la entidad acreedora la vía privilegiada de la ejecución hipotecaria. En todo caso, estos supuestos ya no son posibles desde la reforma operada en el artículo 682 de la LEC por la Ley 1/2013, por lo que estas conclusiones quedan referidas a las ejecuciones hipotecarias de hipotecas concertadas antes de la entrada en vigor de la referida Ley 1/2013.

Algo más de interés *a futuro* tienen tanto la interpretación recogida en el auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Palma de Mallorca, ya analizado en el apartado 1.c) del epígrafe V para un supuesto de segunda hipoteca para financiar una ampliación de obra, como el auto de la Audiencia de Barcelona de 13 de octubre de 2014, número 281/2014, que para un supuesto de venta con subrogación en el que el tipo de subasta establecido en la escritura de constitución de hipoteca no se modifica al tiempo de la subrogación, viene a considerar que:

- Si el deudor se subroga en la hipoteca del transmitente, no se puede entender que el tipo de tasación para subasta sea abusivo por no haber sido negociado individualmente por el nuevo deudor, pues el mismo ha tenido la opción de negociar una nueva hipoteca, y al aceptar la subrogación se entiende que también ha aceptado la negociación de dicha cláusula de fijación del tipo de subasta que en su momento hizo el vendedor con la entidad prestamista.
- Si en el momento de la subrogación la finca ha aumentado de valor respecto a cuando fue objeto de tasación para la constitución de la hipoteca y el tipo para subasta no se modifica, esto no comporta que se esté cau-

sando un grave perjuicio al nuevo deudor subrogado ni un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, pues esa variación en el valor de mercado, es decir, en el precio del bien hipotecado, puede fluctuar tanto al alza como a la baja y, consecuentemente, tanto perjudicar como beneficiar a cualquiera de los contratantes, por lo que dicho tipo para subasta fijado *ab initio* al tiempo de constituirse la hipoteca no puede calificarse de abusivo. Sólo podría considerarse que hay abusividad si el tipo de subasta fijado en la escritura de constitución de la hipoteca hubiera sido muy inferior al establecido en otro certificado de tasación del mismo inmueble de esa misma fecha, pero nunca si el certificado de comparación es de años posteriores. Y es por ello que, aunque se ha discutido por la doctrina y la jurisprudencia si era razonable la permanencia del tipo de subasta invariable a lo largo de la vida del contrato de préstamo hipotecario (en este sentido, Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2008, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993), dado que estas variaciones pueden beneficiar y correlativamente perjudicar a cualquiera de las partes, se ha optado por no llevar a cabo ninguna reforma legislativa al respecto. En relación con este punto queremos mencionar la anulación por los tribunales de Justicia de numerosas Resoluciones de la DGRN en las que se había calificado como admisible el pacto que obligaba a revisar el valor de tasación de la finca hipotecada para actualizarlo al valor de mercado.

Queda en todo caso por ver cómo se pronunciará el Tribunal Supremo en esta materia.

VIII. ASPECTOS FISCALES DERIVADOS DE LA MODIFICACIÓN DEL VALOR DE TASACIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Que la fijación del tipo de subasta en la misma escritura de constitución de hipoteca es un acto fiscalmente neutro no plantea duda al respecto, estando únicamente sujeta a tributación por Actos Jurídicos Documentados (AJD) en la modalidad de cuota gradual la constitución de la garantía hipotecaria.

Este punto de partida pacífico en la práctica jurídica, sin embargo, se complica cuando el tipo para subasta es objeto de fijación o de modificación una vez ya inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, como ocurre en los casos en los que al hilo de una novación de hipoteca se aprovecha para actualizar el tipo de subasta del inmueble al nuevo valor de mercado que tiene el mismo, o en los casos de división horizontal y consiguiente distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas resultantes de dicha división, con fijación del tipo de subasta para cada una de dichas fincas:

A) La opinión doctrinal mayoritaria (así, podemos citar a Joaquín ZEJALBO MARTÍN³, Manuel PARGA LÓPEZ⁴ o Alfonso VENTOSO ESCRIBANO⁵) considera que la modificación *a posteriori* del tipo de subasta ya inscrito, o la fijación del mismo para los diferentes departamentos de una propiedad horizontal en los casos de distribución de responsabilidad hipotecaria, no debería tributar por el concepto AJD, ni siquiera cuando dicha modificación o fijación se efectúe en escritura pública. El argumento fundamental es que dicha escritura no contiene por sí misma un acto valuable económicamente independiente y autónomo respecto a la hipoteca de la que el tipo de subasta no es más que un requisito procesal, de manera que la escritura que documente el nuevo tipo para subasta de la finca hipotecada carece de efectos reales, pues no conlleva una mutación jurídico-real del derecho de hipoteca inscrito, no implica modificación de la responsabilidad hipotecaria, y por tanto no supone un negocio jurídico nuevo que recaiga sobre cosa u objeto valuable, ni tampoco modifica o altera el contenido del que ya está inscrito en el Registro de la Propiedad que es la hipoteca, sino que su eficacia es puramente procesal.

B) Esta interpretación era además seguida por la Doctrina Administrativa de manera relativamente pacífica. La Resolución del TEAC de 12 de mayo de 2009 (núm. 7209/2008) consideró que la escritura pública que incorpora la tasación a efectos de subasta con posterioridad a la redistribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado no cumplía con los requisitos establecidos por el artículo 31.2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisión Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RDL 1/2003), por no tener dicha escritura por objeto cantidad o cosa valuable al no contener un negocio jurídico nuevo y entender que el contenido económico de la operación se hallaba en la redistribución de la responsabilidad hipotecaria recogida en la instancia privada, y no en la fijación del tipo para subasta, que según afirmó el TEAC no constituía una convención que modificara o alterara los contenidos del negocio jurídico. Siguiendo esta línea, la DGT, en la Consulta V2966-11, de 20 de diciembre de 2011, para un supuesto de inclusión *a posteriori* del pacto de ejecución extrajudicial parecía considerar como no sujeta a AJD la modificación del valor de tasación de finca hipotecada por entender que dicha escritura no tenía por objeto cantidad o cosa valuable. En una postura similar, la Agencia Tributaria de Cataluña, en respuesta a la consulta 2014, de 4 de febrero de 2014, ha considerado que se encuentra no sujeta a AJD la escritura de protocolización del documento privado por el que se practica la distribución de responsabilidad hipotecaria ya inscrito en el Registro y en el que constan los tipos para subasta de los distintos departamentos de la propiedad horizontal, y ello por entender que la instancia privada inscrita y ahora protocolizada ya ha producido todos los efectos jurídicos pretendidos.

³ ZEJALBO MARTÍN, Joaquín: *Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios*, agosto 2014; www.notariosregistradores.com.

⁴ PARGA LÓPEZ, Manuel: obra citada *supra*.

⁵ VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: *Tasación en documento público para la ejecución hipotecaria*, noviembre 2014; www.notariosregistradores.com.

Las dudas, sin embargo, han surgido a raíz de la Consulta de la DGT V1221-2014, de 7 de mayo de 2014, en la que la DGT se aparta de la línea interpretativa apuntada y pasa a considerar que la escritura que documente la modificación del valor de tasación del inmueble hipotecado está sujeta a la cuota gradual de AJD por entender que concurren los cuatro requisitos que establece el artículo 31.2 del TR Ley ITP y AJD, y no siendo de aplicación la exención establecida en el artículo 9 de la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Es decir, considera que la modificación del tipo de subasta de la finca hipotecada, aún cuando la misma vaya incluida en una escritura en la que se formalice además novación de tipo de interés y de plazo del préstamo garantizado con dicha hipoteca, quedará sujeta a AJD, pues la exención que el artículo 9 de la Ley 2/1994 establece para las novaciones de plazo, interés o método de amortización, no se extiende a la modificación del tipo de subasta por no estar contemplado en dicho artículo y no poder aplicarse la analogía, de forma que dicha modificación del valor de tasación y consiguientemente del tipo de subasta determina una nueva liquidación por AJD, siendo la base imponible el saldo pendiente de pago, más los intereses, costas y gastos que se establezcan.

C) En cuanto a la línea interpretativa seguida por los Tribunales de Justicia en esta materia, nos encontramos con jurisprudencia menor contradictoria, no existiendo un pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto que haya disipado las dudas derivadas de esta dispersión interpretativa. Así, como partidarias de someter a tributación por AJD este tipo de escrituras, podemos mencionar las siguientes resoluciones judiciales de interés:

- La sentencia del TSJ de Castilla León, sede Burgos, de 13 de mayo de 2011 (recurso 56/2010) calificó como sujeta a AJD-cuota gradual la escritura por la que se fija el valor de tasación para subasta de los distintos inmuebles resultantes de la división horizontal.
- La sentencia del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 11 de octubre de 2013 (recurso 509/2011), que en relación con un supuesto de distribución de responsabilidad hipotecaria de una propiedad horizontal mediante documento privado de misma fecha que la escritura a la que se había incorporado documento unido en el que constaban los valores de tasación de cada finca resultante de la división, consideró que dicha escritura estaba sujeta a AJD-cuota gradual, por entender que esta escritura en la que se procedía a fijar los valores de tasación para subasta de las distintas fincas de la propiedad horizontal documentaba un acto que tenía por objeto cantidad o cosa valuable y reunía los demás requisitos establecidos por el artículo 32 TR Ley ITP y AJD.
- En sentido similar, las sentencias del TSJ de Castilla León, sede Valladolid, de fecha 22 de julio de 2013 (recurso 1023/2010), y de fecha 30 de

mayo de 2014 (recurso 705/2011), que consideran sujeta a AJD la distribución de responsabilidad hipotecaria que conste en documento privado cuando en escritura pública, que se remita a dicho documento privado, aunque no se protocolice, se preste el consentimiento para la distribución hipotecaria, debiendo considerarse la instancia privada de distribución como anexo de la misma, se haya incorporado materialmente o no a la escritura.

Como resoluciones judiciales contrarias a sujetar estas escrituras de modificación del tipo de subasta del bien hipotecado a tributación, mencionar la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 4 de abril de 2014, que ha considerado en un supuesto de distribución de responsabilidad hipotecaria en instancia privada e incorporación a escritura pública, no de dicha instancia, sino del cuadro donde constan los valores para subasta de cada vivienda, que dicha escritura no queda sujeta a AJD, pues no constituye la tasación a efectos de subasta una convención que modifique los contenidos del negocio jurídico, que se han recogido en la instancia privada de distribución.

En definitiva, como vemos, es ésta una cuestión no pacífica actualmente en la doctrina administrativa y en la jurisprudencia fiscal, que de manera oscilante consideran que las escrituras de modificación o de fijación del tipo para subasta de finca ya hipotecada deben ser sometidas a tributación por AJD en la modalidad de cuota gradual, o no. Queremos subrayar que en este punto el hecho de que para resolver esta cuestión en un sentido u otro a lo que debe estarse a la verdadera naturaleza, significado y efectos del acto que documentan estas escrituras, que no es otro que el de establecer un requisito procesal para la efectividad de la garantía hipotecaria, la cual ha quedado definida en todos sus términos sustantivos en la escritura de constitución, que es cuando se pone de manifiesto la capacidad económica que justifica la existencia de un hecho imponible susceptible de ser sometido a tributación.

*(Trabajo recibido el 17/12/2014
y aceptado para su publicación el 31/12/2014)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

SOBRE EL REQUISITO DE LA SIMULTANEIDAD CUANDO LA HIPOTECA SE CONSTITUYE POR UN SUJETO PASIVO DE IVA CON POSTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE UN PRÉSTAMO CONCEDIDO POR UN PARTICULAR

JOAQUÍN ZEJALBO MARTÍN

Notario

RESUMEN

A pesar de la existencia de alguna opinión contraria, defendemos la posibilidad de que la hipoteca constituida por un empresario o profesional con posterioridad a la concesión de un préstamo por particular, no sujeto pasivo de IVA, no conlleve la tributación por AJD. Para llegar a dicha conclusión nos basamos en la aplicación del principio de unidad en la tributación del préstamo hipotecario, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, sin que el requisito de la simultaneidad, establecido exclusivamente para ITP en el artículo 25 del Reglamento del Impuesto de ITP y AJD pueda aplicarse por analogía en AJD o en IVA.

Palabras clave: Exención, préstamo hipotecario, no simultaneidad y actos jurídicos documentados.

ON THE REQUIREMENT FOR SIMULTANEITY WHEN A MORTGAGE IS ESTABLISHED BY A TAXPAYER LIABLE FOR VAT FOLLOWING THE EXECUTION OF LOAN GRANTED BY A PRIVATE INDIVIDUAL

ABSTRACT

Despite the existence of some opinions to the contrary, we defend the possibility that a mortgage established by a business owner or professional following the award of a loan by a private individual who is not a taxpayer liable for VAT does not entail taxation for documented legal acts (AJD stamp duty). In order to reach this conclusion, we have based our analysis on the application of the principle of unity in the taxation of mortgage loans,

JOAQUÍN ZEJALBO MARTÍN

duly recognized by the legal thinking and case law, without the possibility of applying the requirement for simultaneity, established exclusively for ITP (property transfer stamp duty) in article 25 of the Regulations on ITP and AJD taxes, by analogy in the case of AJD stamp duty or VAT.

Keywords: Exemption, mortgage loan, no simultaneity and documented legal acts.

SUMARIO: I. PRINCIPIOS GENERALES DE APLICACIÓN.—II. ESTUDIO DEL SUPUESTO CONCRETO.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE APLICACIÓN

La cuestión objeto de nuestro estudio trata de la tributación de la elevación a escritura pública del documento privado de otorgamiento de un préstamo concedido por un no sujeto pasivo de IVA, constituyéndose simultáneamente por el deudor, sujeto pasivo de IVA, una hipoteca que lo garantiza. Para el examen de la cuestión, a mi juicio, con arreglo a Derecho, hay que partir de los tres siguientes principios:

1. La sujeción de un préstamo a IVA o a ITP está determinada por la condición del prestamista: si éste es empresario, la operación está sujeta a IVA; si no es empresario, la operación está sujeta a ITP, con independencia de la exención del Impuesto que tiene la operación en ambos supuestos.

2. La sujeción de una garantía real o personal a ITP o a IVA igualmente depende de la condición del garante: si éste es sujeto pasivo de IVA, la operación se sujeta a IVA, con independencia de su exención; si, por el contrario, el garante es un particular, no sujeto pasivo de IVA, la operación estaría sujeta a ITP cuando no garantice simultáneamente un préstamo, crédito, reconocimiento de deuda o depósito retribuido. Prueba de lo anterior son las consideraciones de la sentencia del TSJ de Canarias, Sede de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de febrero de 2013, Recurso 112/2010: *«En cuanto a la pretendida no sujeción de la hipoteca constituida a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales del ITPAJD, es de aplicación la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, que fijó como doctrina legal la siguiente: El artículo 7.5 del TRITP AJD vincula la no sujeción al impuesto de transmisiones patrimoniales a la condición de empresario o profesional de quien constituye una fianza y no a la del sujeto pasivo del impuesto por tal operación. Trasladando a la presente litis tal doctrina, ha de concluirse que la no sujeción al ITP prevista en el artículo citado se vincula a la condición de empresario o profesional de quien constituye la hipoteca. Siendo que en la presente litis tal*

condición no concurre en quien constituyó la garantía real, no es de aplicación el supuesto de no sujeción previsto en el artículo 7.5 del TRLITP, sino que el impuesto en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales se devenga a cargo de aquel a cuyo favor se constituye la garantía, esto es, la entidad bancaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 c) del citado Texto Refundido».

Las conclusiones anteriores han sido reconocidas por la propia Dirección General de Tributos del Estado: la Consulta Tributaria Vinculante 1147-12, de 25 de febrero de 2012, dictada a propósito de un préstamo concedido por tres particulares no empresarios a una empresa que hipoteca un bien inmueble en garantía de dicho préstamo, ha declarado que dicho préstamo hipotecario está sujeto a ITP, exento de ITP, no sujeto a AJD, y que la garantía está sujeta a IVA y exenta del mismo. En definitiva, en estos préstamos hipotecarios no se paga absolutamente nada, y ello no es más que el resultado de la aplicación de los preceptos legales al caso contemplado. Si en vez de un préstamo estuviésemos en presencia de un reconocimiento de deuda, ocurriría exactamente lo mismo. Así lo ha reconocido la Consulta Tributaria efectuada a la Diputación Foral de Bizkaia de 7 de febrero de 2012, aplicando la normativa foral de Bizkaia de contenido similar a la norma estatal. En igual sentido que la Consulta vizcaína se puede citar la Resolución del TEAC de 17 de julio de 1997, contenida en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sede de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de julio de 2004, Recurso 1369/2001.

3. En el Impuesto de AJD, ha proclamado reiteradamente el Tribunal Supremo que impera el tratamiento unitario del préstamo y de la hipoteca, no pudiéndose gravar separadamente el préstamo y la hipoteca, su tratamiento fiscal es común, salvo que la Ley indique lo contrario, como ocurre en el caso antes visto de hipoteca en garantía de préstamo o crédito no simultáneo en el ITP.

II. ESTUDIO DEL SUPUESTO CONCRETO

Una vez expuestos estos principios entramos en el estudio del régimen fiscal del préstamo otorgado en documento privado por un no sujeto pasivo de IVA, que posteriormente es elevado a escritura pública, garantizándose mediante la constitución de una hipoteca simultánea a dicha elevación por parte de un sujeto pasivo de IVA, como es la sociedad deudora de dicho préstamo. Nosotros partimos de las siguientes conclusiones:

A) El préstamo concedido por un particular no sujeto pasivo de IVA, ya sea en escritura pública o en documento privado, con independencia de que el prestatario sea un sujeto pasivo de IVA o no, está sujeto a ITP y exento de este Impuesto, consecuentemente no está sujeto al Impuesto de AJD por dos circunstancias: no es inscribible y está sujeto a ITP, resultando lo anterior de los siguientes pre-

ceptos del Texto Refundido de ITP: artículo 7-1-B y artículo 45-1-B)¹⁵, que declara la exención de los préstamos *«cualquiera que sea la forma en que se instrumenten»*. A su vez, el artículo 74.1 del Reglamento del Impuesto sobre TPO y AJD declara la no sujeción a AJD de las primeras copias de escrituras notariales que documenten préstamos sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

B) Si el préstamo aludido se eleva a escritura pública y adquiere simultáneamente el carácter de hipotecario, el préstamo, que ahora se califica como hipotecario, sigue estando sujeto y exento de ITP, su sujeción y exención es independiente de su formalización o no en escritura pública. Al estar sujeto dicho préstamo hipotecario a ITP, pero exento, no está sujeto en este caso a AJD.

La hipoteca que garantiza el préstamo no está sujeta a ITP por la sencilla razón de que está sujeta al IVA como prestación de servicio, pero exenta del mismo, conforme dispone el artículo 20.1.18.f) de la Ley del IVA, que literalmente reconoce dicha exención: *«La prestación de fianzas, avales, cauciones y demás garantías reales o personales, así como la emisión, aviso, confirmación y demás operaciones relativas a los créditos documentarios»*.

Por razón de estar sujeta a IVA la constitución de dicha garantía, la misma no está sujeta a ITP en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.5 del Texto Refundido del Impuesto sobre TPO y AJD: *«No estarán sujetas al concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas”, regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido»*.

Al estar sujeta a IVA dicha garantía, no es de aplicación el requisito de la simultaneidad establecido en el artículo 25 del Reglamento del Impuesto, sólo aplicable a las garantías sujetas a ITP, no cabiendo por imperativo del artículo 14 de la Ley General Tributaria la aplicación de la analogía en la determinación del hecho imponible.

Por último, precisamos que no cabe la sujeción de la hipoteca que garantiza el préstamo al Impuesto de AJD, ello sería descomponer a efectos de AJD la uni-

dad que implica el préstamo hipotecario proclamada reiteradamente por el Tribunal Supremo y reconocida por la doctrina tributaria. No cabría decir que el préstamo no está sujeto a AJD por estar sujeto y exento de ITP y que la hipoteca sí está sujeta a AJD, cuando lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad es una unidad, el préstamo hipotecario, absorbiendo el préstamo la garantía constituida a su favor.

Lo anterior es constatado por los profesores José Luis MUÑOZ DEL CASTILLO, Marta VILLARÍN LAGOS y Carlos de PABLO VARONA al escribir que para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia «*los préstamos garantizados con hipoteca constituyen una unidad de concepto, y por ello deben recibir un tratamiento fiscal unitario. La hipoteca que acompaña a un préstamo debe correr la misma suerte, a efectos fiscales, que el propio préstamo al que garantiza, y esto es, precisamente, lo que establece la norma contenida en el artículo 15.1 del Texto Refundido respecto a las garantías, no empresariales y en principio sujetas al ITPO, de los préstamos. El préstamo, sea empresarial o no, absorbe la garantía desde el punto de vista fiscal, porque la garantía es accesoria con respecto al préstamo. Dicho en otras palabras, la garantía pierde autonomía fiscal para recibir el préstamo hipotecario un tratamiento fiscal conjunto, dada la atracción jurídica que ejerce el negocio principal sobre el negocio accesorio*»¹.

La prueba palmaria de la existencia legal de dicho principio, aplicable indistintamente a los préstamos empresariales o no empresariales con independencia de que su hipoteca sea empresarial o no empresarial, al no distinguir el precepto a este respecto, está en el artículo 74 del Reglamento del Impuesto de TPO, que reproducimos a continuación:

«Artículo 74. *Préstamos y empréstitos*

1. *Las primeras copias de escrituras notariales que documenten préstamos sujetos a la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas», incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos, no quedarán sujetas al gravamen gradual de «actos jurídicos documentados» sobre documentos notariales.*

2. *Las que documenten la constitución de préstamos sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido, incluso los representados por obligaciones, bonos, cédulas, pagarés y otros títulos análogos tributarán por el referido gravamen gradual cuando sean inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil.»*

¹ MUÑOZ DEL CASTILLO, VILLARÍN LAGOS y DE PABLO VARONA: *Comentarios al Impuesto sobre Patrimoniales Onerosa y Actos Jurídicos Documentados*, segunda edición, Thomson-Civitas, 2008, p. 590.

Del precepto resulta que los préstamos hipotecarios sujetos a ITP, con independencia de su exención en este impuesto, no tributan por Actos Jurídicos Documentados. Este es precisamente nuestro caso, con independencia de que su hipoteca esté sujeta y exenta de IVA. Si, por el contrario, el préstamo hipotecario estuviera sujeto a IVA por haber sido concedido por un sujeto pasivo de IVA, sí estaría sujeto a AJD el correspondiente préstamo hipotecario con independencia de que la garantía, a su vez, esté sujeta o no sujeta a IVA por razón de ser o no ser empresario el garante.

La razón de ser del tratamiento unitario del préstamo hipotecario en el Impuesto sobre AJD es lógica: el préstamo hipotecario se inscribe como una unidad en el Registro de la Propiedad, al no ser inscribible por separado ni el préstamo ni la hipoteca, por lo que al ser hipotecariamente una unidad, fiscalmente procede igualmente su tratamiento unitario, tanto para sujetar la operación a AJD como para no sujetarla. Esto es lo que hace el artículo 74 del Reglamento. Por ello, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de marzo de 2006, recurso 1839/2001, relativa a la constitución de una hipoteca en garantía de un préstamo empresarial que no se constituyó simultáneamente con su obligación —sustitución de garantía—, contempló el supuesto desde el punto de vista de AJD como una única operación, declarándose también que el sujeto pasivo era el prestatario.

Para el ITP, la cualidad del prestamista, en definitiva el préstamo, y no la garantía, es la que determina la sujeción o no de la operación a ITP, y, en consecuencia, en sentido inverso su sujeción a AJD o no. La razón es igualmente lógica: el préstamo es lo principal y la garantía lo accesorio, consagrando el Código Civil el principio de que lo accesorio sigue al principal: el crédito puede existir sin la garantía, mientras lo contrario no es posible.

Añadimos a lo anterior que una prueba de esta conclusión es lo dispuesto en los dos primeros apartados del artículo 74 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en el primero se declara —como hemos visto antes— la no sujeción a AJD de los préstamos sujetos a Transmisiones Patrimoniales, mientras que en el segundo se dispone la sujeción a AJD de los préstamos sujetos al IVA, es decir, de los préstamos hipotecarios concedidos por sujetos pasivos de IVA, por lo que a contrario no están sujetos a AJD los préstamos hipotecarios concedidos por particulares, sujetos a ITP. En realidad, dicha conclusión también resulta de lo dicho inmediatamente antes.

En el caso que estamos estudiando, es a partir de la elevación a escritura pública de un préstamo no empresarial y simultánea constitución de hipoteca empresarial cuando se plantea la cuestión de la calificación fiscal de la operación, préstamo hipotecario, a efectos del Impuesto de AJD —antes de elevarse a escritura sólo se planteaba la cuestión de la sujeción a ITP—, y aquí opera lo dispuesto en el artículo 74 del Reglamento del Impuesto: al estar sujeto a ITP el préstamo

no está sujeto a AJD. Desde otro punto de vista complementario y de igual resultado, conforme al artículo 31 del Texto Refundido del Impuesto, no están sujetos a AJD las primeras copias de los actos o contrato inscribibles —en nuestro caso, el préstamo hipotecario descrito antes—, aunque estén sujetas y exentas de ITP.

A veces, por razones fiscales, cuando el prestamista goza de alguna exención en AJD, se ha intentado eludir su tributación, en los casos que corresponde, mediante la estratagema de constituir primero en póliza o escritura el préstamo, operación exenta, para posteriormente constituir la hipoteca en garantía de dicho préstamo, considerándose que así se logra su exención en AJD por estarlo el acreedor garantizado. A dicho montaje se ha opuesto la jurisprudencia, que ha declarado que en dichos casos la operación está sujeta a AJD y que el sujeto pasivo es el prestatario en virtud de la aplicación del principio del tratamiento unitario del préstamo hipotecario. En este sentido podemos citar la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de mayo de 2011, Recurso 1075/2008, en el que, tras citar sentencias del Tribunal Supremo, declaró taxativamente que *«la conexión inescindible entre la deuda garantizada y la garantía se refleja claramente en que el préstamo accede necesariamente a la escritura pública en el acto de constitución de hipoteca. Nótese que el artículo 31 de la Ley —del ITP— exige el requisito de que las escrituras públicas o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles en el Registro de la Propiedad, con lo que está refiriéndose indisolublemente tanto al préstamo como a la hipoteca, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004, Recurso 158/2002»*. En el mismo sentido y con iguales conclusiones también citamos la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de marzo de 2006, Recurso 1839/2001, ya estudiada. En definitiva, en dos ocasiones en las que formalmente se ha descompuesto el préstamo y la hipoteca, los tribunales han mantenido, a efectos de AJD, una consideración conjunta de la operación.

Por otro lado, no se puede hacer ninguna distinción, a estos efectos, entre hipoteca de deuda propia o de deuda ajena. Donde la Ley no distingue no podemos distinguir, no existiendo ninguna doctrina o sentencia de los TSJ o del Tribunal Supremo que avale dicha afirmación.

Si el garante fuese un particular, no una sociedad, y la hipoteca no fuese simultánea al préstamo otorgado por un no empresario, sí que cabría la sujeción a ITP en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento del Impuesto de ITP, pero no es el caso estudiado, ya que la garantía la constituye una sociedad a la que no afecta el requisito de simultaneidad, propio de ITP y no de AJD o del IVA, no compartiendo, en consecuencia, lo escrito por el Inspector de Hacienda de la Comunidad de Madrid Óscar ALCALDE BARRERO cuando escribe², al estudiar la tributación del préstamo concedido por un particular, que *«en caso de*

² ALCALDE BARRERO, Óscar: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comentarios y Casos Prácticos*, segunda edición, CEF, 2013, p. 277.

no estar prevista la garantía en la constitución del préstamo, la constitución de la hipoteca tributaria sin exención, como analizamos en el estudio del derecho real de hipoteca, por la modalidad TPO o por AJD cuota variable de documentos notariales, según la condición del constituyente de la hipoteca».

III. BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE BARRERO, Ó.: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comentarios y Casos Prácticos*, segunda edición, CEF, 2013.

MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L.; VILLARÍN LAGOS, M., y DE PABLO VARONA, C.: *Comentarios al Impuesto sobre Patrimoniales Onerosa y Actos Jurídicos Documentados*, segunda edición, Thomson-Civitas, 2008.

OLIVER CUELLO, R.: «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados y el Préstamo Hipotecario», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, vol. XLV, núm. 235, enero-marzo 1995, pp. 27-99.

*(Trabajo recibido el 10/12/2014
y aceptado para su publicación el 31/12/2014)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

EL CONTROL DE ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA: CARACTERIZACIÓN Y ALCANCE

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

RESUMEN

En el ámbito de la contratación de préstamos hipotecarios resulta usual el establecimiento de un interés de demora desproporcionado y de cláusulas suelo/techo. En relación con esta última, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de septiembre de 2014, se ha pronunciado de nuevo sobre la nulidad de la cláusula suelo en relación con el ejercicio de una acción de nulidad individual y no en el marco de una acción de cesación, como la primera vez que lo hizo. Después de destacar la naturaleza de condiciones generales de la contratación de la cláusula suelo, procede a determinar el alcance del control de transparencia real como parte integrante del control general de abusividad, que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenta las condiciones generales. El presente estudio se va a centrar, precisamente, en destacar los aspectos más novedosos de la materia y en la delimitación de ese control de transparencia frente a otros controles, como el de inclusión o, en su caso, de contenido o abusividad en relación con las cláusulas señaladas.

Palabras clave: consumidor, control de transparencia, control de abusividad, cláusulas suelo, interés de demora, préstamos o créditos hipotecarios, predisponente.

UNFAIR TERMS AND TRANSPARENCY CONTROL: CHARACTERISATION AND SCOPE

ABSTRACT

In the area of the contracting of mortgage lendings there turns out to be usual the establishment of a disproportionate interest of delay and of bank clauses. The Plenary session of the First Room of the Supreme Court in judgment of September 8, 2014 has declared itself again on the nullity of the bank clause in relation with the exercise of an action of individual nullity and not in the frame of an action of cessation as the first time. Once emphasized the nature of general conditions of the contracting of the clause I occur, there decides the scope of the control of royal transparency as integral part of the general

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

control of imbalance, that must remain formed of the royal comprehensibility of the basic aspects of the contract that, it regulates the general conditions. The present study is going to emphasize, precisely, the most new aspects of the matter, and in the delimiting of this control of transparency opposite to other controls as that of incorporation or, in his case, of content or of imbalance in the relation with the fixed clauses.

Keywords: consumer, control of transparency, control of imbalance, bank clause, interest for delay, mortgage credits, businessman.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CALIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO.—III. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: CARACTERIZACIÓN, FUNDAMENTO Y ALCANCE.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En la contratación en masa, el contenido del contrato se redacta previamente, pensando en su utilización por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo que ese contratante celebre, ya sea y principalmente con consumidores, ya sea con otros profesionales. En este caso, salvo en lo que se refiere a las prestaciones esenciales objeto del contrato —consentimiento, objeto (precio) y causa— respecto de las que puede existir cierta negociación, el otro contratante —consumidor— se limita a aceptar las condiciones previamente establecidas. Se habla entonces de contrato de adhesión o de contrato en masa o de contratación por medio de condiciones generales de la contratación. Es lo que ocurre habitualmente cuando se contrata con una entidad bancaria un préstamo o crédito hipotecario. En estos casos, la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato —prestatario— se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional —entidad de crédito—, y respecto de la que no está en condiciones razonables ni de influir ni de negociar. Estamos, entonces, ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual.

En aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta Ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Sin embargo, este régimen no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (artículo 82.1), es decir, predispuestas e impuestas. De forma que las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que tal como establece el artículo 1.1 de la LCGC son condiciones generales de la contratación: *«las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*. En consecuencia, son requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente la contractualidad, la predisposición y la imposición y, tratándose de condiciones generales, se añade además que se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos. De este modo, el régimen de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por un lado, es más amplio que el del Real Decreto 1/2007, puesto que se aplica no sólo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales, mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor; por otra parte, el régimen de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es más limitado que el del Real Decreto 1/2007, pues sólo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el Real Decreto 1/2007 incluye, además de éstos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82.2 del Real Decreto 1/2007 introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. *«El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato»*, y 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que ha sido negociada individualmente.

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas:

1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que incluyen el control de transparencia establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (artículos 5 y 7 a 10 de la Ley de Condiciones Generales y el artículo 80.1 del Real Decreto

1/2007). En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales, que establecen criterios de interpretación favorables al adherente (artículos 6 de la Ley de Condiciones Generales y 80.2 del Real Decreto 1/2007).
3. Por último, las reglas de control de contenido dirigidas a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Nuestro Derecho establece sólo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (artículos 80 y 82 del Real Decreto 1/2007). De forma que no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino sólo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» [artículo 80.1 c) del Real Decreto 1/2007]. Además, el artículo 82.1 establece que: «se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»; y, por último, se consideran abusivas en todo caso las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. De calificarse una cláusula de abusiva, dicha calificación conlleva la nulidad parcial con integración del contrato (artículo 1258 del Código Civil) o la nulidad total de éste.

En todo caso, conforme al artículo 82.4 del Real Decreto 1/2007, son, en todo caso, abusivas las cláusulas que:

- a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario.
- b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios.
- c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato.
- d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba.

- e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y
- f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable¹.

En este contexto, en la cartera de préstamos hipotecarios a tipo variable de las entidades bancarias españolas, un tercio aproximadamente cuentan con cláusula suelo, lo que impide a los prestatarios beneficiarse enteramente de la bajada del índice de referencia más habitual, el Euribor a doce meses que se sitúa en el 2014 cerca del 0,35 por 100. Tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Pleno, de 9 de mayo de 2013² —hay que tener en cuenta que, conforme el acuerdo de este mismo Tribunal sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, de 30 de diciembre de 2011, una sola sentencia plenaria tiene la consideración de jurisprudencia reiterada (artículo 1.6 del Código Civil)—, las entidades de crédito han ido retirando de los nuevos contratos de préstamo hipotecario a tipo variable las cláusulas suelo, probablemente incrementando con ello los diferenciales pactados con los clientes. E, igualmente, han reducido la cuantía de los intereses de demora ante la nueva tendencia jurisprudencial que los considera abusivos cuando son desproporcionadamente altos y alteran el justo equilibrio de las prestaciones. De forma que el debate sobre las cláusulas suelo ya no se plantea con los nuevos contratos, sino con los antiguos —suscritos en la época del *boom* inmobiliario—, que incorporan, junto a las cláusulas techo, cláusulas suelo. Y lo mismo sucede con los intereses de demora, lo que además se ha visto reforzado por la nueva normativa de protección al deudor hipotecario, que los cifra en una cantidad no superior a tres veces el interés legal del dinero si se cumplen determinados requisitos.

Por otra parte, la importancia que adquiere la información del consumidor —ratificada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013³— ha llevado al legislador español a aprobar normas que incrementan los deberes de información —relativa a tipos de interés y comisiones, comunicaciones con el cliente, información (pre)contractual, servicios financieros vinculados, etc.— y transparencia por parte de las entidades de crédito. El nuevo sistema de transparencia opera en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, y se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Se añaden adicionalmente otras herramientas más específicas, como la difusión a una Guía informativa adaptada a este producto, que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a deter-

¹ CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 96.

² La Ley 34973/2013.

³ TJCE 2013/89.

minados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. Así, en primer lugar, el artículo 25 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios —que sustituye a la derogada Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios— exige que se recojan las cláusulas suelo en un anexo expreso a la ficha de información personalizada —el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima—, norma que, a su vez, ha sido desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio; y la Ley 1/2013, de 15 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios exige en su artículo 6 que se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato y entre ellos de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés a la baja sea inferior el límite de variabilidad al alza, lo que parece apuntar a la necesidad de que haya una equidistancia entre el tipo de interés inicial de la cláusula suelo y la cláusula techo. Lo que está en aparente contradicción con la doctrina de la citada sentencia de 9 de mayo de 2013, que no exige tal equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados, ni que sea necesario que a la cláusula suelo le acompañe una cláusula techo, lo que podría ser incluso un elemento distorsionante. Así establece en el Fundamento de Derecho decimoquinto, párrafo 257, que *«no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—»* y el párrafo 258: *«Más aún son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y de hecho, la oferta en un mismo apartado del contrato constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo»*. Por otra parte, se añade un tercer párrafo al artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria. Este artículo, recordemos, limitaba en las hipotecas el número de años de intereses que afectan a terceros, pero no aludía a un tipo de interés máximo; sin embargo, el nuevo tercer párrafo sí limita el tipo de demora en caso de viviendas habituales: *«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago»*. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, si el capital e intereses han de devolverse a plazos —que es lo más común—, sólo cabe aplicar las reglas especiales del procedimiento de ejecución directa (artículos 681 y siguientes de la LEC) si vencieren al menos *tres plazos mensuales* sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.

Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución (artículo 693 LEC).

En este ámbito, lo cierto es que la Orden EHA/2899/2011 establece entre sus diferentes objetivos el concentrar en único texto la normativa básica de transparencia, de modo que, de manera sistemática e ilustrativa, la propia codificación de la materia mejora por sí misma su claridad y accesibilidad para el ciudadano, superando la actual dispersión normativa. Además de actualizar el conjunto de las previsiones relativas a la protección del cliente bancario, al objeto de racionalizar, mejorar y aumentar —donde resulta necesario— las obligaciones de transparencia y conducta de las entidades de crédito; y, en fin, dar cumplimiento a las previsiones de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que vino a imponer al sector financiero español la obligación de mejorar los niveles prudenciales en la concesión de préstamos o créditos hipotecarios responsables, para con ello beneficiar a los clientes y, por ende, la estabilidad del mercado. Para ello se diseñó un sistema de evaluación de la solvencia con el objetivo de valorar el riesgo de impago a efectos de la concesión de créditos o préstamos hipotecarios. Asimismo, en esta línea de garantizar una adecuada protección a los clientes que sólo se asegura si hay una completa y adecuada labor de transparencia en la prestación de esos servicios bancarios al consumidor, las entidades de crédito deberán informar de una manera sencilla para que el cliente pueda comparar el producto financiero en cuestión con el que proporcionan otras entidades. A la información precontractual se refiere el artículo 6 de la citada Orden, donde se indica que ésta ha de ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta, y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta; y, en el artículo 7 respecto a la información contractual, se impone a las entidades de crédito la entrega al cliente de un ejemplar en el que se haya formalizado el servicio recibido. Ese documento ha de ser conservado por las entidades de crédito por si es necesitado por el cliente en cualquier momento. En ese contrato además de los elementos esenciales, deberá contener necesariamente una serie de datos que la Ley de Contratos de Crédito al consumo especifica en su artículo 16.2.

De modo que, en la formalización del préstamo o crédito hipotecario a la información precontractual y a la evaluación de la solvencia del deudor por parte de la entidad de crédito, se une una tercera exigencia, que no es otra que la información contractual que se inicia en los términos expuestos.

Con posterioridad a tal normativa, la doctrina de la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2014⁴ ha sido recep-

⁴ TJCE 2014/106. El Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: «El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos

cionada en el derecho español a través del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el deudor hipotecario pueda interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se funda en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituye el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible⁵. Finalmente, en relación con la cláusula suelo, se ha aprobado en el ámbito europeo la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que debe ser traspuesta al ordenamiento jurídico español antes de marzo de 2016. En esta Directiva se introduce a nivel europeo, en línea con la normativa del crédito al consumo, el deber de facilitar información precontractual al prestatario, mencionando expresamente la cláusula suelo como posible elemento de los contratos de préstamo hipotecario. En la sección 3.ª de la «Ficha

Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimiento de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva».

⁵ En la Disposición Final tercera se modifica el apartado 4 del artículo 695 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que queda redactado en los siguientes términos: «4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior podrá interponerse recurso de apelación.*»

Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten.

Por su parte, la Disposición Transitoria cuarta de este Real Decreto-Ley dispone que:

«1. Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera del presente Real Decreto-Ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente, conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por este Real Decreto-Ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y en el apartado 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley.

3. La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto».

Europea de Información normalizada» (FEIN) «se explicará si el tipo de deuda es fija o variable y, en su caso, los períodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos». Al respecto, considera la Comisión que es necesario elevar el grado de protección de los consumidores en la contratación de créditos para la adquisición de bienes inmuebles, garantizándose con ello que los consumidores que celebran tales contratos de crédito lo hacen confiando que las entidades de crédito actúan de una manera profesional y responsable y para ello se considera necesario establecer un marco jurídico que esté adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos, eso sí, teniendo presente las diferencias que existen en los contratos de crédito que se derivan de las lógicas diferencias existentes en los mercados nacionales y regionales de bienes inmuebles. Se podría señalar que el objetivo de la Directiva consiste en garantizar una necesaria protección de los consumidores de contratos de crédito para bienes inmuebles. Precisamente, en esa protección habría que destacar la labor de transparencia, la necesaria educación financiera a la que alude el artículo 6 de la Directiva y, asimismo, se establece el deber de los prestamistas de actuar de forma honesta, imparcial, transparente y profesional en la concesión del crédito (artículo 7). Por otra parte, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores en la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor, y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer el consumidor, así como en la hipótesis razonable sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito antes de la prestación de servicios de asesoramiento o, si ha lugar, antes de la celebración del contrato para la prestación de tales servicios, el intermediario del crédito o el representante designado habrán de facilitar al consumidor la información sobre el conjunto de productos que se toman en consideración y los gastos que se habrán de facturar al consumidor (artículo 22). En todo caso, habrá de prestarse la información de forma gratuita, como no podría ser de otro modo, en papel u otro soporte duradero.

En este contexto, de nuevo el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el control de las cláusulas suelo, y lo ha hecho en la sentencia de 8 de septiembre de 2014⁶; sin perjuicio de otros pronunciamientos sobre intereses de demora y cláusulas de vencimiento anticipado. Sobre el control de abusividad y transparencia en el seno de la contratación con consumidores y, en especial, de las cláusulas suelo y su configuración en la citada sentencia, se va a centrar el presente estudio.

⁶ La Ley 143790/2014.

II. LA CALIFICACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

De conformidad con el artículo 1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ya citado, son requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su caracterización el no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes; de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más que puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. En todo caso, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predisuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar de manera uniforme los contratos que se van a realizar.

Por el contrario, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o consumidor.

Asimismo, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste. Otra cosa es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuan-

do los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario.

Sobre tales bases conceptuales, ha de tenerse en cuenta que, en los contratos de préstamo o crédito hipotecario, el tipo de interés de demora pactado era de tipos extraordinariamente elevados respecto de los que es un interés de mercado (en torno a un 20-29 por 100 de interés anual nominal). Se solían calcular por día transcurrido sin pagar la cuota. Asimismo, algunas entidades financieras aplicaban, además, un «recargo» fijo, por ejemplo, de 20 euros por el simple hecho de no pagar la cuota en el día señalado.

Estos intereses, hay que recordar, se descuentan del precio del remate en caso que el ejecutante se adjudique el bien (artículo 670.4 de la LEC), y que, de existir una hipoteca preferente, los correspondientes a ésta se detraen para evaluar el inmueble en ejecución por la carga posterior (artículo 666 LEC). La fijación de tipos de demora elevados (cuyo posible carácter abusivo quizá podría discutirse en un juicio declarativo), si se combina con el sistema legal de determinación unilateral del saldo debido por parte del propio acreedor cuando éste es una entidad de crédito, con un procedimiento ejecutivo sumario que también genera unas costas procesales, hace que con el precio en subasta de la finca habitualmente no se cobre la totalidad de lo que debe el deudor hipotecario. Esencialmente, cuando más alta sea la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses y costas es más difícil que llegue a quedar sobrante en la ejecución. Así, en caso de impago, el acreedor hipotecario tiene derecho a cobrar no sólo el saldo pendiente por razón del principal del préstamo, sino también todos los intereses remuneratorios ya devengados desde que se ha producido el incumplimiento, más los gastos o costas judiciales en que se ha incurrido como consecuencia del procedimiento hipotecario. Con la fijación de tal cifra, se especifica en el momento de constitución de la hipoteca la garantía del principal de la deuda y, además, unas determinadas cantidades por otros conceptos. Esto supone unos mayores gastos de constitución para el cliente de la entidad de crédito; y para el acreedor tal cifra de responsabilidad hipotecaria opera únicamente como un límite máximo de la cantidad, que podrá cobrar en perjuicio de terceros.

En todo caso, la distinta naturaleza jurídica de los intereses remuneratorios y moratorios viene siendo configurada desde antiguo por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991⁷, definiendo los intereses remuneratorios, como contraprestación de la entrega del capital prestado y los moratorios aquellos que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario.

Los intereses remuneratorios persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución

⁷ RJ 1991/2219.

y retribuir la concesión del préstamo, como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles; mientras que los intereses moratorios no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En los intereses moratorios, la mora en que se constituye el deudor da derecho, conforme lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, a la indemnización de daños y perjuicios que la tardanza en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, los pactados y en su defecto, el legal.

En cuanto al control judicial del contenido de las cláusulas contractuales que regulan los intereses remuneratorios y moratorios, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010⁸, Asunto C-484/08 —Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), resolviendo sobre la cuestión prejudicial planteada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en relación a la interpretación que debe darse a la Directiva 93/13/CEE por la no incorporación al ordenamiento jurídico interno español del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el artículo 4, apartados 2 y 8, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, no se opone a una normativa como la española, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del precio principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible

En estas circunstancias debe observarse que al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las

⁸ TJCE 2010/162.

contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta.

Es también relevante la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012⁹, Asunto C-618/2010 (Banco Español de Crédito, S. A., y Joaquín Calderón Camino), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14, de 29 de noviembre de 2010, sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a fin de que resuelva si se opone a la misma que la norma procesal española no permita que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis*— ni en ninguna fase del procedimiento el carácter abusivo en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición. La competencia del juez nacional que conoce de una demanda en proceso monitorio, en virtud de los artículos 815, apartado 1, y 818, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se circunscribe a comprobar si concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento, en cuyo caso deberá dar curso favorable a la demanda y dictar un requerimiento de pago con carácter ejecutivo, sin poder examinar —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que dispongan, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago. Por otra parte, a fin de proporcionar una interpretación del Derecho de la Unión que resulte útil al Tribunal remitente, como segunda cuestión prejudicial se pide que se dilucide si el artículo 2 de la Directiva 2009/22 y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una normativa de un Estado miembro, como contenida en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la referida sentencia declara que:

«1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como

⁹ TJCE 2012/143.

la controvertida en el litigio principal, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición.

2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 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, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.»

En esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se parte de la premisa acreditada que el sistema procesal español no sólo no permite al juez nacional que conoce de una demanda de un procedimiento monitorio examinar de oficio *in limine litis* ni, en ninguna fase del procedimiento, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, con arreglo al artículo 6 de la Directiva 93/13, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula resulta contraria a las normas nacionales.

Asimismo, la citada resolución determina que la normativa procesal nacional puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 CEE y, por tanto, debe interpretarse en el sentido de permitir al juez nacional declarar el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato entre un profesional y un consumidor, pero sin que el juez nacional tenga la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, ya que ello supondría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva del 93, contribuyendo a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, consistente en el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los profesionales que hubieran insertado las cláusulas en los contratos.

Por tanto, la consecuencia sobre la ineficacia jurídica de la cláusula será la de su nulidad, sin que puedan surgir efectos jurídicos y sin que el juez español pueda integrar el contrato, modificando el contenido de la misma.

Ahora bien, la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11)¹⁰ señala que, «entre los criterios a valorar para determinar la abusividad de la cláusula de interés de demora está el examen de relación entre el tipo establecido y el tipo de interés legal ... con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue ... y no va más allá de lo necesario para alcanzarlos ... siendo así que como es conocido el interés de demora cumple la finalidad tanto indemnizatoria como penal. Y si la primera la cubre igualando el interés remuneratorio pactado, la penal no puede ser superior, si no hay causa que la justifique».

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta lo cierto es que no puede acordarse de forma generalizada y automática el carácter abusivo de los intereses remuneratorios y moratorios, pues habrá que determinar su consideración con tal y, por tanto, constatar la situación de desequilibrio de las partes en perjuicio del consumidor (artículo 85.6 del TRLGDCU), pues no puede fijarse *a priori* una cifra máxima para considerarlos abusivos¹¹.

De todas formas, desde el ámbito jurisprudencial, se consideran abusivas la cláusulas de interés de demora que alteren el justo equilibrio de las prestaciones y sean contrarias a la buena fe, esto es, fijen un interés desproporcionado¹²; por

¹⁰ TJCE 2013/89.

¹¹ No parece que se pueda aplicar por analogía lo previsto en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, aunque sí tomarlo como referencia.

¹² *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 15 de enero de 2014 (AC 2014/512); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 15 de enero de 2014 (JUR 2014/103462), que aclara al respecto que la que se declara abusiva no es la cláusula de intereses moratorios en sí misma, pues el legislador prevé la existencia de los mismos, sino el alcance económico de los pactados, pues si el legislador español no viene considerando abusivos el que quede fijado en 2,5 veces el interés legal del dinero, a tal porcentaje debe ser moderado; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.ª, de 31 de enero de 2014 (AC 2014/778); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, de 28 de marzo de 2014 (AC 2014/1099); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21, de 22 de abril de 2014 (JUR 2014/162282), señala que una diferencia entre el interés remuneratorio y un moratorio de más de 14,84 es desproporcionado y, por ende, abusivo; si la diferencia es inferior a 10 no es desproporcionada; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 10 de junio de 2014 (AC 2014/1624); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 25 de junio de 2014 (AC 2014/1455); de la misma Audiencia, sección 14, de 26 de junio de 2014 (AC 2014/1459), se fija en un préstamo personal para la adquisición de vehículo, un interés de demora del 22,98 por 100, superior en casi seis veces al interés del dinero; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 10 de julio de 2014 (AC 2014/1757). Asimismo, *vid.* los Autos de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, 15 de julio de 2013 (AC 2013/2379); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 13 de marzo de 2014 (AC 2014/382); y de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 29 de abril de 2014 (AC 2014/1108).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 21 de abril de 2014 (RJ 2014/3281), fija los criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador.

lo que se han considerado nulas tales cláusulas en cuanto que imponen un excesivo interés de demora¹³; por lo que no cabe moderarlos, sino excluirlos de la contratación¹⁴. Asimismo, resulta procedente la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de tal cláusula de interés moratorio¹⁵.

En cuanto la posible prescripción de los intereses moratorios, es criterio mayoritario en la jurisprudencia, en atención a su naturaleza indemnizatoria y no retributiva, fijar como plazo prescriptivo el de quince años del artículo 1964 del Código Civil¹⁶. Aunque no falta autorizada doctrina que defiende la aplicabilidad de artículo 1966.3 del Código Civil a los intereses moratorios cuando tenga vencimientos periódicos por años o por plazos más breves¹⁷.

¹³ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (AC 2011/519), interés de demora de un 18 por 100 considerado proporcionalmente alto; de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 1.ª, de 8 de abril de 2013 (AC 2013/1103), interés del 26 por 100; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 6 de mayo de 2013 (AC 2013/1459), interés moratorio del 29 por 100; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª, de 8 de julio de 2013 (AC 2014/744), intereses moratorios del 30 por 100, siendo el interés moratorio el 5 por 100 anual; de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2013 (AC 2014/307), interés de demora en préstamo personal del 17 por 100 el primer año, incrementándose el año siguiente; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11, de 30 de diciembre de 2013 (AC 2014/415), cláusula de interés de demora fijado en el 20 por 100 nominal anual y cláusula de vencimiento anticipado de toda obligación a instancia sólo del acreedor hipotecario por falta de pago de «cualquiera» de las obligaciones de pago; y de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2.ª, de 12 de mayo de 2014 (AC 2014/1013), la nulidad de la cláusula de intereses de demora equivale a la supresión de la cláusula, no a su moderación.

¹⁴ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.ª, de 20 de marzo de 2013 (AC 2014/1599); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 19 de junio de 2014 (JUR 2014/234720); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13, de 30 de junio de 2014 (AC 2014/1580); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, de 15 de julio de 2014 (JUR 2014/234763).

¹⁵ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21, de 22 de abril de 2014 (JUR 2014/162282); el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 11 de septiembre de 2014 (AC 2014/1806); y el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5, de Cáceres, de 23 de enero de 2015 (La Ley 137/2015).

¹⁶ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de marzo de 1994 (RJ 1994/1989); de 30 de enero de 2007 (RJ 2007/709); y de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/5563); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001/130807); de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de enero de 2007 (JUR 2007/157119); de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2007 (JUR 2007/153895); de la Audiencia Provincial de Cáceres de 6 de noviembre de 2009 (AC 2010/607); y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de febrero de 2010 (JUR 2010/167330).

¹⁷ Vid. RUIZ-RICO RUIZ J. M.: «Comentarios a los artículos 1108 a 1109 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. XV-1.º, Edersa, Madrid 1989, p. 846; ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pp. 152-153. Asimismo, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, de 30 de abril de 2009 (JUR 2009/271388).

Ahora bien, aunque no relacionado directamente con el deber de información, pero sí con la protección del deudor hipotecario, se plantea si es posible aplicar la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura (Ley de la Usura o Ley Azcárate), sobre todo en relación con los intereses de demora. Al respecto, si bien la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de mayo de 2002¹⁸, mantiene, aunque *obiter dicta*, que los intereses de demora no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, al igual que una parte de la doctrina¹⁹; sin embargo, la mayoría de las resoluciones de la Sala 1.^a de este Alto Tribunal, en sentencias de 2 de octubre de 2001²⁰ y de 4 de junio de 2009²¹, sostienen, siguiendo el criterio de un importante sector de la doctrina científica, que debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora.

La calificación de los intereses, a efectos de la usura en sentido legal, no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal, sino que depende de las circunstancias en que se desenvuelva el mercado monetario.

¹⁸ RJ 2002/4045 (*Fundamento de Derecho 3.º*).

¹⁹ ORDÁS ALONSO, L.: *El interés de demora*, *op. cit.*, p. 107; RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Comentarios a los artículos 1108 a 1109 del Código Civil», *op. cit.*, p. 833. En esta línea, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de abril de 2005 (JUR 2005/172720); y de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2005 (JUR 2005/217919).

²⁰ RJ 2001/7141. En el *Fundamento de Derecho 2.º* señala que, «en definitiva, los intereses de demora no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908».

²¹ RJ 2009/4747. En el *Fundamento de Derecho 4.º* dispone que: «En cuanto a los intereses moratorios, éstos, como recuerda la sentencia de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141), “no tienen la naturaleza jurídica de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objeto de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos, ni encuadrarlos en la ley de 23 de julio de 1908”». Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de marzo de 2003 (JUR 2003/169814); de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 3 de noviembre de 2003 (JUR 2004/26679); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, de 29 de mayo de 2013 (AC 2013/1994); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, de 17 de junio de 2014 (Ac 2014/1574).

Es ilustrativa también la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 2012²², que analiza la concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, sentando desde el principio que el juego concurrencial de la Ley de Represión de la Usura con la normativa sobre protección de consumidores, principalmente referida a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, ya en su versión original, de 19 de julio de 1984, o actual en su Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

En síntesis, la sentencia comentada mantiene el criterio de que ambas normativas materialmente no afectan a la libertad de precios, si bien su diferenciación resulta clara, ya que mientras la Ley de Represión de la Usura se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos, el desarrollo de la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto Constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea.

La sentencia concluye que, pese a su plena compatibilidad o concurrencia, cabe, en todo caso, establecer las siguientes diferencias en torno a su respectiva aplicación en su *Fundamento de Derecho* 2.^o:

«a) Dentro de la particularidad enunciada en la aplicación de la ley de usura, cabe resaltar que su configuración como una proyección de los controles generales o límites del artículo 1255 del Código, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses protegidos que, sin duda, y a diferencia de las condiciones generales, representa un control tanto del contenido del contrato, sobre la base de la idea de lesión o de perjuicio económico injustificado, como de la validez estructural del consentimiento prestado. Por contra, la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable.

b) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control proyectado, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (artículos 1 y 3). Frente a ello, la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclu-

²² RJ 2012/8857.

sive por ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (artículos 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10 bis de la Ley 26/1984, de 14 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

c) Respecto a su incidencia en el ámbito del tráfico patrimonial, o en el derecho de la contratación, también cabe realizar algunas puntualizaciones. En este sentido, aunque la Ley de Usura importa o interesa al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada a la reprobanación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que podemos considerar anómalas y que se definen restrictivamente como contratos usurarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad. Por contra, la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico “modo de contratar”, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

d) Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia [artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales y 10.1.a) de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios].»

La mencionada sentencia analiza la jurisprudencia del Alto Tribunal que, con criterio restrictivo, no ha considerado usurarios intereses que se han fijado en una horquilla que va desde 21,55 por 100 hasta el 24 por 100.

Recogiendo el criterio jurisprudencial de la sentencia señalada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en un juicio verbal que provenía de un procedimiento monitorio, en reclamación de cantidad por el saldo deudor derivado de un contrato de crédito al consumo, mediante la apertura de una línea de crédito en la que el cliente podía efectuar disposiciones, que luego amortizaba mediante el pago de recibos mensuales, resolvió en su sentencia de 18 de octubre de 2012 (recurso 756/2011) que «la mera alegación de un interés elevado o su concurrencia con una garantía hipotecaria no determinan por ellas solas el carácter usurario del préstamo, pues la ley exige en este plano que, además, resulte “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, esto es, que debe contrastarse y ponderarse con las demás circunstancias económicas y patrimoniales que dieron lugar al préstamo convenido».

Por otra parte, en relación con la cláusula suelo, la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre 2014, vuelve a pronunciar sobre el control de transparencia de la misma y, considera que la doctrina de la anterior sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013²³ concerniente a la condiciones generales de la contratación como práctica negocial referida precisamente a la valoración seriada de tal cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al caso que se enjuicia en esta nueva resolución. En concreto, se reproducen distintos apartados de la señalada sentencia de 9 de mayo de 2013 que califican a la cláusula suelo como condición general de la contratación. En particular, en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo, párrafos 131 a 165, en la que se realizan las siguientes consideraciones:

- Parágrafo 144: «a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes. c) No excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial»²⁴;

²³ La Ley 34973/2013. Para CARRASCO PERERA, Á., y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8159, de 30 de septiembre de 2013, p. 1, sostiene que “la sentencia incurre en inconstitucionalidad”: 1) Por pervertir el sistema de fuentes del Derecho; 2) Porque sitúa a las entidades financieras ante la tesitura de un “cumplimiento perverso” de la normativa sectorial; 3) Porque impide a las entidades condenadas y al resto de las entidades orientar su conducta futura de cumplimiento en el sentido de la exigencia impuesta por la sentencia; 4) Porque incurre en manifiesta incongruencia *extra petita*; 5) Porque contiene argumentos contradictorios, relativos a lo que promete hacer y lo que efectivamente hace para respetar la prohibición de indefensión; y 6) Porque no ha permitido a las partes ni realizado por su cuenta ninguna actividad probatoria relativa a los nuevos hechos “incriminatorios” introducidos en el proceso».

²⁴ DOMÍNGUEZ ROMERO, J.: «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima de tipo de interés», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre 2012, pp. 846-848, se refiere a las distintas posiciones existentes en relación sobre si la cláusula suelo recae sobre un elemento esencial. Por una parte, se refiere a «la que sostiene que no cabe reputar tal cláusula elemento esencial en cuanto que parte del precio, sino meramente accesorio al mismo por entender que sólo afecta a la remuneración del préstamo de manera eventual, pues dicha cláusula únicamente opera cuando se dé el mínimo que la misma contempla, que puede no darse nunca o darse, y no darse sucesivamente durante la vigencia del préstamo; desde esta posición, la cláusula suelo es accesorio de otra cláusula, sin que quepa equiparar ambas, dado que la primera lo que viene es a delimitar los efectos de la evolución aleatoria del tipo de interés variable pactado en la segunda (sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010; del Juzgado de lo Mercantil de Cáceres de 18 de octubre de 2011 y del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 21 de diciembre de 2011). Por su parte, otra posición es la que

- Parágrafo 165: «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas del contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procesan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

Mientras la acción ejercitada que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 fue una acción colectiva que culminó el *iter* procesal que se inició con la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Sevilla, de 30 de septiembre de 2010, y continúa con la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.^a, de 7 de octubre de 2011, en la que por primera vez el Alto Tribunal se pronuncia sobre la nulidad de la denominada cláusula suelo por falta de transparencia incorporadas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable concretada por entidades bancarias con consumidores y usuarios; la sentencia de 8 de septiembre de 2014 se inicia por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la cláusula suelo inserta en préstamos con garantía hipotecaria formalizados por la antigua entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia. En la demanda se alega que las entidades bancarias conocían la evolución de los tipos de interés y también preveían la evolución

mantiene que las acotaciones a los tipos de interés variable no pueden ser calificadas esenciales, sobre la base de que no fueron percibidas así, ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Esta postura es la que se puede denominar *subjetiva contextualizadora*, por lo que la accesoriadad de dichas acotaciones es de cómo se percibieron por los consumidores en el momento en que se estipularon (sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril de 2012. Por último, la que mantiene que las acotaciones a la variación del tipo de interés presentes en tales cláusulas constituyen una parte más del precio del préstamo. Según esta postura, si el interés remuneratorio es un elemento esencial del préstamo, son también esenciales los criterios que conducen a su determinación, entendiéndose por tales tanto la cláusula que contuvieran el índice más diferencial como cláusula de acotación (sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011 y de la Audiencia Provincial de Burgos de 2 de febrero de 2012)». En base a ello, el autor concluye «que la discusión sobre la cláusula suelo, relativa a si la acotación que la misma contiene fija o simplemente perfila el precio, si lo afecta de manera endeble o eventual, si es esencial o contingente, no es algo que deba centrar a *a priori* la atención del juzgado para descartar *per se* su imposición ni para dejar de considerarla condición general. Por lo que la cuestión no es el grado de influencia que aquella pudiera tener sobre el precio, sino simple y llanamente si incide o no sobre el precio».

cíclica del Euríbor, índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable. La pretensión de nulidad descansa en el carácter abusivo de la cláusula con fundamento legal en la normativa de condiciones generales de la contratación y de la ley de consumidores. La cláusula cuya validez se cuestiona tiene una similar redacción en los contratos sujetos a examen, *«no obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los “períodos de interés” siguientes al inicial del % anual, de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartados anteriores para un “período de interés determinado” resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho período de interés»*.

En relación a la concreta configuración contractual de la cláusula, se argumenta que tiene el mismo tenor literal y localización en todas las escrituras públicas suscritas por los demandantes. En concreto, se aduce que estas cláusulas se incluyen como un mero añadido dentro de la cláusula «tipo de interés variable» y se redacta siempre en el mismo tipo de letra que las cláusulas que le rodean sin que habitualmente consten en letra más grande, subrayada o en negrita, de manera que pasa totalmente desapercibida cuando, debido a su importancia, en cuanto transforman la naturaleza propia de una operación hipotecaria a interés variable, se le debió dedicar una cláusula específica, redactada en tamaño mayor y destacada empleando las negritas y el subrayado. También se aduce que la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones precontractuales, que se limitaron a la determinación del importe a prestar, las condiciones financieras referidas a comisiones y el tipo de interés a aplicar. En esta línea, en la publicidad ofrecida por la entidad financiera tampoco se reflejaba la existencia de este tipo de cláusulas. El folleto se limitaba a destacar el tipo de interés y el referencial aplicable. En la fundamentación jurídica de la demanda se alude al carácter de condición general de la contratación de las cláusulas, la inadecuada información sobre las mismas al no haberse reflejado su existencia en los folletos publicitarios y también la calificación errónea del contrato, dado que no es un contrato de préstamo a interés variable, sino que, por el efecto de la cláusula, se trataría de un contrato de préstamo a interés mixto o compuesto. Por último, se afirma que esta cláusula entraña un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes.

Con el planteamiento expuesto, en el suplico de la demanda se interesa que se declare la nulidad, por abusivas, de las estipulaciones contenidas en los préstamos/créditos hipotecarios celebrados con los demandantes que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia; que se condene a la entidad demandada a eliminar dichas cláusulas de los contratos de préstamo/crédito hipotecario suscritos con los demandantes y, por último, la condena a la demandada a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, que serán determinadas en ejecución de sentencia sobre la base de recalculación.

lar los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiese existido, condenando a la demandada a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses, a amortizar en cada préstamo/crédito hipotecario desde su constitución y que registrará en lo sucesivo hasta el fin del préstamo/crédito.

En el escrito de contestación de la entidad «Bankia», se niega el carácter impuesto de las cláusulas y también la previsibilidad que se imputa a la entidad bancaria sobre el dato de la caída de los tipos de interés que, en contra de lo sostenido por el demandante, se liga a un acontecimiento imprevisto como fue la quiebra de la entidad «Lehman Brothers». En otro orden de cosas, se afirma que existió información acerca de las condiciones económicas de las operaciones. Las escrituras fueron leídas por los notarios y los actores fueron advertidos de la posibilidad de su lectura. Consta la existencia de una oferta vinculante, salvo en los casos en los que por razón de su cuantía no era legalmente precisa su entrega — contratos de D. Máximo y de D. Camilo y D.^a Aida—. En los supuestos en los que no entregó el folleto, el tipo mínimo se destacó en negrita o en negrita o subrayado. En la fundamentación jurídica de este escrito de contestación se sostiene la legalidad de las cláusulas y se rechaza su carácter abusivo:

- En primer lugar, porque no se trata de condiciones generales de la contratación. No son cláusulas predispuestas al seguir el proceso marcado por la Orden Ministerial del año 1994, en relación al *iter* negocial precontractual integrado. Además, se trata de condiciones esenciales de los contratos hipotecarios al formar parte del interés pactado y por tanto del precio del contrato de financiación, lo que excluiría el control de abusividad.
- En cualquier caso, se niega la existencia de desequilibrio, en primer lugar, porque no tienen por qué guardar una relación de proporción con las cláusulas techo y, en segundo lugar, al no suponer un desequilibrio de obligaciones y derechos de las partes, ya que su concreta fijación se condiciona a contraprestaciones en forma de disminución del tipo de interés, diferenciales, disminución o supresión de comisiones, etc., que favorecen al prestatario.
- Se rechaza, igualmente, el requisito de la existencia de mala fe en su fijación contractual.

La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Como primera premisa, declara que la cláusula objeto de análisis es una condición general de la contratación. Argumenta que la parte demandada no ha acreditado que las cláusulas fuesen resultado de una negociación. El juez de Primera Instancia considera abusiva la cláusula no en sí misma, ni por la cuantía fijada, sino por la existencia de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer

una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo. En relación a la condena económica derivada del efecto de la nulidad, la resolución no accede a la petición de la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula más los intereses legales, al no ajustarse la solicitud del artículo 219 de la LEC, en orden a los parámetros de concreción en ejecución de sentencia.

La sentencia de Apelación revocó la sentencia de Primera Instancia y rechazó el carácter abusivo de la cláusula en razón a los siguientes argumentos:

- En primer lugar, tras el examen de las diferentes escrituras públicas, no advierte la existencia de un déficit de información que pudiese dificultar la prestación del consentimiento de los actores y provocar el desconocimiento del significado real de las cláusulas. Aunque no se destacó la cláusula suelo como cláusula específica, sí que en negrita se señalan los tipos de interés que debían operar a lo largo de la vida del préstamo, lo que, sin duda, permitía fijarse en el tipo de interés que como mínimo (cláusula suelo) debería abonar siempre el prestatario. Estima «difícilmente imaginable» que nadie firme un préstamo sin comprobar ese elemento esencial del contrato que, además, tienen una plasmación sencilla. Argumenta que no es cierto que se omitiesen las advertencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (hoy Orden EHA/2899/2011), pues aparecen en la mayor parte de las escrituras públicas y en alguna de las ofertas vinculantes.
- En segundo lugar, se establece que sobre los conocimientos y la previsibilidad por la entidad bancaria de la bajada de tipos, no existe prueba alguna en las actuaciones, más bien, los indicios conducían a la conclusión contraria: que la entidad bancaria no preveía la brusca caída de los tipos.
- En tercer lugar, se afirma que el hecho de que una cláusula esté predis puesta no equivale a que sea impuesta y, en el supuesto que analiza la sentencia, constituye un sólido indicio que sí se produjo esa negociación por la diversidad de los tipos mínimos que se recogen en cada una de las escrituras públicas. De haberse producido esa imposición que predica la resolución de primera instancia, en todos los contratos hubiese figurado el mismo tipo de interés para todas las cláusulas suelo.
- En cuarto lugar, respecto al concreto juicio de abusividad, se declara que las cláusulas suelo no constituyen por sí mismas una práctica ilegal, pues estaban autorizadas por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (hoy Orden EHA/2899/2011). La conclusión obtenida por la sentencia de Primera Instancia del carácter abusivo de la cláusula, por no establecer lími-

tes máximos al tipo de interés, no rompe el equilibrio de las prestaciones, habida cuenta que en todos los contratos figura pactado un tipo de interés diferencial ni superior al 0,90 por 100, que equilibraba las prestaciones de las partes para no incrementar el coste de financiación.

- Y, en último lugar, no existe prueba de que la cláusula suelo fuese una cláusula establecida exclusivamente en beneficio de la entidad financiera y que perjudicase sólo al cliente, ni que la entidad financiera conociese la tendencia desproporcionadamente bajista de la evolución de los tipos y ocultase esa información en exclusivo beneficio propio, al establecer las cláusulas suelo por encima de los tipos que se preveía que bajasen, pues en las previsiones del año 2008, que reseña la propia parte actora, los tipos de interés se encontraban por encima de los tipos mínimos pactados.

Sobre tales hechos, se viene a declarar en esta resolución que el hecho de que esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato no es obstáculo para que sea calificado como condición general de la contratación, ya que éstos se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo contrato. También se destaca que el conocimiento de la cláusula —sea o no condición general o condición particular— no se asimila al consentimiento, al tratarse de un requisito previo necesario para que la cláusula quede incorporada al contrato y determina su carácter obligatorio²⁵. Añade a todo ello que no excluye tal naturaleza de condición general de la contratación de la cláusula suelo que el empresario haya cumplido con los deberes de información exigidos por la regulación sectorial. Además, no implica la condición de la cláusula no negociada individualmente el hecho que el consumidor preste su consentimiento cuando precisamente no ha podido influir en su supresión o en su contenido, ni ha tenido la posibilidad de escoger entre una pluralidad de ofertas contractuales sometidas a condiciones generales de la contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Por último, la carga de la prueba de la cláusula prerredactada no destinada a ser incluida en una pluralidad de contratos —prueba de la negociación individual de la cláusula— recae sobre el predisponente.

Tal doctrina, referida precisamente a la valoración seriada de la denominada cláusula suelo, determina, asimismo, que la cobertura prestada por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 (hoy la Orden EHA/2899/2011) es insuficiente, pues,

²⁵ La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 afirma en este sentido que «en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste», añadiendo posteriormente que «no podemos compartir la equiparación que hace la sentencia recurrida entre desconocimiento de una cláusula e imposición de la misma. El empresario, al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato».

como afirma la sentencia de 8 de septiembre de 2014, «dicho planteamiento conduce a una consecuencia del todo incompatible con la legalidad vigente: que la regulación sectorial, de naturaleza administrativa, impida la aplicación normativa de la legislación sustantiva en la materia, desnaturalizando, de esta forma, el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe ser aplicado o contratado en sede judicial. En definitiva, la regulación de la cláusula suelo no va dirigida a imponer su aplicación obligatoria para los contratantes, que es lo que exige el artículo 4.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para excluirlas del control establecido en esta Ley. La referida Orden Ministerial es tan sólo una norma administrativa de disciplina bancaria cuya vulneración comporta una sanción administrativa, lo cual no significa que exista un incumplimiento de los requisitos de validez del contrato. En todo caso, este criterio de subordinación de la normativa administrativa a la civil viene, asimismo, establecido en el artículo 2 de la citada Orden y ha sido declarada por la jurisprudencia de esta Sala Primera en sentencia de 2 de marzo de 2011²⁶. Asimismo, en la sentencia del Alto Tribunal de 20 de enero de 2014²⁷, a propósito de la contratación de un *swap* y de la aplicación de la normativa administrativa MIFID, se concluye que la no observancia de esta normativa —del «test de idoneidad» en particular— «no determina por sí la existencia de error vicio, pero sí permite presumirlo».

Sobre tales bases, no se comparte la valoración que la sentencia de la Audiencia Provincial lleva a cabo sobre la diversidad de los tipos mínimos aplicados, para excluir el carácter de condición general de las cláusulas suelo, pues, conforme a la doctrina expuesta, la mera variación de los tipos mínimos, por sí sola, no constituye un sólido indicio, que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta.

III. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA: CARACTERIZACIÓN, FUNDAMENTO Y ALCANCE

A diferencia de la anterior sentencia de 9 de mayo de 2013, la actual sentencia de 8 de septiembre de 2014 no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que

²⁶ *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (AC 2011/1569).

²⁷ La Ley 3315/2014. Asimismo precisa que, en el caso como el presente en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a ese producto, sino que además debía hacer un informe sobre la situación financiera y el objetivo de inversión perseguido era lo que más le convenía.

En todo caso, se desestima el único motivo de casación porque la sentencia recurrida, al apreciar el error vicio y acordar la anulación del contrato de *swap*, no infringió la normativa MIFID ni la jurisprudencia sobre error vicio.

únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece. Ciertamente de los dos conceptos de «orden público económico» que atribuye amplios poderes a los jueces —parágrafo 111— y el «orden público económico» como argumento para que la sentencia carezca de eficacia retroactiva —parágrafo 293—, se opta por el primero. Con ello se continúa la doctrina de esta Sala iniciada con la sentencia de 18 de junio de 2012²⁸, y continuada por las sentencias de 17 y 18 enero de 2013²⁹, 13 de noviembre de 2013³⁰ y 30 de junio de 2014³¹, que declara que la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto afecte al

²⁸ RJ 2012/8857. En esta sentencia se trata de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, si bien, ese mayor interés se justificaba por las circunstancias singulares de refinanciación de dicha operación y por los riesgos que asumía el prestamista, a lo que se unía el hecho probado de que el prestatario conocía perfectamente y asumía esa circunstancia excepcional que implicaba un tipo de interés más elevado del normal por el riesgo, que entrañaba su refinanciación. Al respecto, en primer término, se refiere la sentencia a la relación entre los criterios interpretativos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el marco general de interpretación del Código Civil. Así se señala que «cabe establecer en el plano de la interpretación contractual que se da una clara compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, acuerdos y el marco general de interpretación del Código Civil. La razón primaria de esta compatibilidad radica en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que prevé la regulación de las condiciones generales de la contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (artículo 5.5. LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» se ha realizado desde una previa labor interpretativa. En todo caso, la razón de compatibilidad viene establecida expresamente en las reglas de interpretación de la citada ley, artículo 6.3, en donde se remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidos en el Código Civil. De forma implícita, idéntica protección la encontramos en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe «aclarar», esto es, interpretar, el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (artículo 9.2 de la Ley). Todo ello sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada «*interpretatio contra stipulationem*» o del alcance el principio de buena fe como elemento de interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil». Y, en segundo término —aunque bien como *obiter dictum*—, se delimita el control de transparencia como control separado y distinto del control de contenido. Se indicia que «el control de inclusión y el control de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido o control de abusividad, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93)». De forma que «no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa, sino, en su caso, de elementos esenciales del contrato que tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en su conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a tener para la otra parte».

²⁹ RJ 2013/1819; RJ 2013/1604.

³⁰ RJ 2013/7821.

³¹ RJ 2014/3526.

objeto principal del contrato de préstamo, no podrá ser declarada abusiva, aunque sí debió superar el control de transparencia en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula.

Ciertamente, la sentencia de 9 de mayo de 2013 sostiene que cabe un doble control de transparencia:

- El control de inclusión que supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011.
- Y, una vez incorporadas las condiciones al contrato, han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que la cláusula ha de ser clara y comprensible. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia).

Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro».

En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige que el consumidor pueda conocer la carga económica real del

contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector³² y, asimismo, que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Al respecto, los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia y que, según el auto de aclaración de 3 de junio de 2013, no constituyen lista cerrada, son:

- a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas, y
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Este control de transparencia, según indica la sentencia de 9 de mayo, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar si, en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el

³² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014, p. 336.

desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Es por ello que el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resultan contrarios a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato, pues cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando³³. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

En la sentencia de 8 de septiembre de 2014, operando únicamente sobre el control de transparencia real, y en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 junio 2012, 15 enero 2013³⁴, 17 y 18 de enero de 2013, 18 de noviembre de 2013³⁵ y 30 de junio de 2014) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación».

Por lo que, en atención al contexto descrito, conviene resaltar desde la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se tiende:

- En primer lugar, a superar la concepción liberal del contrato por negociación regulado por el Código Civil, basado en el principio del *pacta sunt servanda*, en aras, como establece la propia resolución, a una aplicación material de los principios de buena fe, en este caso no como fenómeno

³³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 (AC 2014/648); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 30 de abril de 2014 (AC 2014/1000), relativo a la falta de información suficiente y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

³⁴ RJ 2013/2276.

³⁵ RJ 2014/2233.

integrador de la voluntad (artículo 1258 del Código Civil), y de conmutatividad en el seno del fenómeno de las condiciones generales de la contratación y en los distintos planos de control y eficacia de este fenómeno.

- En segundo lugar, se destaca la realidad de la catalogación de la contratación bajo condiciones generales de la contratación como un modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en nuestro Código Civil. De ahí que, en el plano conceptual, este fenómeno representa un ámbito contractual propio que incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios. Por lo que la contratación en masa conceptualmente diferente del contrato por negociación tiene, a su vez, un presupuesto causal propio y específico. De forma que su fundamento no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente desde el plano del error vicio, como la del cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumpla con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta en sí misma considerada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 10 de marzo de 2014³⁶, 11 de marzo de 2014³⁷ y 7 de abril de 2014³⁸).

Sobre tales bases, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y por extensión en el desarrollo general del control de inclusión, se caracteriza, en primer lugar, por ser uno de los mecanismos de control de tal contratación, junto con el control de contenido, cuyo fundamento legal descansa en el artículo 5 de la Directiva 93/13, artículo 5.5 y 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículo 80.1 del texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios; y, en segundo lugar, queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta referida directamente a la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, supone que el consumidor y usuario ha de conocer y comprender las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como a la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (senten-

³⁶ RJ 2014/1467.

³⁷ RJ 2014/2114.

³⁸ RJ 2014/2184.

cia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014³⁹).

De acuerdo con la anterior caracterización debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales de la contratación, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. De lo que se pueden extraer diversas consecuencias relevantes en orden al juicio de valoración propio de este mecanismo de control:

1. Tal control es ajeno al error vicio y, en consecuencia, a la validez del consentimiento otorgado. Por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 (C-427/11)⁴⁰ y 14 de marzo de 2013 (C-415/11)⁴¹ y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014⁴²).
2. El control de transparencia como parte integrante del control general de abusividad no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.
3. El enjuiciamiento de la materia es de carácter exclusivamente jurisdiccional, lo que no puede ser suplido por el cumplimiento de la norma

³⁹ RJ 2014/3880.

⁴⁰ TJCE 2013/46.

⁴¹ TJCE 2013/89.

⁴² RJ 2014/3880.

sectorial bancaria en orden a la licitud y transparencia meramente formal de la cláusula en la contratación seriada.

4. Por último, sin perjuicio de la función prevalente que tienen los notarios sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real propia de este control debe inferirse, en una labor propiamente jurisdiccional, del propio desarrollo interpretativo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario «no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

En este contexto, el control de transparencia delimitado en la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido también reflejo en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (C-26/2013)⁴³, que analiza la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multidivisa que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas, sobre la base de cotización de venta de divisa aplicada por la entidad bancaria cuando el importe del préstamo se había obtenido conforme a la cotización de compra que generaba un beneficio a favor del banco, declaraba entre otros extremos que: «1. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que: a) Los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarca una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado de divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza; b) Tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4 apartado 2 de la Directiva 91/13.2. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también

⁴³ TJCE 2014/105.

que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. 3. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

La doctrina expuesta sobre el control de transparencia real, aplicado al caso de enjuiciamiento por la sentencia de 8 de septiembre de 2014, se centra en determinar si el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en dos momentos concretos: en la oferta comercial vinculante del préstamo y en la propia reglamentación contractual predispuesta. En este sentido, atendiendo al marco de la contratación realizada, se concluye que el predisponente, según la sentencia, no incluyó «los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar directamente el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba». En efecto, fuera del debate acerca de si la denominada cláusula suelo —sujeción a un interés mínimo— desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos el hecho que debe ser objeto de un tratamiento específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así, pues el consumidor de la cláusula suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni este alcance resultó destacado y diferenciado, ni el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios, objeto de análisis. Y es que la cláusula aparece inserta sin distinción específica, dentro de una cláusula más amplia y extensa referida al interés variable del préstamo.

Por otra parte, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento por parte del predisponente del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta, cabe plantearse, en su caso, si este control queda acreditado en el ámbito de la «transparencia formal o documental» que acompaña a este modo de contratar, particularmente el documento en donde se contempla la llamada «oferta vinculante». Se argumenta en la señalada sentencia que el citado documento sigue «el mismo esquema formal de las escrituras públicas de préstamo, en donde la cláusula suelo, referida genéricamente y sin más especificaciones a un “tipo mínimo anual” queda encuadrada en el apartado referido al “tipo de

interés variable” sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de la contratación; criterios que se remiten a los tenidos en cuenta por la sentencia de 9 de mayo de 2013».

Por lo que, recapitulando, podemos señalar lo siguiente:

- i) El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. Al respecto, la Sala destaca la naturaleza de la condición general de la contratación de la cláusula suelo con independencia de la licitud de la misma a tenor de la normativa sectorial bancaria de naturaleza administrativa, que no puede impedir la aplicación de la legislación sustantiva en la materia, desnaturalizando el control de legalidad que viene implícito en el control de transparencia y que debe ser aplicado en sede judicial.
- ii) A continuación se refiere al alcance del control de transparencia al que deben someterse las condiciones generales de la contratación y se indica que dicho control responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamentan las condiciones generales, de modo que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad e inteligencia gramatical de la formulación que se emplea, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor pueda evaluar las consecuencias económicas y jurídicas que se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.
- iii) Por lo que, aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso concreto que se enjuicia, el Tribunal concluye que la entidad bancaria no cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de la cláusula suelo en el curso de la oferta comercial vinculante y de la reglamentación contractual predispuesta, ya que no incluyó los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar el alcance jurídico de las cláusulas suelo, pues dicho alcance no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacada y diferenciado específicamente, ni el propio marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos

hipotecarios, en donde su referencia se realizó sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia referida a la regulación del «interés variable del préstamo».

En cuanto a la ineficacia de la cláusula suelo y sus efectos, si se atacara la cláusula conforme a la normativa protectora del adherente —consumidor—, su declaración de nulidad no conlleva la de todo el contrato, pues una correcta interpretación del artículo 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación señala que sólo procederá la nulidad total en el supuesto de invalidez de la cláusula afecta a un elemento esencial de una manera tal que el contrato no pueda subsistir sin ella, esto es, afectación en el sentido del artículo 1261 del Código Civil. Por tanto, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial citada contempla en el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato pueda subsistir, como sucede en el presente caso. Ahora bien, la sentencia no se pronuncia sobre los efectos que se tendrán sobre el contrato tras la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante (prestataria) se aquietó en este extremo con el fallo de la sentencia de Primera Instancia, que rechazó esta pretensión de condena a la devolución de las cantidades cobradas, con el argumento que su formulación en la demanda no reunía los requisitos de concreción que, a efectos de liquidez, establece el artículo 219 de la LEC. Al no apelar este pronunciamiento de la sentencia, la cuestión quedó imprejuizada en el ámbito de la casación.

Sin embargo, la sentencia de 9 de mayo de 2013 sí se pronunció sobre los efectos devolutivos de la ineficacia de la cláusula suelo; si bien, no hubo pronunciamiento sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo en general, sino solamente sobre la irretroactividad de la sentencia, lo que no impide la posibilidad de decidir en un juicio posterior y atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso si debe aplicarse o no la excepción a la regla general de la restitución de las prestaciones previstas en el artículo 1303 del Código Civil. Por lo que la sentencia carece de eficacia retroactiva no sólo en las situaciones decididas por sentencia firme —esto es, no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada—, sino también con respecto a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia.

Al respecto, para valorar la irretroactividad, la sentencia valora una serie de circunstancias a tener en cuenta:

1. La licitud de la cláusula suelo: Llega a la conclusión de que las cláusulas suelo en sí son lícitas, siendo abusivas en este caso por falta de transparencia una vez que las mismas han sido incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario.

2. Su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas relativas al coste del dinero.
3. La habitualidad de la cláusula, por lo que no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes.
4. Ha sido tolerada por el mercado desde antes del 2004.
5. La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia.
6. La finalidad de la fijación del tipo mínimo responde, según consta en el Informe del Banco de España, a mantener un rendimiento mínimo de esos activos que permitan a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones. Igualmente, según el expresado informe, las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos, lo que justifica la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario.
7. El riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden económico⁴⁴. Por lo que el Tribunal Supremo acude a los argumentos expuestos para no aplicar el artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, por la no restitución de las cantidades indebidamente cobradas por las cláusulas suelo⁴⁵.

⁴⁴ Señala CATENA REAL, R.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en las cláusulas suelo», *La Ley*, año XXXV, núm. 8385, 25 septiembre de 2014, p. 12, que «el Tribunal Supremo no debería anteponer estas razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que contempla el artículo 1303 del Código Civil que es parte de una ley, y que por lo tanto es fuente del Derecho según el sistema de fuentes del Derecho español». Asimismo, PERTIÑEZ VILCHEZ, Fco.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 14, manifiesta que los argumentos empleados por la sentencia para justificar la irretroactividad de la sentencia en contra de la regla de restitución recíproca de las prestaciones del artículo 1303 del Código Civil son más de carácter económico que jurídicos.

⁴⁵ En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 24 de febrero de 2014 (La Ley 16039/2014); y de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 8 de enero de 2014 (La Ley 68/2014). En contra, y a favor de la retroactividad de la sentencia propiciando la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde el inicio del préstamo hipotecario, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 16 de diciembre de 2013 (La Ley 213133/2013); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 12 de marzo de 2014 (La Ley 55707/2014); y de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 (AC 2014/648); y los Autos de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6ª, de 29

Por otra parte, este Tribunal determina que los efectos de la declaración de nulidad no se pueden hacer extensivos indiscriminadamente por dos razones: primera, porque AUSBANC no solicitó expresamente su eficacia a otras entidades que no fueran parte demandada, y segunda, por el casuismo propio de la nulidad debida a deficiencias de información. Por lo que entiende que los efectos quedan limitados «a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallan completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

Finalmente, se ha de indicar que la sentencia de 8 de septiembre de 2014 incluye un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO, que incide precisamente en la aplicación realizada del control de transparencia en determinados préstamos y considera que la cláusula suelo correspondiente a dos contratos de préstamo hipotecario analizados no deben ser declarados abusivos (en concreto, el contrato de 2007 concertado con Ernesto y el contrato de 2008 concertado con Mercedes), pues, después de varios años en que ha sido común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado además una oferta vinculante en la que se resalta de forma clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en su caso, 3,45 por 100 y en otra 2,85 por 100), determina que las cláusulas suelo que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida que no resultaba algo extraño y sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor «las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

En su valoración, el citado magistrado entiende que esta cláusula de limitación a la baja del interés variable no encierra dificultad de entendimiento por responder a una práctica comercial en la que participaron masivamente los consumidores, que coincide con el *boom* del mercado inmobiliario en que se pactaron estas cláusulas que eran conocidas por aquéllos y el coste que generaban. Se considera, además, que la ubicación de la cláusula del contrato es siempre la misma bajo la rúbrica «tipos de interés variable» (apartado 4), una vez que en los apartados anteriores se haya expuesto como se calcula el interés nominal del préstamo, en cada «período de interés» mediante la aplicación del «índice de referencia» al que se incrementa un margen que se mantendrá fijo durante toda la vida del préstamo y que se establece en 0,75 puntos. En la mayoría de los casos tanto el diferencial como el tipo de interés mínimo aparecen en negrita.

De este modo, considera el citado magistrado que la redacción de la cláusula no sólo es clara y comprensible, sino también que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de

de mayo de 2014 (AC 2014/1613); y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 13 de octubre de 2014 (JUR 260696)

cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada e introducida en un lugar del contrato que impide que se la pueda poner en relación con el interés pactado.

Asimismo, centra su enjuiciamiento en el control de transparencia al que considera distinto del error vicio del consentimiento, por lo que se permite con ello realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocerse que el interés del préstamo era variable, cuál era el índice de referencia y el diferencial aplicable, y en ningún caso el interés nominal así calculado será inferior a un determinado tipo de interés mínimo.

En este contexto, podemos concluir nuestro estudio señalando que las cláusulas suelo, en principio, son válidas, pero pueden ser declaradas ilícitas o abusivas por vía judicial o extrajudicial, precisamente por no superar los controles de inclusión, transparencia o contenido o abusividad. Si la cláusula afecta a un aspecto básico o esencial del contrato, su control será posible a través del principio de transparencia real, que es un control distinto al de inclusión y al del contenido o abusividad. Este control de transparencia se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato con el fin de que el adherente conozca o pueda conocer aquellas condiciones generales de la contratación que afectan a la carga económica que asume y a la posición jurídica que tiene el conjunto del contrato al que se adhiere. En todo caso, tal control se encuentra vinculado con la información precontractual previa recibida de forma adecuada y comprensible y la manifestación de un consentimiento informado sobre la base de tal información recibida. Por tanto, hay contravención del control de transparencia si la parte adherente no conoce su posición jurídica en el contrato y la afectación que tiene la cláusula en dicha posición contractual, precisamente por no haber recibido una información adecuada sobre el alcance de una cláusula que afecta a la posición jurídica que ocupa, y de la carga económica y jurídica que conlleva, la mayoría de las veces oculta entre una gran cantidad de condiciones generales. En todo caso, este control de transparencia insertado en el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales de la contratación tiene su propia autonomía, fundamento y razón causal, y opera como un mecanismo de control de la práctica negocial que funciona junto con el control de abusividad. La carga de la prueba de ese control de transparencia corresponde a la parte predisponente. Las consecuencias que una cláusula no supere el control de transparencia son las mismas que las previstas para las cláusulas abusivas. Por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, hay que hablar de nulidad parcial, afectando sólo a la cláusula; por el contrario, se procederá a declarar la nulidad total del contrato cuando la cláusula afecta a un elemento esencial de una manera tal que el contrato no pueda subsistir sin ella, esto es, afectación en el sentido del artículo 1261 del Código Civil. Por último, la sentencia, en orden al necesario principio de congruencia, no se ha pronunciado sobre el concreto ámbito subje-

tivo del control de transparencia. Por lo que cabe plantearse si el control de transparencia de la contratación seriada opera, al igual que el control de abusividad, sólo con respecto a los consumidores y usuarios, o es aplicable también a personas jurídicas —PYMES—. En todo caso, el ámbito subjetivo de control de transparencia previsto en el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es el fijado en el artículo 2 de la misma. Así, los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—, entendiéndose por profesional predisponente quien actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada, mientras que el adherente es un consumidor y usuario y también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

*(Trabajo recibido el 4/12/2014
y aceptado para su publicación el 31/12/2014)*

**LA SIMPLIFICACIÓN DE REQUISITOS EN EL
ARTÍCULO 42 DE LA LEY DE MODIFICACIONES
ESTRUCTURALES: MÍNIMOS ESTABLECIDOS PARA
GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE SOCIOS Y TERCEROS
(A propósito de la Resolución de 10 de abril de 2014 de la
Dirección General de los Registros y del Notariado)**

ANTONIO LOPERA PERALES

Notario

RESUMEN

El presente trabajo analiza la doctrina contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de abril de 2014, relativa a una operación de escisión parcial y fusión por absorción, profundizando en las peculiaridades del denominado «procedimiento simplificado» previsto para los acuerdos adoptados en Junta universal y por unanimidad y analizando la dimensión que, en tales supuestos, atribuye la actual Ley de Modificaciones Estructurales al principio de protección de socios y terceros.

Palabras clave: modificaciones estructurales, transposición de directivas, procedimiento simplificado, informe de auditores, proyecto, menciones del acuerdo, protección de socios, protección de trabajadores.

**THE SIMPLIFICATION OF REQUIREMENTS UNDER
ARTICLE 42 OF THE STRUCTURAL MODIFICATIONS
ACT: MINIMUMS ESTABLISHED TO ENSURE THE
PROTECTION OF PARTNERS AND THIRD PARTIES
(À propos of the Resolution dated April 10th, 2014, by the
Directorate-General for Public Registries and Notaries Public)**

ABSTRACT

The present article analyses the thinking contained in the Resolution adopted by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public on April 10th, 2014, regarding

a partial spin-off and takeover merger operation, delving more deeply into the peculiar features of the so-called “simplified procedure” foreseen for resolutions unanimously adopted at General Meetings in the presence of all partners and analysing the dimension that, in such scenarios, is attributed by the current Structural Modifications Act to the principle of protection for partners and third parties.

Keywords: structural modifications, transposition of directives, simplified procedure, auditors’ report, draft, mentions in agreement, protection of partners, protection of workforce.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIO. 1. El informe del auditor de cuentas. 2. Requisitos de la escisión parcial, el detalle de los elementos transmitidos. 3. Contenido del acuerdo de la Junta. 4. Información a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores. 5. El balance.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El supuesto del que se ocupa esta resolución resulta interesante al tratarse de una escisión de sociedad de capital acompañada de una fusión por absorción, por lo que las reglas a seguir no serán otras que las reflejadas en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, las cuales se encuentran en una etapa de utilización frecuente, ya que resultan especialmente útiles al servir como herramientas de adaptación a la nueva situación económica.

El caso además se sitúa en un marco muy especial dentro de esta ley, el de la denominada fusión simplificada que se contempla en el artículo 42, el cual, a su vez, ha sido recientemente reformado, tras una redacción anterior que ya había generado serios problemas de interpretación.

De nuevo surgen distintas maneras de valorar cómo debe funcionar el mecanismo, entrando en conflicto, por un lado, los intereses asociados a la necesidad de articular un procedimiento ágil y breve y, por otro lado, los relativos a la adecuada protección de terceros, como acreedores y trabajadores que demandarán mayor información para tener capacidad de reacción frente a la operación llevada a cabo y poder responder en su caso de un modo lo suficientemente meditado y fundamentado.

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se analiza el posible acceso al Registro Mercantil de una escritura de escisión parcial de una sociedad y su fusión por absorción de otra.

La sociedad absorbente está integrada por el único socio de la sociedad escindida y por otra persona.

En la escritura se expresa por el administrador de ambas sociedades que «conforme al artículo 42 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, y 1/2012, de 22 de junio, al haberse tomado dichos acuerdos en Junta Universal de socios, y por unanimidad de todos los socios con derecho a voto, no se aporta ninguno de los documentos exigidos por la Ley y no se efectúa informe de los administradores».

No se elaboró balance de escisión por considerarse como tal el último balance anual aprobado por la sociedad el día 31 de diciembre de 2012, balance que se aprueba por la Junta general que acordó la escisión, si bien se añade en la escritura calificada que: «Dicho balance está pendiente de verificación por el auditor correspondiente, que me entregarán y protocolizaré con la presente».

En este escenario, el registrador mercantil considera:

1. El informe del auditor de cuentas de la sociedad escindida parcial/absorbente —la cual está obligada a verificar las cuentas anuales—, de fecha **27/9/2013**, es posterior a la fecha **6/5/2013**, de adopción de las decisiones del socio único que aprueban las operaciones de escisión y fusión; y a los anuncios de fusión de fecha 28/6/2013; por lo que no pudo estar a disposición de las personas establecidas en el artículo 39 (socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores), por remisión del artículo 73, de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, con anterioridad a la celebración de las Juntas generales que aprueban la escisión.

Tampoco estuvo a disposición de los acreedores, junto con el balance de escisión, en la fecha de publicación de los anuncios de escisión.

Frente a dicha observación, el recurrente, administrador único de la sociedad, señala que, si bien es cierto todo lo antes señalado, también lo es que:

- a) El informe del auditor de cuentas en nada varía el balance de la sociedad.
- b) El acuerdo de escisión, una vez adoptado, se publicó en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenía su domicilio.
- c) Tras la publicación ningún acreedor solicitó información alguna, por lo que **es indiferente que existiera o no existiera el informe del auditor**.

Por su parte, la Dirección General apunta que, al igual que el supuesto de Junta Universal y unanimidad **no exime** de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión (con la excepción del artículo 78 bis), en cuanto sustrato económico del acuerdo, **tampoco exime** de la preceptiva aportación a la Junta del informe de verificación, sin el cual el acuerdo adoptado es contrario a derecho.

2. Respecto a la operación de escisión acordada, señala el registrador que es necesario que el detalle de los elementos transmitidos se haga con la debida separación de los elementos que integran el activo y pasivo, y con indicación del nombre de las cuentas en concreto, del activo y pasivo a la que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados, confeccionado con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable, sin que sirva únicamente el listado de cuentas que se aporta con la diferenciación del debe y haber.

Además se exigen una serie de aclaraciones, atendida la circunstancia que la sociedad beneficiaria no puede recibir más de lo que dispone la propia sociedad escindida (art. 36, 39.1.5.º y 45.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, 35 del Código de Comercio, Plan General de Contabilidad y 227.2.5.º del Reglamento del Registro Mercantil).

Frente a ello se alega por el recurrente:

- a) Que no ha habido incumplimiento en el presente caso, ya que, en el punto tres del orden del día, se especifica el número de cuenta de acuerdo con el Plan General Contable, se especifica el título de la cuenta por la que se efectúa el detalle de los elementos transmitidos..., relación de clientes, partidas pendientes, depósitos recibidos, la cuenta de caja y cuentas bancarias, especificando incluso las entidades y el número de cuenta donde se encuentran depositados dichos activos.
- b) Que el registrador mercantil se refiere en su nota de calificación al **artículo 74.1**, en cuanto alude al **proyecto de escisión**, y que el proyecto de escisión no se ha presentado en este caso **al haberse adoptado los acuerdos por unanimidad**.

La Dirección General confirma el defecto. A diferencia de lo que ocurre con la fusión, en la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios, en la escisión parcial se produce la separación del patrimonio social mediante el traspaso de una o varias partes del mismo a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. Por ello es necesario detallar la «designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a las sociedades beneficiarias», como dispone el artículo 74.1 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

3. Es necesario que el acuerdo de la Junta de la sociedad recoja las menciones mínimas configuradoras de la **escisión** aprobada. Por tanto, debe contener las menciones establecidas en el artículo 31 por remisión del artículo 73 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Respecto a la operación de **fusión** acordada, es necesario que los acuerdos de las Juntas de las sociedades absorbente y absorbida recojan todas y cada una de las **menciones mínimas configuradoras** de la fusión aprobada. Falta indicar determinadas menciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

Obsérvese que, si bien **del cuerpo de la escritura resultan** algunas, éstas deben de reproducirse entre los acuerdos adoptados, a efectos de cumplimentar debidamente el derecho de información de los socios y acreedores establecido en la Ley.

Se alega por la recurrente que dicho artículo 31 de la mencionada Ley se refiere al contenido del proyecto común de fusión, y dispone que el proyecto común de fusión contendrá al menos las menciones que enumera (once menciones). El artículo 73, cuando trata del régimen jurídico de la escisión, dispone en el apartado primero que la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión en esta Ley, con las salvedades contenidas en el mismo capítulo, entendiendo que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a la sociedad beneficiaria de la escisión. En consecuencia:

- Dicha remisión debe llevar a lo establecido en el **artículo 42** de la mencionada Ley sobre el acuerdo unánime de fusión.
- Si no es necesario ni publicar ni depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y no es necesario el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, no es necesario que **los acuerdos** adoptados para la fusión o la escisión y elevados a documento público contengan las menciones que prevé el artículo 31 o el artículo 74 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

La Dirección General también confirma el criterio del registrador por el cual exige que el acuerdo de las Juntas de ambas sociedades —la que se escinde y la beneficiaria, absorbente y absorbida— recoja las menciones mínimas configuradoras en la escisión y fusión aprobadas, establecidas en los artículos 31 y 73 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.

4. Del documento no resulta la **manifestación del otorgante**, bajo su responsabilidad y respecto a la sociedad escindida, **de que efectivamente no han sido restringidos los derechos de información que corresponden a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores**, sobre la escisión pretendida, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo (artículos 42, párrafo segundo, y 43 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles —por remisión del artículo 73 y artículo 227 del Reglamento del Registro Mercantil).

Del documento tampoco resulta esta manifestación del otorgante, bajo su responsabilidad y **respecto a la sociedad absorbente y absorbida**.

Contesta el recurrente que el artículo 42, párrafo segundo, dispone que los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en Junta Universal, pero lo que **no dice es que se deba efectuar manifestación alguna en la escritura en la que se eleven a público los acuerdos sociales adoptados**.

La Dirección General considera que, entre las medidas previstas en el régimen legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles para la protección de los distintos intereses afectados, se encuentran determinados **requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y escisión debe ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores**, entre otras personas (artículos 39 y 73 de la Ley 3/2009).

5. No se incorpora a la escritura el balance de fusión correspondiente a la sociedad absorbida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 3/2009 sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Se advierte que es uno de los documentos de los artículos 39 y 43 de la Ley, que ha de estar a disposición de las personas a las que se refieren los citados artículos, a la fecha de celebración de la Junta o/y a la fecha de la publicación de los anuncios de fusión.

El recurrente señala, por su parte, que los artículos mencionados por el registrador se refieren, en cuanto al 39, a la información sobre la fusión, que en este caso no se da **por haberse adoptado por acuerdo unánime** de fusión, según el artículo 42 de la Ley y, en cuanto al artículo 43, lo único que dispone es que el acuerdo de fusión se tiene que publicar en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio, pero no que deba publicarse dicho balance.

La Dirección General apunta que no sólo es necesario que el balance de la sociedad absorbida se ponga a disposición de las personas referidas en los artículos 39.1 y 43.1 de la Ley 3/2009, sino que dicho balance forme parte del contenido de la escritura de elevación a público de los acuerdos de fusión, como establecen claramente los artículos 45.1 de la misma Ley y 227.2.5.^a del Reglamento del Registro Mercantil.

III. COMENTARIO

Las ideas clave que deben de servir como punto de partida para comprender esta resolución aparentemente densa son sencillas de plantear en términos generales.

La primera idea es la de la configuración del procedimiento de actuación en sede de modificaciones estructurales como un mecanismo de protección del complejo conjunto de intereses que pueden resultar afectados en esta sede. Con el objetivo de garantizar dicha seguridad, la modificación estructural diseñada sólo producirá efectos si el proceso es respetado.

Ahora bien, ese proceso va a ser más o menos complejo en función de la diversidad de intereses existentes; por tanto, la ausencia de un determinado interés susceptible de protección hará inútiles los pasos del proceso que fueron previstos para su defensa.

En esta línea, la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, afirma con rotundidad que es preciso reducir las cargas de las sociedades al mínimo necesario. La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, la cual ha tenido como objetivo llevar a cabo la transposición a nuestro ordenamiento del contenido de la Directiva, insiste en las anteriores afirmaciones.

Ahora bien, todo ello debe hacerse siempre salvaguardando los sistemas de protección de los intereses de terceros. Es precisamente en torno a este último matiz donde se han producido los mayores problemas, ya que para algunos el grado de intensidad de la protección debería no sólo mantenerse en una línea paralela al resto de supuestos, sino incluso acrecentarse, teniendo en cuenta la mayor exposición ante una actuación rápida de la sociedad. Frente a estas posiciones encontramos otras que entenderían que el peso de la reforma recae precisamente en la agilidad, que no debería verse excesivamente lastrada por la existencia de quienes sólo potencialmente podrían verse afectados y que en caso de serlo ya cuentan en nuestro ordenamiento con mecanismos de protección suficientes.

Una vez realizado este planteamiento general, descendemos a lo concreto, al contenido de los distintos puntos de la resolución, referidos cada uno de ellos a determinados peldaños dentro del proceso de modificación estructural y al debate en torno al carácter esencial o no de los mismos.

1. El informe del auditor de cuentas

En este caso no se discute en torno a su necesidad o no, ya que el artículo 42, en el supuesto planteado de Junta Universal y unanimidad, exime de la presentación del informe de los administradores, pero no del informe del auditor. Se discute en torno al momento en que debe existir y si ese momento es o no esencial.

Si antepone el principio de agilidad podríamos darle tiempo al auditor mientras que el proceso se va desarrollando porque:

- El balance sí existe al tiempo del acuerdo, el acuerdo es publicado y no falta capacidad de reacción de terceros, al existir un plazo de oposición.
- Si, finalmente, el informe ratifica el balance podríamos entender que nada obsta a que se consigan los efectos perseguidos.
- Respecto de los socios de la sociedad, al haberse aprobado dicho acuerdo en Junta Universal y por unanimidad de todos los socios, es decir, en este caso por el socio único, parece que no existe lesión posible.

Finalmente, resultará muy interesante tener en cuenta el tenor literal del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales, y lo que implica. Señala este artículo: *«Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.»*

En el aspecto que a nosotros nos interesa especialmente, como es el de la protección de terceros, parece evidente en primer lugar que la inscripción de la operación no va a tener como efecto el de una sanación total de los posibles fallos que el proceso hubiese podido tener; así, si el que en principio aparece como un potencial perjudicado, entiende materializado dicho daño, tendrá abierta la acción de impugnación. Por otro lado y, además, podrá reclamar indemnización de daños y perjuicios, dado que del tenor del artículo 47 parece claro que ambos sistemas de protección podrían ser utilizados.

No obstante, resultará interesante tener muy en cuenta las razones por las que se ha defendido una solución contraria en este escenario y así poder asumir la posición del Centro Directivo que antes veíamos.

Acudiendo a un criterio de interpretación sistemático de la norma, no podemos obviar que las modificaciones estructurales aparecen contempladas en nuestro ordenamiento como operaciones que presentan un cierto carácter de excepcionalidad, que aparecen reguladas en una ley especial, apartándose ya en múltiples aspectos del proceso de las reglas generales existentes en la legislación reguladora de los distintos tipos societarios y que, por tanto, en estos casos de actuaciones simplificadas, en las que asistimos a escenarios con un plus de excepcionalidad, parece lo más prudente acudir a una interpretación restrictiva de la norma.

El ejercicio del derecho de información resulta determinante para un serio y responsable ejercicio del derecho de oposición. Esta máxima que, sin duda, se

infiera de la propia ley, además ha sido reconocida recientemente por la propia Dirección General (Resolución de 3 de octubre de 2013). Esta trascendencia la confirma el artículo 43.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales que, frente a la regulación anterior (artículo 242 de la Ley de Sociedades Anónimas), incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación individual comprenda «el derecho de oposición que corresponde a los acreedores», con lo que la correlación entre derecho de información y de oposición resulta clara.

Estando la sociedad obligada a verificar sus cuentas, es el informe de verificación el que ofrece la opinión técnica precisa e independiente para determinar si aquellas bases responden a la realidad de las cosas, y así lo establece la propia Ley de Auditoría. En definitiva, la conculcación del derecho de información genera como efecto la obstaculización del ejercicio del derecho de oposición al carecer sus destinatarios de los elementos de juicio previstos por el legislador para su normal desarrollo.

2. Requisitos de la escisión parcial, el detalle de los elementos transmitidos

Nos encontramos aquí ante la duda de si resulta admisible simplificar el proceso, incorporando a la hora de afrontar la modificación estructural un listado de cuentas, diferenciando con claridad entre el debe y haber, y omitiendo la elaboración de un proyecto, que entre otras cuestiones aluda a la designación y reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo.

En nuestro ordenamiento, tras la última reforma de la Ley de Modificaciones Estructurales, han sido varias las tesis que se han defendido en relación a la necesidad o no del proyecto.

Una primera posición se inclina abiertamente por defender su existencia, ajustándose al tenor literal del artículo 40, que lo configura como elemento esencial en el procedimiento, y a lo dispuesto en el artículo 42, que sólo se refiere a él para indicar que no es necesaria su publicación y depósito, pero que en ningún momento parece cuestionar su existencia.

Frente a dicha posición surgen otras que consideran que, si no hay que publicarlo, tampoco sería necesario prepararlo, bastando con que el acuerdo recogiese el contenido mínimo indispensable exigido por la ley.

Ahora bien, tanto si nos decantamos por la primera opción como por la segunda resultará esencial determinar cuál es el grado mínimo de detalle que debe utilizarse.

En relación a ese contenido mínimo habría que apuntar que la **exigencia legal de especificación de los elementos patrimoniales que son objeto de fragmen-**

tación puede revestir dificultades derivadas de la heterogénea composición del patrimonio afectado, en explotación, con elementos diversos que puede incluir meras relaciones de hecho.

Por ello, dado que se produce una transmisión patrimonial en bloque, por la vía de **sucesión universal**, la exigencia de designación de tales elementos no debería llevarse al extremo.

No obstante, lo que sí parece claro, aunque en la práctica con frecuencia no se cumpla, es que no es suficiente una mera relación de cuentas con distinción entre «debe» y «haber», con unos valores relativos a conceptos patrimoniales genéricos; resulta necesario enfocar mucho más la actuación, destacando con la debida separación los elementos que integran el activo y pasivo, indicando además el nombre de las cuentas en concreto, del activo y pasivo a la que pertenece cada una de las relaciones de elementos patrimoniales traspasados y actuando con arreglo a los criterios contables ordinarios establecidos en el Plan General Contable.

3. Contenido del acuerdo de la Junta

En un primer momento, y de nuevo con apoyo en la idea de que nos encontramos ante un supuesto de actuación simplificada, si no es necesario ni publicar ni depositar previamente los documentos exigidos por la Ley, y no es necesario el informe de los administradores sobre el proyecto de fusión, tampoco será necesario que **los acuerdos** adoptados para la fusión o la escisión y elevados a documento público contengan las **menciones** que prevé el artículo 31 o el artículo 74 de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

En este ámbito de actuación simplificada, los socios serán informados por los administradores sobre los distintos aspectos de las operaciones, y serán aquéllos con su voto unánime, como requiere el artículo 42, los que manifiesten que la información que se les ha suministrado ha sido suficiente.

No obstante, y en la misma línea que hemos visto en relación al resto de defectos apuntados, volvemos a encontrarnos con una interpretación distinta, aunque la celeridad, rapidez o mayor simplicidad del proceso se vean mermadas.

En este caso será interesante acudir a normas como los artículos 40 y 73 de Ley de Modificaciones Estructurales y el artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil, de donde se infiere que el acuerdo de la Junta general de ambas sociedades debe ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión y escisión. La necesidad de que **el acuerdo** contenga todas las menciones previstas para el proyecto de fusión o escisión tiene especial trascendencia en casos como el pre-

sente, en el que no se ha depositado ni publicado dicho proyecto. Y se ajusta a lo establecido en el artículo 43.1 de dicha Ley, que se refiere a la **publicación o comunicación del acuerdo de fusión —o escisión—, con constancia del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado.**

Además, según el artículo 45.1 de la Ley, las sociedades deben **eleva el acuerdo a escritura pública.** Llegados a este punto resulta interesante traer a colación la tesis de aquéllos, para quien, técnicamente, la dicción del artículo 45 no resulta exacta, pues los acuerdos de la Junta de cada sociedad tienen un alcance interno y por tanto necesitan **el consentimiento, que constituye el contrato de fusión. Dicho contrato se perfeccionará con la escritura pública,** la que por tanto no será un mero presupuesto o trámite para la inscripción.

Otra norma que resulta importante en este caso es el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que, al tratarse de acuerdos inscribibles relativos a la modificación «de la escritura o de los estatutos sociales», es preceptiva la transcripción literal del acuerdo; y deben consignarse en la certificación todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados.

4. Información a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores

Que la información a los trabajadores y a sus representantes deba existir es algo que podría parecer incuestionable, el problema está en si debe existir indicación expresa de ello a la hora de formalizar la modificación estructural.

Una primera interpretación, que no implicaría en cualquier caso incumplimiento del deber de información, considera que lo que resulta innecesario en principio es la referencia obligada tanto en el acuerdo como en la escritura en relación a este punto, ya que, aunque el artículo 43 hace referencia a que una vez adoptado el acuerdo de fusión, se publicará en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* y en uno de los diarios de gran circulación y, en dicho anuncio, se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el balance de la fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores no obliga a que se efectúe mención alguna a los trabajadores.

El artículo 31, en relación al contenido del proyecto, en su apartado once **se refiere a la indicación** de las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. Ahora bien, que el artículo 40.1 LME disponga que *«la fusión habrá de ser acordada necesaria-*

mente por la Junta de socios de cada una de las sociedades que participa en ella, ajustándose estrictamente al proyecto común de fusión», no ha de entenderse necesariamente como que es indispensable pronunciarse sobre todas las menciones que en el proyecto consten. **Hay ciertas menciones que no tendrían por objeto que la Junta se pronuncie acerca de ellas, sino que podrían tener sólo carácter informativo.** Reforzaría esta interpretación que el artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil no exige estas menciones como contenido esencial del acuerdo de fusión.

Los socios serían informados por los administradores sobre estos puntos, y serían ellos con su voto unánime, como requiere el artículo 42 de la Ley de Modificaciones Estructurales, los que manifiesten que la información que se les ha suministrado ha sido suficiente. Puede ser conveniente hacer mención en la escritura de que se ha dado esa información, pero no sería necesario, por no formar parte esas menciones del contenido esencial del acuerdo de fusión.

Finalmente también, aunque de un modo más tangencial, puede ser interesante valorar que en el debate abierto en torno a la posibilidad, tras la entrada en vigor de la Ley de Modificaciones Estructurales, de que puedan realizarse operaciones de aumento de capital con aportación de rama de actividad, al margen de la Ley de Modificaciones Estructurales y siendo reguladas por las normas generales relativas al aumento de capital, se argumentó por algunos que ello no era viable en la medida en que con la legislación especial se protegían mejor determinados derechos, como el de los trabajadores. Sin embargo, aunque con importantes matices en los que aquí no nos detendremos, dicha posibilidad fue finalmente admitida.

Frente a toda esta argumentación, y en la línea que venimos observando a lo largo del estudio de los distintos requisitos, también se defiende que es cierto que la verdadera tutela de los intereses de los trabajadores es la que resulta de la legislación laboral (por ejemplo, artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a la sucesión de empresa). Pero tal circunstancia no implica que en la elevación a público de los acuerdos de fusión y escisión, así como para inscribirlos, **pueda omitirse cualquier referencia al cumplimiento de las obligaciones y respecto de los derechos a que se alude en la Ley de Modificaciones Estructurales.** Así resulta de lo dispuesto en el artículo 227.2 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que la escritura recoja, entre otras circunstancias: «*1.ª La manifestación de los otorgantes, bajo su responsabilidad, sobre el cumplimiento de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas...*», precepto legal que se refería a la puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de los documentos informativos obligatorios en la fase preparatoria de la fusión. Por ello, aun cuando **el Reglamento del Registro Mercantil no se ha adaptado a la Ley de Modificaciones Estructurales, debe concluirse que la escritura deberá contener la declaración del otorgante sobre el cumplimen-**

to de la obligación de información impuesta por el citado artículo 39.1 también respecto de los trabajadores.

En lo que respecta a las normas de referencia dentro de la legislación especial de protección de los trabajadores, destacamos:

— El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que en la regulación de la sucesión de empresa apunta:

«El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión.*
- b) Motivos de la transmisión.*
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y*
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.*

En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las Juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.»

El problema, en el supuesto de actuación simplificada del artículo 42, es que NO hay convocatoria de Junta, por tanto, debería interpretarse el precepto acudiendo a las reglas que el propio artículo establece para otros supuestos, y así considerar que la información deberá comunicarse con antelación suficiente y en todo caso antes de la transmisión. En este caso parece razonable que los trabajadores cuenten con la información necesaria antes de que la Junta delibere.

— Por otro lado, el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, también deberá ser tenido en cuenta, al indicar que:

«El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario, de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:

- d) Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.»*

En este supuesto, lo que resulta especialmente relevante es el último inciso, es decir, que el criterio del comité de empresa deberá ser conocido por los socios en el momento de la deliberación, en aquellos supuestos en que la operación afecte al volumen de empleo.

Concluimos haciendo la advertencia de que, en este punto, la Dirección General se ha mostrado especialmente exigente. En la reciente Resolución de 21 de octubre de 2014 ha considerado necesaria la indicación expresa en la escritura aún en los casos en que los trabajadores no sean españoles, se encuentren en el extranjero y la normativa aplicable no sea el Estatuto de los Trabajadores.

5. El balance

Por último, y refiriéndonos ya al balance, lo identificamos como un documento informativo elaborado por los administradores de cada sociedad que interviene en la operación.

En cuanto a su utilidad, el balance resultará necesario para poder realizar una adecuada valoración de los patrimonios, con la finalidad de determinar correctamente tanto el tipo de canje como, en caso de absorción para adecuar los patrimonios aportados a la cifra de capital a ampliar, en su caso, por la sociedad absorbente.

La Directiva 2011/35/UE, en el último párrafo del apartado 1 del artículo 11, señala que las legislaciones nacionales pueden permitir que se prescinda de ese «estado contable» —no así de las cuentas anuales a las que se refiere el artículo 11, apartado 1.b)— cuando el acuerdo de fusión se adopte en ambas sociedades por acuerdo de todos los socios y demás personas que puedan ejercer el derecho a voto (así se admitió mediante la modificación que de la Tercera Directiva, 78/855/CEE, se realizó por la Directiva 2009/109/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009. Y, en el mismo sentido, respecto de la escisión, artículo 10 de la Directiva 82/891/CEE, también modificada por esta última).

Por tanto, parece claro que, aún en un contexto de protección intensa del derecho de información, como son las directivas europeas, se ha reconocido en supuestos excepcionales la posibilidad de prescindir del mismo.

Ahora bien, el problema es que esta posibilidad no ha sido acogida por nuestro legislador al transponer la mencionada Directiva de simplificación de obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, lo que contrasta con la exención contable respecto del balance que para la escisión por constitución de nuevas sociedades establece el artículo 78 bis de la Ley

3/2009, como consecuencia de la transposición del artículo 22.5 de la citada Sexta Directiva, 82/891/CEE.

Por tanto, entre la documentación que en la fase previa a la adopción del acuerdo de escisión o fusión debe ponerse a disposición de las personas referidas en el artículo 39.1 de la Ley de Modificaciones, debe incluirse el balance (sea el último anual aprobado o el formulado *ad hoc*) también en los casos en que los acuerdos se hayan adoptado en cada una de las sociedades en Junta general universal y por unanimidad de quienes puedan ejercer el derecho de voto (artículo 42.1 de dicha Ley).

En tales supuestos, al no publicarse ni depositarse previamente tales documentos, será suficiente que la correspondiente escritura contenga la declaración del otorgante sobre el cumplimiento de la obligación de información impuesta respecto de tal balance por el citado artículo 39.1, tal y como resulta de la disposición del artículo 227.2.1.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Y, para concluir, será necesaria la incorporación a la escritura pública, en la medida en que el artículo 45 de la Ley de Modificaciones se refiere expresamente a la obligación de incorporar el balance.

IV. BIBLIOGRAFÍA

GARRIDO DE PALMA, V. M.; ANSÓN PEIRONCELY, R.; BANACLOCHE PÉREZ, J., y ARANGUREN URRIZA, F. J.: *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2013.

GARRIDO DE PALMA, V. M.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍ MOYA, V.; ANSÓN PEIRONCELY, R.; ARANGUREN URRIZA, F. J.; GARCÍA DE BLAS, M. L., y JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Tirant lo Blanch, 2012.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., y GONZÁLEZ MENESES, M.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Dykinson, 2013.

VICENT CHULIÁ, F.: «Opciones de la Ley de Modificaciones Estructurales», *Notario del siglo XXI*, número 28, noviembre/diciembre 2009.

(Trabajo recibido el 22/11/2014
y aceptado para su publicación el 22/12/2014)

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA SOBRE
FINCA PERTENECIENTE A SOCIEDAD EN CONCURSO
DE ACREEDORES**
**(A propósito de la resolución de 1 de julio de 2014 de la
Dirección General de los Registros y del Notariado)**

JOSÉ FRANCISCO VELASCO PECHE
Notario

RESUMEN

En esta resolución de 1 de julio de 2014, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, se trata el problema de si puede tomarse anotación preventiva de una demanda por la que se ejercita acción de resolución de contrato de compraventa, ordenada por Juzgado ordinario, sobre una finca perteneciente a una sociedad declarada en concurso; o si, como considera el registrador, el mandamiento ordenando se tome anotación de demanda ha de expedirlo el juez de lo Mercantil que entiende del concurso en el que está incurso la demandada. Esta segunda tesis ha sido la refrendada por la Dirección General.

Palabras clave: Sociedad concursada, anotación preventiva de demanda, medidas cautelares, juez competente, titular registral.

**PREVENTIVE ANNOTATION OF LAWSUITS
REGARDING PROPERTIES BELONGING TO
INSOLVENT COMPANIES MAKING ARRANGEMENTS
WITH CREDITORS**
**(À propos of the resolution dated July 1st, 2014, by the
Directorate-General for Public Registries and Notaries
Public)**

ABSTRACT

This resolution dated July 1st, 2014, by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public deals with the problem of whether a preventive annotation can be taken of a lawsuit exercising an action for rescission of a sale contract on the instructions

JOSÉ FRANCISCO VELASCO PECHE

of the ordinary Court regarding a property belonging to a company declared insolvent; or whether, in the consideration of the registrar, the ruling ordering an annotation of the lawsuit has to be issued by the Judge of Business Affairs hearing the insolvency proceedings affecting the company sued. This second point of view has been confirmed by the Directorate-General.

Keywords: Insolvent company, preventive annotation of lawsuit, interim measures, competent judge, registered holder of title.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIO.

I. HECHOS

El presente comentario tiene por objeto la resolución de 1 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad interino de Valencia número 15, por la que se deniega una anotación preventiva de demanda ordenada por mandamiento de secretario judicial en procedimiento de medidas cautelares contra sociedad mercantil en concurso de acreedores.

Se plantea si sobre una finca registral propiedad de una sociedad declarada en concurso de acreedores debe el registrador practicar anotación preventiva de demanda de resolución de contrato de compraventa ordenada por mandamiento de secretario judicial en procedimiento de medidas cautelares.

El registrador califica negativamente el mandamiento judicial presentado el 12 de febrero de 2014 por el secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia de Valencia número 14, en cumplimiento del auto 264/2013, de 15 de mayo de 2013, dictado por la juez doña Asunción Solís García del Pozo. La nota de calificación señala que el mandamiento ordenando se tome anotación de demanda ha de expedirlo el juez de lo Mercantil número 6 de Madrid, que entiende del concurso en el que está inmerso el demandado

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

La calificación negativa del registrador, de forma un tanto escueta, se funda en los siguientes fundamentos de derecho: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2009; 14 de marzo de 2013 y de 8 de noviembre de 2013. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse.

Ante la negativa a practicar la anotación preventiva ordenada por parte del registrador de la Propiedad, el recurrente, entre otros, esgrimió los siguientes argumentos:

- Que la medida cautelar de anotación preventiva de demanda fue solicitada antes de que la sociedad fuera declarada en concurso de acreedores. El hecho de que la declaración de concurso se encuentre inscrita anteriormente es un problema de prioridad que no es objeto de discusión.
- Que la anotación preventiva de la demanda sólo puede ser solicitada junto a ésta, con ocasión de ella y acordada por el juez que de ella conoce; y que el cumplimiento de tal medida cautelar de anotación no requiere ninguno de los medios propios de la ejecución de sentencias.
- Que, en cualquier caso, sólo el juez del concurso puede ordenar la ejecución de la futura sentencia que viniese a amparar lo solicitado en la demanda cuya anotación se solicita, pudiendo dicha medida cautelar ser modificada por circunstancias derivadas del interés del concurso y por el juez que de él conoce.
- Que del artículo 8.4 de la Ley Concursal, reformado por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, resultaría que hoy la competencia del juez del concurso no excluye la de los árbitros en el dictado de las medidas cautelares adoptadas en aquellos procedimientos arbitrales en curso en el momento de la declaración del concurso, de modo que no se puede suponer que el legislador ha querido dar menor prerrogativa al juez ordinario en idéntica situación.
- Que conforme al artículo 51.1 de la Ley Concursal, los juicios declarativos en que el deudor sea parte entablados con anterioridad a su declaración de concurso continuarán sustanciándose ante el mismo Tribunal que estuviere conociendo ya antes de ellos.
- Que la calificación recurrida se funda en el artículo 8.1 de la Ley Concursal, que no sería aplicable al caso presente, sino sólo a los procesos que no se encontrasen previamente en trámite con anterioridad a la declaración del concurso.
- Y que la misma regla que se aplique al proceso principal debe aplicarse al de medidas cautelares, pues así se infiere del paralelismo en el tenor literal del artículo 8.1 y 8.4 de la Ley Concursal, siendo el proceso de adopción de medidas cautelares un proceso declarativo por accesoriadad e inseparable respecto del principal.

Ello no obstante, el Centro Directivo confirma la calificación del registrador, por cuanto:

- En primer término, y tras distinguir entre reglas de competencia dispositivas o de orden privado y reglas de competencia imperativas o de orden público, señala que las aplicables al caso presente pertenecen al segundo grupo, y por ello reconoce que la calificación del registrador se extiende a la competencia del juez o tribunal, ex artículo 100 del Reglamento Hipotecario.
- En segundo lugar, una vez le consta al registrador la situación de concurso, debe calificar con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa inscripción, pues a ello le obliga el principio de prioridad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria. Por ello, no cabe alegar que la demanda hubiese sido interpuesta antes de la declaración del concurso, aparte de que este punto no resulta del título presentado.
- En tercer lugar, ya la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal señala que *«el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos judiciales o administrativos»*. Y confirmando este criterio, el artículo 8.1 de la misma ley señala que: *«La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado...»*; criterio seguido igualmente por el artículo 8.4 en sede de medidas cautelares por remisión a aquél.
- Y por último, no cabe alegar que la excepción que el artículo 8.4 recoge respecto a las medidas cautelares dictadas en procedimientos arbitrales se extienda a las provenientes de procedimientos judiciales, puesto que es una excepción a la regla general, y como tal ley excepcional, no se aplicará a supuestos distintos de los comprendidos en ella, según el artículo 4.2 del Código Civil.

III. COMENTARIO

El Centro Directivo confirma su criterio reiterado en anteriores resoluciones arriba citadas. Esto es, la nota denegatoria es correcta, de acuerdo con la legislación sustantiva —en esencia, artículo 8 de la Ley Concursal— y adjetiva —fun-

damentalmente, artículo 17 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario—. El impecable razonamiento jurídico del Centro Directivo nos lleva a plantear dos cuestiones relacionadas con el caso que nos ocupa y que atañen a la racionalidad de nuestro ordenamiento.

En primer lugar, hemos de tener presente que el recurrente —que había ejercitado una acción de resolución de una compraventa— estaba interesado en obtener una anotación preventiva a su favor. Esta anotación preventiva ha de obtenerse mediante un mandamiento judicial, tal y como resulta del **artículo 42.1 LH**: «*Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real*» y del **artículo 43.1 LH**: «*En el caso del número 1.º del artículo anterior no podrá hacerse la anotación preventiva sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada a instancia de parte legítima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juzgador*». En el caso expuesto resulta que la voluntad de obtener dicha anotación preventiva tuvo que ser en todo caso anterior al 15 de mayo de 2013 —fecha del auto judicial—, no presentándose en el Registro mandamiento judicial hasta el 12 de febrero de 2014, cuando ya había accedido al mismo la declaración de concurso del titular registral. Se produce así un evidente perjuicio para todos los que ya sufren otro mal: la lentitud de la justicia en España.

En segundo lugar, detengámonos a considerar lo paradójico de que el artículo 8 de la Ley Concursal otorgue un tratamiento privilegiado a las medidas cautelares dictadas por un árbitro frente a las dictadas por un juez distinto al del concurso, impidiendo el carácter excepcional de la norma cualquier posible analogía o interpretación extensiva de la misma. Y es que tendemos a considerar las leyes vigentes como un todo racional y pensado al detalle, cuando la realidad nos muestra que las múltiples reformas que hoy experimentan las convierten en ocasiones en poco más que un cúmulo de sedimentos legislativos, donde se añora la armonía del conjunto.

*(Trabajo recibido el 13/11/2014
y aceptado para su publicación el 22/12/2014)*

RECENSIONES

GESTIONE DELL'IMPRESA E INTERFERENZE DI INTERESSI. TRASPARENZA, PONDERAZIONE E IMPARZIALITÀ NELL'AMMINISTRAZIONE DELLE S.P.A.

Milano, Giuffrè Editore, 2014, XIII + 222 páginas

Autor: Giuseppe GUIZZI

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia

1. El debate sobre el gobierno corporativo, verdadera «moda» intelectual de los últimos años, tanto en el terreno económico como en el jurídico, ha tenido, entre otras consecuencias, la de concentrar la atención de los juristas en el órgano de administración de las sociedades mercantiles y en particular de las cotizadas. Se ha desarrollado así una ingente bibliografía que, bien al hilo de acontecimientos económicos de todos conocidos, bien sobre la base de las continuas reformas legislativas llevadas a cabo en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, ha terminado por construir una depurada y amplia doctrina alrededor del órgano de administración social. En ella se presta atención no sólo a los aspectos clásicos de la materia, centrados en algunas —pocas— normas relativas al estatuto jurídico del administrador y al Consejo de administración, sino a múltiples materias nuevas o intensamente renovadas en una y otro. Desde el sofisticado tratamiento de la retribución, verdadero caballo de batalla en nuestros días, hasta el minucioso elenco de los deberes propios del cargo, pasando por la articulación interna del propio Consejo, mediante diversas comisiones y con posiciones diferenciadas de sus vocales, la regulación del órgano administrativo en las sociedades mercantiles viene a ser, recordando a Ortega y Gasset, «el tema de nuestro tiempo» dentro del Derecho de sociedades.

No quiere decirse con ello que los juristas —y, menos todavía, el legislador— hayan olvidado los restantes asuntos que forman parte constitutiva de nuestra disciplina. Basta cualquier repaso a la bibliografía reciente y, por supuesto, a la

incesante reforma legislativa que se produce por doquier, para apreciar que «no sólo de los administradores vive el Derecho de sociedades de nuestro tiempo». Pero resulta indudable que los temas fundamentales de esta materia jurídica suelen verse hoy por muchos con una perspectiva parcialmente distinta, por la necesidad de integrar en su estudio el protagonismo, general e intenso, de los administradores en todo lo relativo al funcionamiento de la sociedad. De este modo, se comprende mucho mejor que, a la hora de elegir temas de investigación en materia societaria, muchos de nuestros autores ciñan su campo de análisis a las cuestiones exclusivas o esencialmente propias del régimen jurídico de los administradores. Y es que, a pesar de los esfuerzos por «reactivar» el papel de los socios en la vida social, sobre todo por lo que se refiere a las grandes sociedades cotizadas y con el valioso concurso de los inversores institucionales, no parece dudoso que, por razón de competencia legislativa, desde luego, pero también por necesidades imperiosas de funcionamiento, sean los administradores el «centro organizador» de las sociedades mercantiles, en particular las de naturaleza capitalista.

Esa decisiva importancia impone, por un lado, el afinamiento de los mecanismos de control y responsabilidad de los administradores (en aplicación de la regla *Herrschaft-Haftung*), pero obliga, por otro, a concederles un amplio espacio de autonomía en el ejercicio de su cargo (de ahí la actualidad de la *Business Judgment Rule*), a fin de que puedan obtener para la sociedad que les ha designado los mejores resultados económicos. En esa compleja dialéctica, no fácil de traducir en preceptos jurídicos, viene a residir el núcleo fundamental de las cuestiones que afectan a los administradores como órgano gestor y representativo de una sociedad mercantil. Y misión de los juristas será, desde luego, hacer operativos los mandatos del legislador, con su labor de mediación social e interpretación normativa; pero, del mismo modo, corresponde hoy al jurista dedicado al esclarecimiento y resolución de los múltiples problemas que afectan a los administradores entender el significado esencial de su función, lo que implica conocer con detalle aspectos relativos a la gestión empresarial, muchos de los cuales se encuentran en la base de las normas jurídicas más recientes sobre los mismos.

2. En el marco de problemas y realidades que acabamos de describir se sitúa el libro de Giuseppe Guizzi, cuya reseña constituye el objeto de estas líneas. El autor, profesor ordinario de Derecho mercantil en la Universidad «Federico II» de Nápoles, es un reputado experto en el Derecho de sociedades, habiendo dedicado a su estudio muchos y muy valiosos trabajos. La obra que comentamos, como señala el propio autor en su presentación (págs. XI-XIII), parte de una preocupación ya antigua sobre el significado y caracteres de la gestión desarrollada por los administradores sociales y se sustenta en diversos estudios publicados en los últimos años. Como su propio título pone de manifiesto, y se expone con detalle en la introducción del libro (págs. 3-13), el motivo inspirador del análisis llevado a cabo por Guizzi se encuentra en la necesidad de deslindar los intereses que pue-

den interferir en la gestión de los administradores, con daño potencial, en su caso, para el interés social que aquéllos han de defender y promover. El supuesto del «administrador interesado», así como los fines y medios que pueden disponerse desde el ordenamiento para evitar que quede postergado el interés social, centran, entonces, el estudio del autor, articulado, en lo esencial, alrededor del Derecho italiano de sociedades, ampliamente reformado en 2003, sin ignorar, por otra parte, la contribución de otros ordenamientos, con especial referencia a los Estados Unidos y diversos países europeos, entre ellos España.

De acuerdo con este planteamiento, divide Guizzi su libro en cuatro capítulos: el primero (págs. 17-57) se titula «gestión de la empresa e intereses de los administradores»; el segundo (págs. 61-101), «gestión de la empresa e intereses de las personas vinculadas»; el tercero (págs. 105-142), «gestión de la empresa e intereses en el (y del) grupo»; el cuarto y último (págs. 145-201), «interferencia de intereses y responsabilidad por la gestión». Una amplia y detallada bibliografía (págs. 205-222), italiana e internacional, cierra el volumen.

3. El primer capítulo, de carácter básico, se centra en la interpretación y análisis del artículo 2391 del *Codice civile*, en el que, como es sabido, se ocupa el legislador italiano de establecer los criterios esenciales a los cuales habrán de adaptar su comportamiento los administradores de las sociedades por acciones, a fin de que no prevalezcan sobre el interés social otros intereses, bien propios de ellos, bien de terceros. Aunque hay elementos de continuidad con el *Codice civile* de 1942, encontramos algunas novedades dirigidas a reforzar la independencia e imparcialidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones. La primera regla, a tal efecto, es la de *transparencia*, conforme a la cual los administradores habrán de comunicar los intereses que puedan interferir en su actuación. Advierte el autor que tal información no puede agotarse en una mera noticia, sino que habrá de incluir datos significativos que aclaren el origen del interés, su naturaleza, sus caracteres y finalmente su alcance, en el marco de la decisión que el órgano de administración haya de adoptar.

La segunda regla es la de *ponderación*, mediante la que se trata de determinar cuáles podrán ser los efectos económicos (beneficiosos o perjudiciales) derivados de la decisión de los administradores, lo que requiere de manera imprescindible la oportuna motivación. Acertadamente, acentúa Guizzi, con argumentos, incluso, de Derecho público, la importancia de la motivación como elemento que limita la discrecionalidad, teniendo en cuenta, en particular, que los administradores desarrollan una *actividad funcionalizada*, al servicio de la sociedad que los ha designado. Por su parte, la tercera regla es la de *imparcialidad*, que supone para el administrador interesado el deber de abstenerse con motivo de la decisión que vaya a adoptarse. Destaca el autor la importancia de esta regla a propósito de la prohibición de competencia y la disciplina de las *corporate opportunities*. La primera está claramente asentada en los ordenamientos europeos, y requiere,

según Guizzi, utilizar conceptos propios del Derecho antitrust para su mejor entendimiento; la segunda, por su parte, proviene del mundo anglosajón y ha de ser interpretada de acuerdo con el llamado *expectancy test*, conforme al cual sólo puede hablarse de auténticas oportunidades de negocio respecto de aquellas en las que la sociedad tenga un interés concreto y actual o, en todo caso, una expectativa razonable en su realización.

4. Frente al carácter básico del apartado anterior, los dos capítulos siguientes constituyen, si se quiere, elementos particulares respecto del objeto del libro. Así sucede cuando, en el capítulo segundo, se ocupa el autor de la potencial incidencia de los intereses de personas vinculadas (*parti correlate*) en la gestión de la empresa. Aquí ha de contemplarse la disciplina *ad hoc* dictada en la materia por la Consob, órgano de vigilancia y supervisión de los mercados de valores en Italia, como es bien sabido. Por su propia naturaleza, nos encontramos ante una regulación plenamente imperativa, que se ocupa, con criterio muy amplio, de la determinación de lo que haya de entenderse por *parti correlate*. Dentro de ese tratamiento reglamentario destaca con especial importancia el capítulo dedicado a la información, que si tradicionalmente operaba *ex post*, se contempla ahora, sobre todo, *ex ante*, con una perspectiva «endosocietaria» destinada a poner de manifiesto la existencia de la «correlación» y sus posibles efectos.

Si este plano informativo expresa, dentro del terreno que nos ocupa, la regla de la transparencia, las reglas de ponderación e imparcialidad se materializan en la exigencia, verdaderamente singular en el panorama comparado, de un dictamen por parte de los administradores independientes. Este dictamen asume un papel absolutamente central, ya que condiciona los criterios que adopte en su momento el órgano competente para aprobar, en su caso, la operación con la parte vinculada. Dedicó Guizzi un buen número de páginas a analizar las características, contenido y vicisitudes de este dictamen, con especial atención al supuesto del dictamen negativo, lo que supone, en principio, una suerte de veto al acuerdo del Consejo de administración en la materia, salvo que se prevea la posibilidad de solicitar la autorización a la Junta general de socios. Concluye el capítulo con unas interesantes reflexiones sobre las operaciones con *parti correlate* en las sociedades cerradas, en cuyo ámbito la *full disclosure* y la motivación adecuada habrán de considerarse, a juicio del autor, imprescindibles.

5. También el capítulo tercero, dedicado a la incidencia de los intereses existentes en un grupo sobre la gestión de la empresa, constituye una suerte de supuesto especial respecto de las consideraciones expuestas en el primero. En este caso, además, concurren algunos elementos singulares, derivados de la propia naturaleza del grupo de sociedades, con un poder de dirección (más o menos) centralizado, y en cuyo ámbito, a diferencia de la sociedad-isla, la presencia de otros intereses en la gestión no es ocasional, sino constante. Se pregunta, de este modo, Guizzi si en el contexto de un grupo pueden aplicarse realmente los planteamientos estudiados hasta el momento, llegando a la conclusión de que no pare-

ce posible trasladarlos *sic et simpliciter* a dicho ámbito, so pena de dañar la propia funcionalidad del grupo. Postula, entonces, el autor, como criterio interpretativo, la relativa inobservancia de la regla (general) de transparencia, teniendo en cuenta, por otra parte, que la regulación del grupo en el Derecho italiano (arts. 2497 y sigs. *Codice civile*) impone especiales obligaciones de información, de acuerdo con la propia lógica de esta singular forma de empresa, en la que existe una interlocución continua y sistemática entre las diversas entidades que lo componen.

Algo similar ha de decirse a propósito de la regla de la ponderación, como consecuencia, esencialmente, de la motivación que impone la disciplina codificada, revestida, no obstante, con caracteres especiales frente a la que se establece en el artículo 2391. Las mismas consideraciones sirven, finalmente, para la regla de la imparcialidad, con especial relieve respecto de las *corporate opportunities*. El capítulo se cierra con una serie de interesantes consideraciones a propósito de las operaciones con partes vinculadas en el ámbito del grupo, donde se pone de manifiesto, una vez más, la dificultad de conciliar el tratamiento general de este tipo de operaciones con la *ratio* inspiradora de la disciplina de los grupos en el Derecho italiano.

6. El cuarto y último capítulo del libro de Giuseppe Guizzi se centra en el importante asunto de las consecuencias que, desde el punto de vista de la responsabilidad, tiene la interferencia de intereses en el ámbito de la gestión empresarial. Comienza el autor señalando que la impronta *procedimental* impuesta por la disciplina codificada a la actividad decisoria de los administradores tiene efectos inmediatos en el terreno de la responsabilidad; en este sentido, cuanto más rígidamente se configuren los modelos a que ha de someterse la actividad de los administradores, más fácil será comprobar si se ha observado o no la diligencia debida. Especiales características tiene, en el ámbito del deber de lealtad, la responsabilidad por apropiación de *corporate opportunities*, dado que, en este caso, la responsabilidad no constituye remedio para el incumplimiento de una obligación, sino, más bien, instrumento de reintegración en la esfera jurídico-patrimonial de la sociedad.

Se ocupa seguidamente el autor de la responsabilidad en las operaciones dentro del grupo, advirtiendo, como criterio metodológico, que, a tal efecto, será necesario averiguar el modo en que se realice el poder de dirección; no se tratará tanto, en dicho ámbito, de que una concreta operación haya sido perjudicial, sino, más bien, de que a la sociedad afectada no le hayan correspondido *medio tempore* consecuencias positivas derivadas de su participación en el grupo, poniendo de manifiesto el autor las concomitancias de esta situación con la disciplina prevista en el Anteproyecto español de Código Mercantil. Dedicó Guizzi un buen número de páginas a desentrañar los complejos problemas de legitimación activa y pasiva a propósito de la responsabilidad en el supuesto del grupo de sociedades, para proseguir y concluir su indagación en este capítulo con un detenido análisis de las

consecuencias que, en materia de responsabilidad, pueden tener los perjuicios derivados de operaciones con *parti correlate*, con importantes matices, igualmente, en lo que atañe a la legitimación.

7. La reseña, inevitablemente sintética, del libro escrito por Giuseppe Guizzi puede servir para mostrar al lector la trascendencia de los temas tratados, así como el rigor y la minuciosidad del tratamiento. Hay que añadir, además, que las soluciones aportadas por el autor a las numerosas e intrincadas cuestiones objeto de estudio se suelen caracterizar por el conocimiento sustantivo de los temas de fondo en cada materia; en ellas, por otra parte, siempre luce una destacada *ponderación* (valga la redundancia), que conduce a nuestro autor a buscar, tras detallados razonamientos, la mejor tutela de los intereses necesitados de protección, sobre la base de una cuidadosa y fundada interpretación del Derecho aplicable. Buena parte de los asuntos analizados tienen, como ya se ha señalado, una dimensión general y se plantean, por tanto, en muy distintos ordenamientos, a los que Guizzi presta la atención debida, sobre la base de su buen conocimiento de la legislación y de la doctrina de otros países. Se ofrece, así, al lector una acertada exposición de la interferencia de intereses en el ámbito de la gestión empresarial, un tema permanente en dicha disciplina, al que el paso del tiempo y las circunstancias sociales y económicas (dentro de las cuales no puede ignorarse el importante efecto de la actual crisis) han ido añadiendo numerosas particularidades.

De lo que antecede se deduce que el libro de Giuseppe Guizzi, aquí comentado, constituye por su elevada calidad una obra de consulta obligada para todos aquellos que, no sólo desde la vertiente jurídica, se ocupan de los múltiples aspectos e intereses que circundan la actividad de gestión empresarial. Pero, aunque el trabajo de nuestro autor intenta ser siempre detallado y preciso, huyendo de generalidades y opiniones descomprometidas, el juicio positivo que acabamos de formular sobre el mismo se ve enriquecido, además, por su carácter indudablemente *seminal*, con expresión que ha hecho fortuna en el ámbito anglosajón, tan relevante en la materia. Queremos decir con ello que, en realidad, el libro reseñado, más allá de sus resultados concretos, desvela un amplio elenco de cuestiones necesitadas de ulterior reflexión y tratamiento. Cabría indicar, entonces, que el trabajo de Guizzi, visto desde una perspectiva doctrinal (y también, incluso, práctica) formula un auténtico programa de investigación, siendo de esperar que pueda el autor aportar, en ese marco, nuevos y brillantes resultados. No parece posible, a nuestro juicio, una valoración más positiva.

(Trabajo recibido el 7/10/2014
y aceptado para su publicación el 17/10/2014)

LAS GARANTÍAS PERSONALES EN EL CONCURSO CON ESPECIAL REFERENCIA A LA FIANZA

Autor: Manuel José ALONSO NÚÑEZ

Tesis doctoral dirigida por don Manuel RIVERA FERNÁNDEZ en la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado

RAFAEL MORALES GORDILLO

Notario

La presente tesis analiza con profusión un tema complejo y moderno como es la especial naturaleza del concurso de acreedores y, como ello afecta a las garantías personales y en concreto a la fianza, haciendo un estudio pormenorizado y práctico de la distinta casuística y de cómo se adapta a la misma nuestra legislación, desde la redacción originaria de la Ley Concursal del 2003 hasta hoy, lo que convierte este trabajo en una lectura de nivel muy práctica y de gran actualidad.

Don Manuel José Alonso estructura su tesis en cinco grandes bloques:

El primer gran bloque se refiere al efecto del concurso sobre las garantías personales, sus aspectos distintivos respecto de las garantías reales, el perfil concreto de las garantías personales en la Ley Concursal y su especial atractivo en dicho marco con un estudio pormenorizado de los efectos del concurso sobre la fianza, los créditos afianzados y sobre el beneficio de excusión.

En efecto, la triple función solutoria, conservativa y sancionadora del concurso ha de buscar un equilibrio entre, de un lado, el interés del acreedor garantizado que busca dichas garantías para evitar o esquivar la insolvencia del deudor y, de otro, la propia finalidad del concurso, evitando que los efectos de la declaración del concurso, tales como la imposibilidad de ejercicio de acciones individuales (art. 55 LC) o la suspensión de las que ya estén en curso cuando éste se declara (arts. 51 y 56 LC), desvirtúen las garantías y ello pudiera provocar un beneficio injustificado para el deudor en perjuicio del acreedor garantizado.

Distingue el autor las garantías reales, respecto de las cuales detalla los principios básicos por los que se suelen regir en países de nuestro entorno, siguiendo distintos sistemas y principios como los de:

- Inmunidad: que supone una separación de los bienes que sirven de garantía y una abstención en cuanto que no les afectan los acuerdos que en el convenio pudieran adoptarse.
- Supeditación: que observa ciertas restricciones respecto de los derechos del acreedor garantizado, como la obligación de inscribirse en el pasivo, la paralización de acciones individuales o la sujeción a las esperas para salvar y hacer viable las empresas, que puede llegar incluso a la purga o a la sustitución de una garantía por otra.
- Inclusión de las garantías reales en el concurso: que es precisamente el que sigue nuestro artículo 56 LC, impidiendo que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal (art. 49 LC) y que ningún bien se detraiga de la misma (art. 76 LC), si bien, aunque el sistema sea de inclusión, para los bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional, el sistema parece más de inmunidad.

Es precisamente, y como señala el autor, la sumisión de las garantías reales al concurso, lo que ocasiona un notable impulso a la proliferación de las garantías personales y a la exigencia de los llamados deudores de refuerzo, como deudores solidarios, avalistas o fiadores.

Ciertamente, la relación directa entre el acreedor y el deudor ha obligado al legislador a establecer una normativa en los casos de concurso, en interés de los demás acreedores. Así, la declaración de concurso, entre otros efectos, impide al acreedor el ejercicio de acciones individuales dirigidas a la satisfacción de su crédito (art. 55 y ss. LC) y le exige incorporarse, previo reconocimiento y calificación de su posición jurídica, a la comunidad de acreedores y a los dictados de interés general del concurso. Pero la obligación de garantía no queda afectada por éste. El acreedor puede eludir los efectos del concurso cuando tenga a su favor fianza, aval u otra garantía personal, exigiendo al garante que haga frente a la obligación asumida, sin perjuicio de que éste, una vez que haya pagado, pueda subrogarse en los derechos que el acreedor satisfecho tuviera contra el deudor, de forma que será dicho garante quien asumirá las consecuencias del concurso del deudor garantizado y obtendrá por el pago la posición de acreedor del deudor, aspirando al cobro de su crédito en el procedimiento concursal.

Esta circunstancia exige que el legislador actúe de dos determinadas formas: por una parte, que tutele el interés del garante en el concurso para que no pierda los derechos que pudieran corresponderle y, por otra parte, que tome las medidas

necesarias para impedir la presencia de determinados garantes en el procedimiento concurso que puedan perjudicar al resto de acreedores, especialmente prevaleciéndose de su especial relación con el concursado, como son los casos que regulan los artículos 87.6, 87.7, 160 y 135.1 y 2 LC, o la regulación de los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6 de la misma Ley, entre otros.

A efectos del concurso, carece de relevancia práctica el que el garante personal reciba la calificación de fiador, avalista, garante a primer requerimiento, codeudor solidario, persona que asume cumulativamente una deuda ajena, asegurador de crédito o caución. Lo esencial, como bien ha señalado PULGAR EZQUERRA, es la existencia de un patrimonio suplementario. Es por ello que este tipo de garantías tienen un especial atractivo en el marco concursal desde el momento en el que se constituyen como garantías externas al deudor (empresario o no) que evitan la vinculación o inmovilización (característica de las garantías reales) del patrimonio empresarial necesario para la explotación, como presupuesto inexcusable para acceder al crédito.

En consecuencia, la concurrencia del acreedor principal y del fiador en el concurso introduce un elemento sumamente complejo que el derecho de insolvencia debe solucionar de la manera menos traumática para todos los implicados (acreedores, garantes y deudores insolventes).

El **capítulo segundo** se refiere a la comunicación y reconocimiento del crédito del acreedor concursal garantizado.

El artículo 85.1 LC impone a todos los acreedores, sin excepción alguna, y por tanto también a los fiadores, la carga de comunicar sus créditos a la administración concursal en tiempo y forma, con la finalidad de ser sometido a verificación, a los efectos de convertirse en «acreedor concurrente».

Y sobre este marco se detalla el régimen de la comunicación, su naturaleza y necesidad, el reconocimiento del crédito del acreedor y de los créditos afianzados, el pago parcial preconcursal y posconcursal, la comunicación y el reconocimiento en el crédito de regreso del fiador, la posición jurídica de los fiadores en la fase de comunicación y reconocimiento, las acciones de relevación y cobertura del fiador y una especial consideración respecto de los concursos múltiples y las soluciones de coordinación entre los mismos, cerrando el capítulo con los efectos extraconcursoales del reconocimiento de créditos.

El **capítulo tercero** se refiere a la fase de convenio del concurso y, tras hacer un análisis de su concepto y naturaleza jurídica, lleva a cabo una comparación de los elementos objetivos y subjetivos del convenio respecto de la anterior regulación.

El carácter vinculante del concurso, su incidencia en las garantías personales y en los intereses de los deudores de refuerzo son el núcleo base de este capítulo.

En cuanto a los cambios en los elementos objetivos en el convenio destaca Alonso que, si bien la nueva Ley como principio esencial del convenio defiende la autonomía de la voluntad para la determinación del contenido del mismo, sin embargo, al objeto de evitar ciertos abusos pasados, la Ley ha impuesto determinados límites a la autonomía de la voluntad. Así, entre las limitaciones establecidas en la LC está la necesidad de pactar una quita o espera. El artículo 100.1 de la Ley, al determinar el alcance y los límites del contenido de la propuesta de convenio dispone que *«la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio»*. Asimismo, en el apartado segundo del referido artículo 100 se admite la posibilidad de incluir en el convenio proposiciones alternativas, que según parece deducirse de la redacción del artículo deberían tener carácter adicional a la quita o espera.

La Ley establece dos excepciones a los límites de quita y espera referidos anteriormente. La primera excepción está contenida en el mismo artículo 100.1 LC en su segundo párrafo, que se refiere a empresas cuya actividad tiene especial trascendencia para la economía. La segunda excepción a los límites de quita y espera se da en el caso de una propuesta de convenio anticipado. En este caso, la Ley establece —para aquellos supuestos en que el convenio prevea que los recursos para su cumplimiento se generarán de la propia actividad empresarial del deudor (es decir, cuando no se obtengan por la enajenación de bienes)— que el juez pueda autorizar motivadamente y a solicitud del deudor la superación de los referidos límites en la propuesta de convenio (artículo 104.2 LC). Cabe discutir, según Alonso, si la cautela que introduce la Ley limitando la cuantía de la quita y el tiempo de la espera es necesaria para evitar el abuso de la autonomía de la voluntad, dado que los peligros de que algo así ocurra en el nuevo marco concursal no parece que existan. En efecto, además de la inexistencia del riesgo de que los acreedores relacionados con el deudor impongan un convenio al resto de los acreedores al haberse privado a aquéllos del derecho de voto (artículo 122 LC), la nueva estructura única del procedimiento concursal establecida por la Ley aporta un mayor control sobre el contenido del convenio y evita dilaciones y gastos innecesarios que pudieran presionar indirectamente a los acreedores a aceptar cualquier convenio que le presente el deudor.

Cabe destacar que el artículo 100.2 LC no permite realizar proposiciones alternativas a grupos concretos de acreedores (por ejemplo, a los acreedores por suministro), ya que el precepto se refiere a clases de acreedores, y éstos son los que establece el artículo 89.1 LC (privilegiados, ordinarios y subordinados). En

segundo lugar, se enfatiza que la Ley deja abierta la posibilidad de que se puedan diseñar otras alternativas diferentes de las que enumera, siempre y cuando no sean contrarias a lo establecido en la Ley (por ejemplo, la alternativa de pagar cediendo bienes o derechos en pago o para pago no sería admisible en cuanto está prohibida expresamente por el párrafo tercero del artículo 100.3 LC). Con relación a los acreedores subordinados, el párrafo segundo del artículo 134.1 LC dispone que únicamente podrá escogerse entre aquellas propuestas alternativas que establezcan la conversión de sus créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales, o en créditos participativos y no otras que se pudieran presentar distintas de la quita y espera y, si las propuestas alternativas que se presenten tienen efectos similares a la quita o a la espera, dichas alternativas deben cumplir con los límites previstos a tal efecto en el párrafo primero del artículo 100.1 LC (apartado 3.1 del artículo 134 LC).

Esta limitación de la autonomía de la voluntad entiende el doctorando que merece una cierta crítica. En primer lugar, considera que la imposición de los mencionados límites es criticable por cuanto que los acreedores deben tener libertad para configurar el convenio en la forma que mejor les convenga para sus intereses, y para ello los propios acreedores son los que están en una mejor posición para saber escoger la mejor forma para tal fin.

En segundo lugar, la imposición de límites aplicables al convenio impide que se puedan acordar convenios ajustados a la problemática de cada caso. La práctica, añade Alonso, demuestra repetidamente que el mejor convenio posible será aquel que mejor se adapte a la situación concursal concreta (por ejemplo, según el tipo de deudor, su situación, la situación de la economía, un mercado concreto, los límites o condicionamientos económicos y jurídicos para enajenar cierto tipo de activos, etc.). En tercer lugar, la posibilidad de cometer abusos al amparo de la autonomía de la voluntad ya se ha eliminado con la reforma de ciertos aspectos. Y por ello concluye que legislaciones concursales que han sufrido una gran transformación reciente, como puede ser la alemana, que en su regulación anterior obstaculizaba la reestructuración de empresas, han optado por respetar la autonomía de la voluntad de forma radical, sin perjuicio de la supervisión de los tribunales y la administración del concurso y así no sería necesario restringir adicionalmente la libertad de pacto en el convenio para evitar dichos abusos.

Desde el punto de vista de la accesoriadad de la fianza plantea la interesante cuestión de la adecuada diligencia del acreedor garantizado o incluso una comunidad de intereses entre acreedor y fiador.

En este sentido, el fiador no sólo tiene la posibilidad de insinuar su crédito como contingente en el concurso y ello le da perfecto acceso a la información que se genera en el mismo, así como a las deliberaciones de la propia Junta de acreedores, donde en principio acude con voz, pero sin voto; sino que desde la apertu-

ra del concurso hasta la votación del posible convenio tiene la posibilidad de situarse en la posición del acreedor principal cumpliendo el crédito.

En consecuencia, ante la falta de pago por parte del deudor, el fiador debe asumir las consecuencias que se deban derivar del sentido del voto del acreedor garantizado, y el autor se pregunta: ¿por qué debe velar por el interés del garante?

A esta última cuestión se ha querido dar respuesta sosteniendo la existencia de una comunidad de intereses entre el acreedor y el tercero garante. Dicha comunidad determinaría la necesidad de que el acreedor, al votar, contemple todos los intereses concurrentes, votando en el sentido de lo eventualmente pactado con el garante con anterioridad o durante el concurso (pactos orientados a que, en caso de convenio concursal, no se acordarán quitas superiores a una cantidad o esperas superiores a un plazo de tiempo) o, en todo caso, no perjudicando los intereses del fiador. De lo contrario, cabría la aplicación del artículo 1852 del Código Civil, por el cual el fiador podría quedar liberado de su obligación siempre que viera perjudicada su «subrogación» por algún hecho del acreedor: «el voto favorable a un convenio perjudicial para el garante»; o bien, en caso de ejercicio abusivo de su derecho de voto, acudir a la aplicación del artículo 7 del Código Civil.

El **capítulo cuarto** se refiere a una cuestión muy frecuente en nuestro tiempo. Estudia los acuerdos de refinanciación de deudas y su incidencia en las garantías personales haciendo un recorrido por los distintos acuerdos preconcursales de refinanciación, de las propuestas anticipadas de convenio y sobre su contenido financiero y otros contenidos adicionales que puedan salvaguardar la viabilidad de la empresa como condonaciones, plazos de carencia, modificaciones estructurales o pactos de supervisión de la gestión del deudor.

Detalla pormenorizadamente los deudores que pueden proponer los acuerdos de refinanciación general o particular y los acreedores que pueden formar parte del acuerdo de refinanciación y el papel concreto de las entidades financieras acreedoras en los acuerdos particulares de refinanciación.

Tiene especial interés por ser el eje de la tesis, las garantías personales y cómo afecta el acuerdo de refinanciación a dichas garantías.

Plantea el autor qué ocurre en cuanto a los acuerdos de refinanciación preconcursal y particulares con entidades financieras sometidos a homologación judicial que también constituyen acuerdos de voluntades entre el deudor y algunos de sus acreedores sobre el modo de arreglo del pasivo, sometidos a la correspondiente homologación judicial. Cuando dichos acuerdos tienen como objeto la homologación de los efectos de la espera, la cuestión dudosa se plantea en el sentido de saber si dicho acuerdo de espera afectará a las entidades financieras acreedoras no intervinientes o disidentes, ya que, por una parte, en principio, estarían bajo el

paraguas del principio de relatividad de los contratos consagrada en nuestro Código Civil en su artículo 1257, y por otra les protegería el carácter necesariamente consensual de la novación de obligaciones (arts. 1202 y ss. CC). En el mismo sentido, y especialmente, se vuelve a plantear la cuestión dudosa sobre si la extensión de los efectos de la espera y su homologación judicial afectaría, en relación a los acreedores, a la existencia misma de las garantías personales y, en relación a los garantes fiadores, avalistas y obligados solidarios, sobre si las garantías personales quedarían afectadas por aquella homologación judicial frente a éstos.

En principio, un acuerdo de refinanciación que contuviere una espera y prórroga sin el consentimiento del garante y en particular del fiador, e incluso sin el consentimiento del acreedor, hubiera supuesto la extinción de la fianza, ya que, conforme al artículo 1851 CC, la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, lo que sería también predicable de cualquier otro tipo de garantía personal. No obstante, el legislador ha contemplado expresamente esta situación en la DA 4.^a 5 LC al decir que: «Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos».

Por tanto, el legislador resuelve la cuestión en esta DA 4.^a 5 LC mediante la introducción de una excepción a la regla general de la relatividad de los contratos y al carácter consensual de la novación de obligaciones. De acuerdo con ello, los efectos de la espera homologada judicialmente afectará a los acreedores disidentes o no participantes, a quienes el acuerdo de espera vincula, pero no perderán sus garantías personales, de tal manera que los fiadores, avalistas y obligados solidarios no podrán ejercitar los derechos que nacen de los artículos 1826 y 1851 a 1853 CC, 37 LCCH y 1143 y 1146 CC, respectivamente. En definitiva, esta regulación llega a la misma solución que recogía ya el artículo 135.2 LC.

Concluye este capítulo con especialidades en refinanciación por medio de sindicación de créditos con pacto de subordinación y por medio de compras y fusiones apalancadas.

Cierra la tesis un quinto capítulo que se ocupa de calificación de los créditos con garantía personal, haciendo un recorrido histórico desde la redacción originaria de 2003 para seguir con la interpretación del artículo 87.6 LC tras la reforma del 2009, resaltando los cambios gramaticales recogidos en la nueva redacción y su trascendencia.

En efecto, la nueva norma da pautas de interpretación para llegar a la conclusión de separar en la redacción del artículo 87.6 LC la regulación de la situación del acreedor principal (1.^a proposición) y la regulación del crédito del fiador (2.^a proposición). De tal manera que el crédito del acreedor principal debe de reconocerse por su importe y sin limitación, independientemente de que esté garantizado con fianza y de si se haya o no producido la subrogación y, cuando se produzca ésta, la subrogación por pago —y por tanto se refiera al crédito del fiador— es cuando se optará por la calificación que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponda al acreedor o fiador. De ello debemos sacar la conclusión de que se optará por la calificación menos gravosa para el concurso cuando, habiéndose producido la subrogación, se vaya a calificar exclusivamente el crédito del fiador.

En suma, se trata de una cláusula de salvaguarda a través de la que, desde la perspectiva de la interpretación gramatical expuesta, la Ley Concursal evita que el mecanismo de la subrogación por pago del fiador sirva para defraudar las normas de clasificación de los créditos subordinados. El supuesto más común sería aquél en que el crédito fuera afianzado por personas especialmente relacionadas con el concursado. En esta circunstancia, lo que resulta «gravoso para el concurso» es que el fiador especialmente relacionado con el concursado, que paga y que, por consiguiente, obtiene un crédito de reembolso contra el deudor concursado, pudiera eludir injustificadamente la calificación que a este crédito corresponde por la relación de su titular frente al concursado (art. 92.5.º LC) mediante la subrogación en los derechos de un acreedor privilegiado.

La tesis culmina con un análisis de la naturaleza de los créditos por intereses, de la calificación de los mismos cuando surgen por pago del fiador con arreglo a la ley concursal, de los créditos preconcursales, de los créditos de sociedades filiales garantizados por matrices y de los créditos garantizados por fianza en el concurso del propio fiador.

En definitiva, un estudio exhaustivo y muy estructurado que abarca de manera brillante y sencilla cuestiones muy técnicas y de gran actualidad como son todas aquellas que se suscitan en el concurso de acreedores y que tratan de superar la extraordinaria dificultad de buscar el necesario equilibrio entre protección del crédito con todas sus garantías y la viabilidad del tejido empresarial.

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

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 partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APPELLIDO APPELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APPELLIDO APPELLIDO, 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.

